

VERZOEKSCHRIFT TOT NIETIGVERKLARING

Aan het hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof,
Mevrouw / Mijnheer de Eerste Voorzitter,
Dames en Heren Voorzitters en Raadsheren,

Geeft met eerbied te kennen:

I. DATUM

7 december 2023

II. BESTREDEN BESLUIT

Verzoekster stelt beroep in tegen het Besluit van de Raad van het BIPT van 26 september 2023 betreffende de identificering van het netwerkaansluitpunt voor de breedbanddiensten (het "**bestreden besluit**").

Het BIPT heeft dit besluit aan Orange Belgium kennisgegeven per e-mail van 9 oktober 2023.

III. PARTIJEN

A. VERZOEKSTER

Orange Belgium, een naamloze vennootschap met zetel te Bourgetlaan 3, 1140 Evere en met ondernemingsnummer 0456.810.810, vertegenwoordigd door Xavier Pichon, bestuurder, en door BV The House of Value- Advisory & Solutions (met ondernemingsnummer 0661.828.030), vertegenwoordigd door Johan Deschuyffeleer, vaste vertegenwoordiger, bestuurder,

Verzoekster,

Hierna genoemd "**Orange Belgium**",

Hebbende als raadsliden Filip Tuytschaever en Benjamin Magnus, advocaten, kantoor houdende te Minervastraat 5, 1930 Zaventem.

B. VERWEERSTER

Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, een openbare instelling met zetel te Koning Albert II-laan 35 bus 1, Ellipsgebouw C, 1030 Schaarbeek, en met ondernemingsnummer 0243.405.860,

Verweester,

Hierna genoemd "**BIPT**",

IV. RECHTSMACHT

Hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof, kamer 19A

V. PLAATS EN DATUM VAN VERSCHIJNING

Code aard van de zaak: I.1.a

Gezegd Hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof, kamer 19A;
Poelaertplein 1, 1000 Brussel;
Zetelend in zaal: 1.32.

Op woensdag 20 december 2023, om 09.00 uur.

VI. PERTINENTE FEITEN

A. PARTIJEN

1. Orange Belgium

1. Orange Belgium is een gerenommeerd telecombedrijf dat fungeert als netwerkoperator en aanbieder van elektronische communicatiediensten. Naast het aanbieden van vaste en mobiele telefoniediensten, levert Orange ook tv- en breedbandinternetdiensten via het kabelnetwerk in België.

2. BIPT

2. Het BIPT is de federale regulator bevoegd voor de elektronische-communicatiemarkt, de postmarkt, het elektromagnetische radiofrequentiespectrum alsook de audiovisuele mediadiensten en de videoplatformdiensten in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

3. Als nationale regelgevende instantie is het BIPT aangewezen om EU-wetgeving

inzake de telecommunicatiesector uit te voeren en desgevallend passende maatregelen te nemen. Het is als federale regulator ook bevoegd om toezicht te houden op de Belgische telecommarkt -en wetgeving.

4. De taken en de algemene bevoegdheden van het BIPT zijn vastgelegd in de Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.

B. REGLEMENTAIR KADER WAARBINNEN HET BESTREDEN BESLUIT WERD AANGENOMEN

1. Europees kader

5. **KEUZE VAN EINDAPPARATUUR.** Het startpunt van het toepasselijk reglementair kader is Richtlijn 2008/63/EG van 20 juni 2008 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur (“**Richtlijn 2008/63/EG**”). Het doel van Richtlijn 2008/63/EG is om de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur te bevorderen, het vrije verkeer van dergelijke eindapparatuur te waarborgen en eindgebruikers een vrije keuze voor eindapparatuur aan te bieden.¹

6. Richtlijn 2008/63/EG voorziet dat eindgebruikers de mogelijkheid moeten hebben om eindapparatuur naar keuze aan te sluiten op de interface van een telecommunicatienet (naar de interface wordt ook verwezen als het “netwerkaansluitpunt”; zie verder). Dit principe van de “vrije keuze van eindapparatuur” werd later ook opgenomen in de Open Internet Verordening.²

7. Conform dit principe zijn eindgebruikers niet verplicht om de eindapparatuur te gebruiken die door de operatoren wordt geleverd. Operatoren kunnen eigen eindapparatuur aanbieden, bijvoorbeeld als deel van een abonnementsformule, maar moeten ook toestaan dat eindgebruikers hun “eigen” eindapparatuur gebruiken, bijvoorbeeld zoals ontwikkeld door een derde partij fabrikant.

8. Het doel van de vrije keuze is de bevordering van de mededinging op de markten voor telecommunicatie-eindapparatuur. Verder moet het ervoor zorgen dat eindgebruikers

¹ Art. 4 Richtlijn 2008/63/EG, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0063>.

² Art. 3.1 Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecomunicatienetwerken en –diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:32015R2120> (hierna “**Open Internet Verordening**”).

eenvoudiger van operator kunnen veranderen.

9. **TOEPASSINGSGBIED VAN DE VRIJE KEUZE.** De Europese regelgeving bepaalt niet welke apparatuur concreet moet worden beschouwd als “eindapparatuur” (denk bijvoorbeeld aan decoders, routers, en/of modems). Artikel 1.1 a) van Richtlijn 2008/63/EG geeft immers een ruime definitie aan het begrip “eindapparatuur”:

de apparaten die voor overbrenging, verwerking of ontvangst van informatie direct of indirect op de interface van een openbaar telecommunicatienet zijn aangesloten; in beide gevallen, direct of indirect, kan de aansluiting geschieden per draad, per optische vezel of via elektromagnetische golven; een aansluiting is indirect wanneer een apparaat geplaatst is tussen het eindapparaat en de interface van het net; (nadruk toegevoegd)

10. Dit is belangrijk omdat hieruit volgt dat de EU-regelgeving niet bepaalt voor welke eindapparatuur eindgebruikers over een vrije keuze moeten beschikken.

11. Dit wordt in essentie overgelaten aan de bevoegde nationale regelgevende instanties, zijnde in België het BIPT. Overeenkomstig de Open Internet Verordening (artikel 5.1) zijn zij verantwoordelijk voor het opvolgen en handhaven van de implementatie en toepassing van de vrije keuze van eindapparatuur.

12. De nationale regelgevende instanties dienen hierbij onder andere rekening te houden met de verschillende richtsnoeren van het *Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie* (de “*Body of European Regulators for Electronic Communications*”; hierna “**BEREC**”). BEREC verzamelt de nationale regelgevende instanties van de EU-lidstaten op het gebied van elektronische communicatie, waaronder het BIPT.

13. Zo bepalen de BEREC richtsnoeren van 2016 inzake netneutraliteitsregels³ (de “**BEREC richtsnoeren 2016**”) dat de nationale regelgevende instanties bij de handhaving van de vrije keuze van eindapparatuur, eerst moeten nagaan of een aanbieder van internettoegangsdiensten “verplichte apparatuur” aanbiedt. Zo ja, moeten zij nagaan of er een objectieve technologische noodzaak is om die verplichte apparatuur als onderdeel van het netwerk van de aanbieder van internettoegangsdiensten te beschouwen.⁴

Als er een dergelijke noodzaak aanwezig is, is het toegestaan dat de eindgebruikers geen vrije keuze hebben met betrekking tot de “verplichte apparatuur”. In het andere geval is de

³ BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules (https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2016/8/BoR_%2816%29_127_BEREC_Net_Neutrality_Guidelines_30082016_final.pdf).

⁴ Zie BEREC richtsnoeren 2016, nr. 26. Het bestreden besluit verwijst hier overigens ook naar (nr. 16).

“verplichte apparatuur” in strijd met de vrije keuze zoals voorzien door de Richtlijn 2008/63/EG en de Open Internet Verordening.

14. **HET NETWERKAANSLUITPUNT.** Deze oefening inzake verplichte apparatuur hangt nauw samen met de bepaling van het zogenaamde “netwerkaansluitpunt” (ook wel “*network termination point*” genoemd en hierna het “**NTP**”). Het NTP vormt de grens tussen het telecommunicatienetwerk enerzijds en de eindapparatuur anderzijds.⁵

Het Europees wetboek voor elektronische communicatie⁶ (“**EECC**”) definieert het NTP als “*het fysieke punt waarop een eindgebruiker de toegang tot een openbaar elektronischecomunicatienetwerk wordt geboden*”.⁷

15. Het EECC verplicht elk van de lidstaten om voor hun territorium het NTP te identificeren en te publiceren. Om de praktische implementatie van deze verplichting te bevorderen, heeft BEREC in 2020 richtsnoeren gepubliceerd over de identificatie van het NTP (de “**BEREC richtsnoeren 2020**”)⁸, om de regelgevende instanties bij te staan bij de bepaling van de locatie van het NTP.

16. De BEREC richtsnoeren 2020 stellen drie mogelijkheden voorop voor de locatie van het NTP bij een internetdienst:⁹

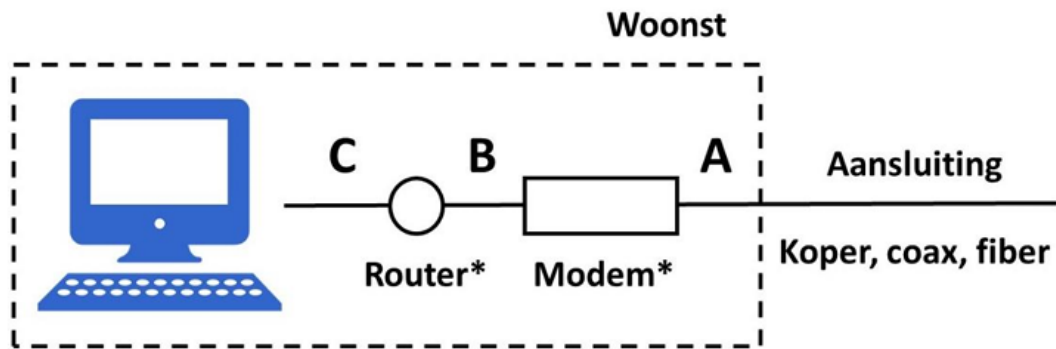
⁵ Overw. 19 van de preambule van Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972>).

⁶ Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972>) (hierna “**EECC**”).

⁷ Art. 2, 9) EECC.

⁸ BEREC Guidelines BoR (20) 46 on Common Approaches to the Identification of the Network Termination Point in different Network Topologies (https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2020/3/BoR_%2820%29_46_BEREC_Guidelines_NTP.pdf).

⁹ Figuur overgenomen uit het bestreden besluit (p. 17).



* Vaak zijn de modem en router geïntegreerd in 1 apparaat

Kort gezegd: bij punt A ligt het NTP *voor* de modem; bij punt B ligt het NTP *tussen* de modem en de router; in geval van punt C ligt het NTP *na* de router.

17. Een modem en router zijn twee apparaten die elk een belangrijke (afzonderlijke) functie hebben. Een modem (een samentrekking van de woorden modulator en demodulator) maakt informatiesignalen geschikt om over een verbinding te worden getransporteerd. Een modem plaatst en ontvangt de signalen aan het uiteinde van een verbinding, waarbij het essentieel is dat de twee uiteinden van de verbinding in staat zijn elkaar te verstaan. Langs de zijde van de eindgebruiker wordt een router aangesloten op de modem om het (internet)signaal te verdelen over verschillende apparaten binnen de omgeving van de eindgebruiker. Het (internet)signaal komt dus eerst via de modem de woning binnen en wordt vervolgens door de router verdeeld over verschillende apparaten.

18. Vaak zijn de modem en router geïntegreerd in één apparaat. Een minderheid van technisch veeleisende eindgebruikers geven er de voorkeur aan om zelf een router naar keuze te gebruiken, bijvoorbeeld voor veeleisende domotica-toepassingen. Operatoren laten vaak toe dat de eindgebruiker de router-functies van het door de operator meegeleverde apparaat uitschakelt, om het apparaat enkel als modem te gebruiken. Dit is de zogenaamde "*bridge mode*" (vrij vertaald "brugmodus").

19. In België is de huidige situatie dat eindgebruikers de door de netwerkopertor meegeleverde modem dienen te gebruiken, maar dat het hen vrijstaat om een eigen router te gebruiken. Als de meegeleverde modem ook router-functies heeft, wat doorgaans het geval is, kan de eindgebruiker het apparaat in *bridge mode* plaatsen om de router-functies uit te schakelen.

20. **BEPALING VAN DE LOCATIE VAN HET NTP.** De locatie van het NTP is belangrijk omdat het NTP de grens vormt tussen het telecommunicatienetwerk en de eindapparatuur. De bepaling ervan heeft dan ook belangrijke gevolgen voor de toepassing van de vrije keuze van eindapparatuur. Concreet:

- Als het NTP wordt vastgelegd op punt A, zijn zowel modems als routers onderdeel van de eindapparatuur. De vrije keuze van eindapparatuur is dan van toepassing op modems én routers (en ook andere apparaten, zoals tv-decoders).
- Als het NTP wordt vastgelegd op punt B, zijn modems onderdeel van het telecommunicatienetwerk (en zijn het dus geen eindapparaten) en routers onderdeel van de eindapparatuur. De vrije keuze van eindapparatuur is dan niet van toepassing op modems maar wel op routers, zodat de operator beslist welke modem moet worden gebruikt en de eindgebruiker vrij kan beslissen over de apparatuur die erachter zit (waaronder de router).
- Als het NTP wordt vastgelegd op punt C, zijn zowel modems als routers onderdeel van het telecommunicatienetwerk en zijn zij dus geen eindapparatuur. De vrije keuze van eindapparatuur is dan noch op modems noch op routers van toepassing, zodat de operator beslist welke modem en router moet worden gebruikt.

21. Het is aan de nationale regelgevende instanties om te bepalen waar het NTP komt te liggen binnen de lidstaat waarvoor zij bevoegd zijn, rekening houdende met de specifieke nationale situatie en omstandigheden. De BEREC richtsnoeren 2020 stellen in dit verband drie criteria voorop, die in de richtsnoeren verder worden toegelicht:¹⁰

- Overeenstemming van de definitie van de vaste NTP-locatie met de wettelijke bepalingen.
- Impact op de markt van de telecommunicatie-eindapparatuur.
- Beoordeling van de objectieve technologische noodzaak om apparatuur deel uit te laten maken van het openbare netwerk:
 - interoperabiliteit tussen openbaar netwerk en telecommunicatie-eindapparatuur;
 - eenvoud van de werking van het openbare netwerk;
 - netwerkbeveiliging;
 - gegevensbescherming;
 - lokaal verkeer; en
 - vaste lijndiensten op basis van draadloze technologie.

22. Het derde criterium (de beoordeling van de objectieve technologisch noodzaak om apparatuur deel uit te laten maken van het openbare netwerk) komt in wezen overeen met

¹⁰ BEREC richtsnoeren 2020, p. 6 e.v.

de hogervermelde taak voor nationale regelgevende instanties om na te gaan of “verplichte apparatuur” geoorloofd is (zie hoger, nr. 13).

Bijvoorbeeld: in de mate dat zou worden geoordeeld dat een objectieve technologische noodzaak bestaat om modems deel te laten uitmaken van het telecommunicatienetwerk, mogen operatoren de modems als “verplichte apparatuur” opleggen aan eindgebruikers, zodat eindgebruikers in dat verband geen vrije keuze hebben. Vertaald naar de locatie van het NTP zou dit betekenen dat de modems geen deel uitmaken van de eindapparatuur en dat het NTP bijgevolg niet mag worden vastgelegd op punt A.

23. **BEVOEGDHEID EN BESLISSING BIPT.** Als nationale regelgevende instantie is het BIPT bevoegd om voor België de locatie van het NTP vast te leggen en de concrete gevolgen hiervan te analyseren.

24. Het BIPT heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat het NTP in België op punt A moet worden vastgesteld (behoudens enkele uitzonderingen, zie verder). We bespreken dit verder in meer detail (nr. 64-67), maar wijzen er alvast op dat dit tot gevolg heeft dat de eindgebruikers voor modems én routers een vrije keuze moeten hebben (zie hoger, nr. 20).

2. **Belgisch kader**

25. Op nationaal niveau zijn de relevante bepalingen inzake de vrije keuze van eindapparatuur en het NTP opgenomen in de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (“**WEC**”).

26. De WEC bepaalt onder meer dat “*Apparatuur die voldoet aan de wettelijke voorwaarden mag worden aangesloten op de daartoe geschikte interfaces*”.¹¹ Verder verduidelijkt de WEC dat een “interface” moet worden gezien als een NTP. Het NTP wordt op zijn beurt in de WEC gedefinieerd conform de EECC (zie hoger, nr. 15).

C. **BELGISCHE TELECOMMUNICATIEMARKT EN DE BIJZONDERE POSITIE VAN ORANGE BELGIUM**

1. **Belgische telecommunicatiemarkt: algemeen**

27. In België zijn er 3 soorten vaste telecommunicatienetwerken: hybrid-fiber-coax (HFC), koper (DSL) en glasvezelnetwerken, die elk gebruik maken van een andere onderliggende infrastructuur.

¹¹ Art. 36.1 WEC.

- **HFC (hybrid-fiber-coax) netwerken** bestaan voor een groot deel uit glasvezel, met het laatste deel naar de eindgebruiker via een coaxkabel. Deze netwerken worden doorgaans “kabelnetwerken” genoemd. Initieel werden deze netwerken gebruikt voor het verdelen van omroepdiensten (TV en radio), maar via netwerkaanpassingen werden ze ook geschikt voor internetdiensten. De huidige HFC-netwerken zijn momenteel van Wyre (een fusie tussen Fluvius en Telenet), voornamelijk in Vlaanderen en delen van Brussel, en VOO (een fusie tussen VOO en Brutélé), voornamelijk in Wallonië en delen van Brussel.
- Het **koperen-netwerk** (waarop typisch *Digital Subscriber Line* diensten worden aangeboden) werd oorspronkelijk ontwikkeld voor spraaktelefonie en is later aangepast voor internetdiensten. Er wordt verwacht dat deze kopernetwerken op termijn zullen worden uitgeschakeld (zogenaamde “copper switch-off”). Proximus beschikt momenteel over een zeer uitgebreid kopernetwerk.
- Een **glasvezelnetwerk** gebruikt lichtsignalen om informatie via dunne glasdraden te verzenden. In de volksmond wordt een glasvezelnetwerk aangeduid als het “fiber”-netwerk. In België is de aanleg van glasvezelnetwerken momenteel aan de gang. Onder andere Proximus, Unifiber, Fiberklaar en Wyre leggen dergelijke netwerken aan. Het glasvezelnetwerk kan verder worden onderverdeeld in het actieve of passieve glasvezelnetwerk.

28. Via deze vaste telecommunicatienetwerken worden digitale televisie, internet en telefoniediensten aangeboden aan eindgebruikers. Deze diensten worden aangeboden door de netwerkkoperatoren (netwerkeigenaars) en hun groothandelsklanten. Deze groothandelsklanten, ook “alternatieve operatoren” genoemd, maken gebruik van het telecommunicatienetwerk van hun verticaal geïntegreerde concurrenten die zowel “netwerkkoperator” als “dienstenleverancier” zijn. De alternatieve operatoren zijn in essentie dienstenleveranciers.

29. De twee regionale netwerkkoperatoren hebben elk een netwerk van glasvezel- en coaxkabels en worden daarom ook wel “kabeloperatoren” of “kabelnetwerkkoperatoren” genoemd. Zij zijn elk actief in een verschillende geografische markt in België, die overeenstemt met de dekkingszone van hun kabelnetwerk. Het telecommunicatienetwerk van Telenet (nu: Wyre) bestrijkt Vlaanderen en enkele gemeenten in Brussel en Wallonië, terwijl VOO een netwerk uitbaat in de overige gemeenten in Wallonië en Brussel waar Wyre geen telecommunicatienetwerk heeft.

2. Liberalisering en relevante regulering van de Belgische vaste telecommunicatiemarkt

a. Telecomregulering

30. In het kader van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt heeft de Europese

Unie verschillende opeenvolgende richtlijnen uitgevaardigd. Deze bevelen waar nodig de lidstaten om de historische monopolie-netwerken verplichtingen op te leggen om concurrentie op de markt van diensten en eindapparatuur mogelijk te maken. Voor de eindapparatuur heeft zich dit bijvoorbeeld vertaald in een vrije keuze van vaste en mobiele telefoons voor de eindgebruiker.

31. Volgens die Europese regelgeving – en de Belgische wetgeving in uitvoering daarvan ¹² – moeten de nationale regelgevende instanties op regelmatige basis marktanalyses uitvoeren. Indien daaruit blijkt dat er op een bepaalde markt onvoldoende mededinging is, moeten zij nagaan welke operatoren op die markt een significante marktpositie hebben en aan die operatoren één of meerdere verplichtingen opleggen om de concurrentie te bevorderen.

32. In België zijn er vier regulatoren bevoegd inzake telecommunicatienetwerken: één federale regulator, het BIPT, en drie gemeenschapsregulatoren, de Vlaamse Regulator voor de Media (“**VRM**”), de Conseil Supérieur de l’Audiovisuel (“**CSA**”) en de Medienrat. Zij oefenen hun bevoegdheden gezamenlijk uit in de Conferentie van Regulatoren voor de Elektronische Communicatiesector (“**CRC**”).

b. Marktanalysebesluit van de CRC van 1 juli 2011

33. Op 1 juli 2011 vaardigden de Belgische telecomregulatoren gezamenlijk, via de CRC, beslissingen uit voor de markt voor televisieomroep en voor de breedbandmarkten (**stuk 1**). Volgens die beslissingen hebben de kabelnetwerkoperatoren Telenet, Brutélé, VOO en Numéricable binnen hun dekkingsgebied een significante marktpositie op de markt voor televisieomroep en de breedbandmarkt.

34. Sindsdien zijn deze kabelnetwerkoperatoren verplicht om alternatieve operatoren toegang te verlenen tot hun vast telecommunicatienetwerk, zodat deze via dat netwerk internet, digitale televisie en telefonie kunnen leveren aan hun klanten (**stuk 1**, p. 235-236, nr. 765-766).

35. Orange Belgium is de enige alternatieve operator die hiervan sinds begin 2014 gebruik heeft gemaakt.

36. In het kader van hun verplichtingen moeten de kabelnetwerkoperatoren voldoen aan een transparantieplichting en moeten zij een “referentieaanbod” publiceren. Zo een referentieaanbod bevat alle nuttige informatie (technische, tarifaire en operationele voorwaarden) voor een alternatieve operator die toegang wenst tot het betreffende gereguleerde kabelnetwerk. Dit stelt de alternatieve operator in staat zijn eigen diensten

¹² Art. 55 WEC.

aan te bieden via dat netwerk.

37. De referentieaanbiedingen worden ter goedkeuring voorgelegd aan het BIPT. Na onder andere een publieke consultatie, analyseert en beslist het BIPT of het referentieaanbod conform is aan het onderliggende marktanalysebesluit (zie verder, nr. 44-48) en het toepasselijk wetgevend kader.

c. Besluit van de CRC van 3 september 2013

38. In navolging van het besluit van 1 juli 2011, heeft de CRC op 3 september 2013 een besluit genomen met betrekking tot de kwalitatieve aspecten van het door Telenet voorgestelde referentieaanbod (**stuk 2**).¹³

39. Dit besluit is niet meer van toepassing, maar wel relevant voor de beoordeling van huidig beroep. Immers bevat het een eerste beoordeling door het BIPT van het voorstel van Telenet in een bijgewerkt referentieaanbod om de *Business Services over DOCSIS* techniek (“**BSoD**”) te gebruiken als tunneling technologie. “Tunneling” is een techniek waarmee het verkeer van verschillende dienstenleveranciers op eenzelfde kabelnetwerk (hier: het kabelnetwerk van Telenet) wordt gescheiden.

40. In het besluit van 3 september 2013 wees het BIPT na een technische analyse de BSoD af als tunnelingtechniek. Het BIPT beschouwde deze techniek als niet proportioneel wegens de beperkte keuzemogelijkheden voor de alternatieve operatoren en de aanzienlijke kosten die de BSoD-techniek met zich meebrengt. Het BIPT deed dit op basis van onder meer de volgende overwegingen (**stuk 2**, p. 57-58):

[...]

223. Deze oplossing kan naadloos geïntegreerd worden met DOCSIS maar zoals de naam Business Service over Docsis aangeeft, is deze dienst ontwikkeld voor businessdiensten, zoals bijvoorbeeld TDM emulatie en niet voor residentiële diensten.

224. Het blijkt moeilijk om DOCSIS routers te vinden voor retaildiensten die overweg kunnen met BSoD. Er bestaan wel modellen (CM820) bij Arris maar die zijn bedoeld voor de zakenmarkt omdat de aangeboden snelheden (tot 300MBPS) ver boven de snelheden zijn die worden aangeboden aan residentiële klanten en er geen WiFi aanwezig is.

[...]

226. Het is dus logisch dat een begunstigde een modem met ingebouwde Wifi-router

¹³ Beslissing van de Conferentie van de Regulators voor de elektronische Communicatiesector (CRC) van 3 september 2013 betreffende de wholesalereferentieaanbieding van Telenet in het tweetalig gebied brussel hoofdstad
(https://www.bipt.be/file/cc73d96153bbd5448a56f19d925d05b1379c7f21/72a4f33ba7c4971bb61051c6d36ee1d3c8de9c93/telenet_nl.pdf).

wil gebruiken. Om dat te kunnen doen zal een begunstigde dus zelf een modem moeten laten ontwikkelen door een leverancier die BSoD en Wifi combineert. Deze ontwikkeling zal voor een begunstigde echter kostelijk en tijdrovend zijn:

226.1 kostelijk omdat hij een nieuw product moet laten ontwikkelen en dus al de ontwikkelingskosten moet dragen, terwijl hij deze slechts kan verdelen over een kleine klantenbasis;

226.2 tijdrovend omdat de ontwikkeling van nul moet gebeuren. Dat wil zeggen dat alle kennis voor de ontwikkeling, testing en validatie nog moet verzameld en toegepast worden.

227 Daarenboven creëert de implementatie van BSOD soortgelijke problemen voor wat betreft de decoder want hierin bevindt zich ook een geïntegreerde DOCSIS modem voor de interactieve diensten (het retour pad van de decoder naar de begunstigde voor het bestellen van catch-up TV of VoD). Het probleem is met betrekking tot de modem in de decoder nog complexer gezien de specificaties betreffende beschikbare ruimte, kost en functionaliteit anders zijn. Dergelijke modules moeten passen binnen het toegeschreven volume in de decoder en de kost mag niet te hoog zijn omdat het slechts om een basismodem gaat met basisfunctionaliteiten.

228 Buiten deze technische opmerkingen, zijn er nog andere problemen:

228.1 Dergelijke oplossing is discriminerend voor de begunstigten aangezien de BSOD oplossing enkel gebruikt wordt voor wholesale.

228.2 BSoD is een tunneling oplossing, wat betekent dat Telenet tunnelconcentrators moet uitrollen om al deze tunnels te beëindigen. Dit verhoogt de kosten om BSoD tunneling te implementeren, wat de business case negatief beïnvloedt.

228.3 Afhankelijk van de manier waarop de BSoD tunnels verbonden worden met de VLAN/EoMPL in de CMTS, kan het zijn dat er slechts 4000 klanten van de begunstigde verbonden kunnen worden in een CMTS. Dit vormt een onrechtvaardige beperking van het aantal klanten dat een begunstigde kan aansluiten en dus een beperking van de concurrentie op de markt.

4.11.3 Conclusie

229. Gezien de beperkingen van de keuzemogelijkheden van de begunstigten omwille van de problemen betreffende interoperabele eindapparatuur en de aanzienlijke kosten die de BSoD tunneling oplossing met zich meebrengt, acht het BIPT deze oplossing niet proportioneel. Om deze redenen, verwerpt het BIPT het BSoD voorstel van Telenet.

41. Voorgaande analyse bevestigt dat de BSoD-verplichting, die later alsnog werd opgelegd in het besluit van de CRC van 25 maart 2021 (zie verder, nr. 44), zeer veeleisend is en geenszins deel uitmaakt van de gangbare technische standaarden voor modems voor de residentiële markt.

d. Marktanalysebesluiten van de CRC van 29 juni 2018

42. Op 29 juni 2018 vaardigden de regulatoren nieuwe beslissingen uit over de analyse van de markt voor breedband en televisieomroep (**stuk 3**).

43. De CRC stelde vast dat Telenet, Brutélé en Nethys (deze laatste twee vormen nu samen het huidige “VOO”) nog steeds een significante marktspositie hadden op de relevante markt. Aangezien er bijgevolg nog altijd een gebrek aan concurrentie was, werden de bestaande verplichtingen in grote mate behouden dan wel verder verduidelijkt.

e. Besluit van de CRC van 25 maart 2021

44. Dit besluit (**stuk 4**) is een uitvoeringsbesluit over het referentieaanbod van Telenet voor de toegang tot haar kabelnetwerk, aangenomen op basis van het marktanalysebesluit van 29 juni 2018.

45. In deze context heeft Telenet een aantal specifieke vereisten gesteld met betrekking tot de eindapparatuur van de alternatieve operatoren die wilden gebruikmaken van haar telecommunicatienetwerk. Deze vereisten waren zeer specifiek en betroffen de minimale kenmerken van de modem opdat deze voor de klanten van de alternatieve operator zou mogen gebruikt worden voor het leveren van zijn diensten. Ondanks de bezwaren van Orange Belgium tijdens de publieke consultatie, heeft het BIPT deze eisen goedgekeurd.

46. Een belangrijke specifieke vereiste van Telenet was dat de alternatieve operatoren bij hun gebruik van het gereguleerd telecommunicatienetwerk van Telenet “tunneling” zouden toepassen, zodat er altijd een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen de diensten van Telenet en Orange Belgium op het gereguleerde netwerk (zie ook hoger, nr. 39 e.v.).

47. De discussie ging over de keuze tussen de tunneling technologieën “BSoD” of “VRF”. Orange Belgium verzette zich nadrukkelijk tegen het gebruik van de BSoD-technologie vanwege de belangrijke nadelen die het veroorzaakt voor de alternatieve operator, zoals de CRC ook zelf had bevestigd in zijn besluit van 3 september 2013 (zie hoger, nr. 40).¹⁴

BSoD wordt niet standaard ondersteund door de fabrikanten van modems (waardoor de keuze voor leveranciers van modems voor de eigen diensten van Orange Belgium zeer sterk werd beperkt) en Telenet gebruikt de techniek niet voor haar eigen klanten. Verder wees Orange Belgium erop dat zij de VRF-technologie al meer dan 4 jaar zonder

¹⁴ Zie ook Besluit van de CRC van 25 maart 2021, p. 41.

problemen gebruikte bij VOO, en niet BSoD,¹⁵ en dat VRF ook in andere landen wordt gebruikt, zoals Canada.¹⁶

48. Het BIPT was zich bewust “*van de significante horde die het gebruik van de BSoD-technologie vormt voor Orange*”.¹⁷ Niettemin heeft het BIPT de keuze van Telenet voor de BSoD-technologie aanvaard, ook bij de hernieuwing van de marktanalyse gerelateerde besluiten. Op die manier reguleerde het BIPT uitdrukkelijk de eindapparatuur om internettoegangsdiensten te kunnen en mogen leveren. De modem die noodzakelijk is om de Orange Belgium dienst te mogen en kunnen gebruiken op het gereguleerde telecommunicatienetwerk van Telenet (nu: Wyre) is dus significant verschillend van de modem die Telenet gebruikt voor het verlenen van haar eigen diensten op dat netwerk.

3. Bijzondere positie van Orange Belgium

49. Zoals aangehaald beschikt Orange Belgium niet over een eigen vast telecommunicatienetwerk en is het dus een alternatieve operator.

50. Orange Belgium maakt sinds juli 2014 gebruik van de gereguleerde toegang tot het netwerk van de kabeloperatoren in haar respectieve dekkingsgebieden, zodat het via het vaste telecommunicatienetwerk van die operatoren haar breedbanddiensten (waaronder vast internet) kan aanbieden aan eindgebruikers (zie hoger, nr. 33).

51. In Vlaanderen (en delen van Brussel) biedt Orange Belgium internet en digitale televisie aan via het vast telecommunicatienetwerk van Wyre. In Wallonië en delen van Brussel maakt Orange Belgium gebruik van het vaste telecommunicatienetwerk van VOO, dat recent (voor 75% -1 van de aandelen) werd verworven door Orange Belgium.¹⁸

52. Voor haar gebruik van deze telecommunicatienetwerken moet Orange Belgium de goedgekeurde referentieaanbiedingen respecteren. Dit omvatte de ontwikkeling en integratie van de BSoD-functionaliteit in haar modem voor het gebruik van het telecommunicatienetwerk van Telenet (nu: Wyre), zoals vereist door het Marktanalysebesluit van 2018 en het uitvoeringsbesluit van 25 maart 2021.

Wegens de zeer atypische vereisten van deze verplichting heeft dit véél inspanningen gevergd van Orange Belgium, waaronder hoge ontwikkelings- en certificatiekosten. Deze inspanningen en kosten werden eerder uitdrukkelijk erkend door het BIPT in het besluit

¹⁵ Besluit van de CRC van 25 maart 2021, p. 45.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Besluit van de CRC van 25 maart 2021, p. 46.

¹⁸ Overigens zal Telenet ook actief worden in Wallonië en de Brusselse gemeenten waar zij momenteel niet actief is. Zij zal daarbij als alternatieve operator gebruikmaken van het telecommunicatienetwerk van VOO.

van de CRC van 3 september 2013 (zie hoger, nr. 40).

Deze kosten zijn het gevolg van de CRC-besluiten die de vereisten goedkeuren van de kabeloperatoren over de minimale testen waaraan de modems van Orange Belgium moeten voldoen. Hoewel de omvang van deze testen kan worden betwist, werden zij uiteindelijk door Orange Belgium aanvaard, onder andere om de beveiliging en goede werking van de kabelnetwerken niet in gevaar te brengen. De bijkomende kosten voor de opgelegde certificatie zijn niettemin aanzienlijk, mede omdat dit proces bij quasi elke wijziging van de modem-software dient te worden doorlopen.

53. Om operationele, logistieke en dienstverleningsproblemen te verminderen, heeft Orange Belgium er bovendien voor gezorgd dat haar toestellen zowel op het telecommunicatienetwerk van Wyre als op dat van VOO kunnen functioneren. Zo is er bijvoorbeeld geen onderscheid tussen de modems per gemeente in Brussel, wat het werk voor de installateurs vereenvoudigt.

54. Omdat Orange Belgium geen toegang heeft tot de diagnostische functies van de netwerkapparatuur in de gereguleerde kabelnetwerken, was het ook noodzaak om bijkomende functies te voorzien in de bij haar klanten geïnstalleerde modems. Zo kan Orange Belgium, wanneer klanten problemen ondervinden met hun internetdienst, via deze specifieke functies van haar modems toch ondersteuning op afstand bieden, wat de noodzaak van een technicus ter plaatse (en de daarmee verbonden kosten) vermijdt. Kabelnetwerkoperatoren hebben toegang tot dergelijke functies via verschillende netwerkcomponenten en hoeven deze functies dus niet via de modem te implementeren.

55. Ook voor het voldoen aan bepaalde wettelijke verplichtingen heeft Orange Belgium specifieke modem-software ontwikkelingen gedaan.

56. Al deze ontwikkelingen voor de modem zijn uitgevoerd met het doel om te voldoen aan de door de regulatoren goedgekeurde technische eisen van de telecommunicatienetwerken, om wettelijke verplichtingen na te leven en klanten op een klantvriendelijke manier te kunnen ondersteunen bij problemen.

D. BESTREDEN BESLUIT

57. Met het bestreden besluit heeft het BIPT de locatie van het NTP proberen te bepalen overeenkomstig de BEREC richtsnoeren 2020. Hieronder licht verzoekster kort het besluitvormingsproces toe en de inhoud van het bestreden besluit.

1. Besluitvormingsproces

58. Op 3 oktober 2022 publiceerde het BIPT een ontwerpbesluit over hoe zij de regelgeving met betrekking tot eindapparatuur interpreteert. Het organiseerde vervolgens

een nationale raadpleging van 3 oktober 2022 tot 17 november 2022.¹⁹

59. Het BIPT ontving reacties van 9 betrokken partijen, waaronder van Orange Belgium (**stuk 6**). Hun opmerkingen zijn – zij het in beperkte mate en oppervlakkig – weergegeven en geanalyseerd in het bestreden besluit (zie ook verder).

60. Conform artikel 3 van het samenwerkingsakkoord²⁰ zijn bij de opmaak van het bestreden besluit ook de mediaregulators geraadpleegd. Zij hebben geen opmerkingen geformuleerd.

61. Het finaal besluit van de Raad van het BIPT betreffende de identificering van het netwerkaansluitpunt voor de breedbanddiensten is aangenomen op 26 september 2023 en gepubliceerd op 11 oktober 2023. Het werd aan Orange Belgium kennisgegeven op 9 oktober 2023.

2. Bestreden besluit

62. **INLEIDING EN PROCEDURE.** Het bestreden besluit start met een inleiding van de aanleiding van het besluit en de gevolgde procedure.²¹ Het is belangrijk op te merken dat het BIPT in de inleiding reeds enkele opvallende en belangrijke standpunten inneemt:

- Zo spreekt het BIPT zich reeds van helemaal bij het begin uit over de (vermeende) voordelen van een vrije modemkeuze (bestreden besluit, nr. 1):

Het BIPT acht dat een vrije modemkeuze eindklanten in staat zou kunnen stellen om gemakkelijker te veranderen van operator op dezelfde netwerkinfrastructuur² en om eventueel zelf bewust te kunnen kiezen voor een meer duurzaam toestel of een toestel met extra functionaliteiten.³

² Aangezien ze hun eigen modem/router kunnen hergebruiken bij een andere operator.

³ Zo stelt overweging 5 van Richtlijn 2008/63/EG ook dat: “gebruikers wordt belet de door hen benodigde apparatuur aan de hand van prijs en kwaliteit, ongeacht de herkomst ervan, vrijelijk te kiezen.”

¹⁹ Het BIPT heeft een nationale raadpleging georganiseerd naar aanleiding van de opmaak van het bestreden besluit conform artikel 19 van de Wet van 17 januari 2003 aangaande het statuut van het BIPT. Bovendien vereisten de WEC (artikel 140) en de Wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad (artikel 60) een openbare raadpleging voor besluiten van het BIPT die de relevante markt aanzienlijk kunnen beïnvloeden.

²⁰ Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige (sic) Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische-communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, M.B., 28 december 2006, 75371.

²¹ Bestreden besluit, nr. 1-12.

Het is opvallend dat het BIPT dit standpunt al inneemt in de inleiding, omdat dit nu net één van de belangrijke zaken was die het BIPT in het bestreden besluit had moeten onderzoeken: om het NTP te bepalen, moest het BIPT grondig onderzoeken wat de gevolgen zouden zijn van een vrije modemkeuze in België. Echter heeft het BIPT dit al in de inleiding beslist.

- Verder stelt het BIPT dat de doelstelling moet zijn om de vrije modemkeuze zo goed als mogelijk te implementeren (bestreden besluit, nr. 5):

Het BIPT is belast met het toezicht op en de handhaving van de regelgeving met betrekking tot eindapparatuur... Het [BIPT] gaat daarbij ook in op de publicatie van de nodige technische specificaties, zodat de vrije modemkeuze zo goed als mogelijk geïmplementeerd wordt.

Ook dit is zeer opvallend, aangezien de doelstelling van het bestreden besluit net had moeten zijn om te bepalen voor welke apparaten in België een vrije keuze zou moeten gelden (via de bepaling van het NTP), rekening houdende met de specifieke situatie in België. Het BIPT moest dus eerst onderzoeken of het überhaupt aangewezen is om in België een vrije modemkeuze te hebben. Echter gaat het BIPT er vanaf de start van uit dat het doel is om de vrije *modemkeuze* zo goed als mogelijk te implementeren.

63. **REGLEMENTAIR KADER.** Het BIPT bespreekt vervolgens het toepasselijke reglementair kader op Europees en Belgisch niveau.²²

64. **ANALYSE.** Op basis hiervan start het BIPT met de eigenlijke analyse. Hierbij verwijst het eerst naar de situatie in verschillende andere landen waar de vrije keuze van eindapparatuur reeds in voege zou zijn. Volgens het BIPT zouden deze voorbeelden aantonen dat de vrije keuze van modems werkt (echter klopt dit niet; zie verder, nr. 120-127).²³

65. Vervolgens bespreekt het BIPT kort de definitie van het NTP en het belang van de positie ervan.

66. Hierna gaat het BIPT over tot de eigenlijke bepaling van de positie van het NTP.²⁴ Het is belangrijk te benadrukken dat het BIPT daarbij **niet elk van de verschillende mogelijkheden heeft onderzocht** (namelijk punt A, B of C) om op basis daarvan een onderbouwde beslissing te nemen. In plaats daarvan heeft het BIPT voor zijn “analyse” aangenomen dat het NTP op punt A moet liggen, en vervolgens de gevolgen hiervan

²² Bestreden besluit, nr. 13-29.

²³ Bestreden besluit, nr. 34 e.v.

²⁴ Bestreden besluit, nr. 51-201.

“onderzocht” om deze beslissing te (proberen) rechtvaardigen (bestreden besluit, nr. 62):

Het lijkt het BIPT aangewezen om, zoals gebeurd is in Nederland, Duitsland, Finland en Italië, de locatie van het NTP voor breedbanddiensten op vaste netwerken vast te leggen op punt A.⁴⁸ Het BIPT zal hierna onderzoeken welke gevolgen en eventuele risico's een dergelijke locatie van het NTP zou kunnen hebben.

67. In zijn analyse overloopt het BIPT de verschillende criteria zoals opgenomen in de BEREC richtsnoeren 2020 (zie hoger, nr. 21). Het bespreekt elk van deze criteria en antwoordt daarbij ook, zij het in beperkte mate en oppervlakkig, op de opmerkingen aangeleverd door derde partijen (waaronder Orange Belgium):

- Eerst bevestigt het BIPT dat de bepaling van het NTP op punt A in overeenstemming lijkt te zijn met de toepasselijke regelgeving.²⁵ Er wordt niet onderzocht of dat ook het geval zou zijn als het NTP op punt B of punt C zou worden vastgelegd.
- Vervolgens onderzoekt het BIPT de impact op de markt voor eindapparatuur. Hierbij gaat het ook kort in op opmerkingen van verschillende derde partijen, die hadden benadrukt dat een keuze voor punt B veel beter zou zijn. Het BIPT wijst deze opmerkingen af en houdt vast aan zijn keuze voor punt A.²⁶
- Tot slot gaat het BIPT na of er een objectieve technologische noodzaak is om bepaalde apparatuur deel te laten uitmaken van het openbare netwerk, i.e. of het noodzakelijk is om de modem of router deel te laten uitmaken van het openbare netwerk. Het BIPT overloopt de verschillende subcriteria: de interoperabiliteit tussen openbaar netwerk en eindapparatuur; de eenvoud van de werking van het openbare netwerk; netwerkbeveiliging; gegevensbescherming; lokaal verkeer; en vaste lijndiensten op basis van draadloze technologie.

Hierbij antwoordt het in beperkte mate en oppervlakkig op de opmerkingen aangeleverd door Orange Belgium en andere derde partijen, waaronder Telenet, Proximus, VOO en Agoria. Het legt deze opmerkingen naast zich neer en houdt vast aan de initiële keuze voor punt A.²⁷

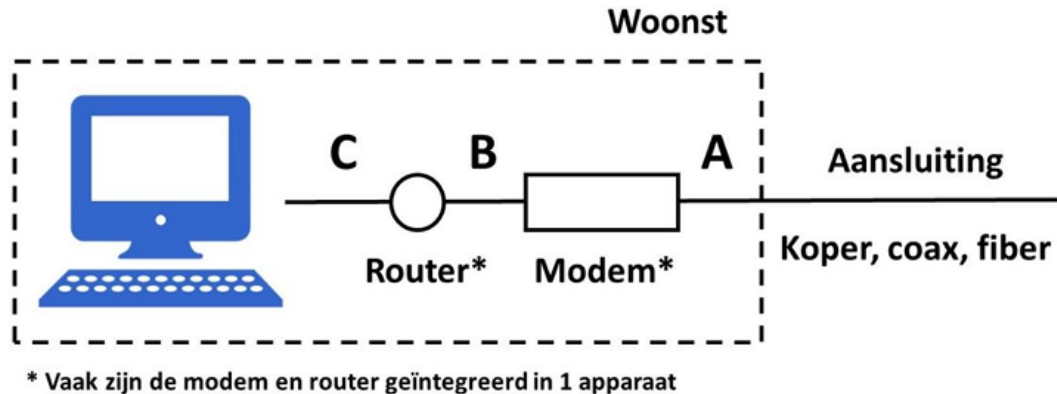
Zodoende besluit het BIPT dat zijn beslissing om het NTP vast te leggen op punt A, gerechtvaardigd is. Hieruit volgt dat modems en routers geen deel uitmaken van het

²⁵ Meer bepaald oordeelt het BIPT dat de bepaling van het NTP op punt A in lijn lijkt te zijn met de wettelijke bepalingen van de EECC en de WEC en ook met de bepalingen van de Open Internet Verordening. Dit laatste op voorwaarde dat er “*geen objectieve technologische noodzaak is om de apparatuur deel te laten uitmaken van het [openbare] netwerk*”. Bestreden besluit, nr. 66-79.

²⁶ Bestreden besluit, nr. 80-91.

²⁷ Bestreden besluit, nr. 92-201.

openbaar telecommunicatienetwerk, maar onderdeel zijn van de eindapparatuur en dus vrij te kiezen zijn door de (eind)gebruiker:²⁸



68. **PUBLICATIE.** Na deze analyse en beslissing bepaalt het BIPT welke kenmerken en specificaties de operatoren moeten publiceren om de implementatie en toepassing van de keuze voor punt A, en de daaruit voortvloeiende vrije keuze van ook modems, mogelijk te maken. Het betreft met name informatie over de technische specificaties van de netwerkaansluitpunten, de methode van gebruikte encryptie en decodering en de passende veiligheidseisen.²⁹

69. **IMPLEMENTATIE EN UITVOERINGSTERMIJN.** De implementatie van het bestreden besluit houdt in dat het NTP ook in de praktijk op punt A komt te liggen zodat er een vrije keuze is van ook modems. Deze implementatie moet in twee fasen gebeuren:

- In fase 1 moeten de operatoren, waaronder Orange Belgium, de kenmerken van het NTP en de technische specificaties van de modems en routers publiceren. Op basis van deze informatie moeten derde partijen eindapparatuur kunnen ontwikkelen die kan worden aangesloten op het netwerk van de betrokken operator.
- In fase 2 moeten de operatoren de nodige IT-aanpassingen doorvoeren opdat eindgebruikers hun eigen vrije keuze-eindapparatuur ook in de praktijk kunnen aansluiten op het netwerk van de betrokken operator.

70. Het BIPT had in zijn ontwerpbesluit een termijn van 4 maanden voorgesteld voor fase 1 en een termijn van 6 maanden voor fase 2. De operatoren hebben in hun

²⁸ Figuur overgenomen uit het bestreden besluit (p. 17).

²⁹ Bestreden besluit, nr. 207-219.

opmerkingen evenwel aangedrongen op (aanzienlijk) langere termijnen. Orange Belgium heeft bovenal gevraagd dat zij fase 2 pas zou moeten implementeren wanneer het zeker was dat er vrije keuze-modems zouden worden ontwikkeld die compatibel zijn met de diensten aangeboden door Orange Belgium (**stuk 6**, p. 16) .

71. Het BIPT heeft beslist dat de fasen moeten uitgevoerd zijn binnen een termijn van zes maanden (fase 1) en 12 maanden (fase 2) na de inwerkingtreding van het bestreden besluit.

72. Aangezien het bestreden besluit werd gepubliceerd op 11 oktober 2023, trad het in werking op 1 november 2023.³⁰ Bijgevolg moet fase 1 uitgevoerd zijn uiterlijk op 1 mei 2023 en fase 2 uiterlijk op 1 november 2024.

E. IMPACT VAN HET BESTREDEN BESLUIT

73. Hieronder bespreekt Orange Belgium de verregaande impact van het bestreden besluit:

- Het wordt voor eindgebruikers in België niet eenvoudiger om van operator te veranderen (zie nr. 74-80).
- Operatoren moeten enorme inspanningen leveringen en kosten maken om het bestreden besluit te implementeren, zonder dat de noodzaak hiertoe is vastgesteld (zie nr. 81-82).
- Het wordt voor operatoren moeilijker en meer complex om een goede dienstverlening aan te bieden (zie nr. 83-87).
- Het bestreden besluit heeft een negatieve impact op de duurzaamheid (zie nr. 88-92).

1. Het wordt voor eindgebruikers in België niet eenvoudiger om van operator te veranderen

74. Het is cruciaal dat het bestreden besluit het niet eenvoudiger zal maken voor eindgebruikers in België om van operator te veranderen, in tegenstelling tot wat het BIPT aanneemt zonder dit (grondig) te onderzoeken of te bespreken.

75. Dit in hoofdzaak omwille van de specifieke marktstructuur in België en de eerdere verplichtingen opgelegd door het BIPT aan alternatieve operatoren zoals Orange Belgium. Deze maken het zéér onwaarschijnlijk, zo niet onmogelijk, dat fabrikanten onafhankelijke

³⁰ Bestreden besluit, nr. 240.

(vrije) modems zullen (kunnen) ontwikkelen voor gebruik op de verschillende vaste telecommunicatienetwerken in België.

Vooreerst zijn er in België drie soorten vaste telecommunicatienetwerken (HFC, koper en glasvezel), die elk andere technische vereisten met zich meebrengen voor modems. Een modem die moet functioneren op een kopernetwerk zal typisch niet functioneren op een HFC-netwerk of een glasvezelnetwerk.

Deze problematiek wordt in België nog versterkt doordat Orange Belgium is verplicht om in haar modems een BSoD-functionaliteit te integreren. Hierdoor zal een vrije keuze-modem die compatibel is met het telecommunicatienetwerk van Wyre voor de diensten van Telenet op dat netwerk, niet compatibel zijn met de dienstverlening van Orange Belgium op datzelfde netwerk.

76. Hieruit volgt concreet dat bijvoorbeeld een eindgebruiker in Vlaanderen die via een vrije keuze-modem is aangesloten bij Proximus (via DSL of glasvezel), deze vrije keuze-modem niet zal kunnen gebruiken als hij wil overstappen naar Telenet (HFC) of Orange Belgium (HFC met BSoD-functionaliteit). Immers zal de vrije keuze-modem niet compatibel zijn.

Hetzelfde geldt voor een overstap van Telenet naar Orange Belgium. De eindgebruiker zal de vrije keuze-modem die hij gebruikt voor aansluiting op het telecommunicatienetwerk van Wyre voor Telenet diensten niet kunnen gebruiken voor de dienstverlening door Orange Belgium, ook al gebruiken beiden hetzelfde telecommunicatienetwerk (HFC), onder meer omwille van de wettelijk verplichte BSoD-vereiste voor de modems van Orange Belgium.

77. Het BIPT lijkt dit initieel zelf te erkennen in het bestreden besluit (nr. 1), waar zij schrijft dat *“een vrije modemkeuze eindklanten in staat zou kunnen stellen om gemakkelijker te veranderen van operator op dezelfde netwerkinfrastructuur”* (nadruk toegevoegd). Echter negeert het BIPT dit vervolgens bij de verdere analyse.

78. Samengevat: de aanname dat eindgebruikers hun vrije keuze-modem steeds zullen kunnen behouden bij een verandering van operator, klopt niet. Integendeel, als de eindgebruiker wil veranderen en een vrije keuze-modem wil blijven gebruiken, zal hij vrijwel steeds een nieuwe vrije keuze-modem moeten kopen.

79. Zodoende zal de vrije keuze-modem het niet eenvoudiger maken voor de eindgebruiker om te veranderen. Integendeel wordt een *bijkomende* hindernis gecreëerd voor eindgebruikers. Daardoor zullen zij net *minder* snel veranderen, wat strijdt met de doelstelling om de mededinging te bevorderen. De toepassing van de vrije modemkeuze in België is aldus strijdig met de doelstellingen die het bestreden besluit zou moeten

nastreven (zie verder, nr. 179).³¹

80. Ten overvloede wijst Orange Belgium erop dat een eigen studie van het BIPT dit bevestigt. Agoria had dit reeds aangehaald in haar opmerkingen van 16 november 2022, (**stuk 5**, p. 1), maar het BIPT ging hieraan voorbij:

Wij verwijzen hier bijvoorbeeld naar het eindrapport van 2021 naar aanleiding van de kwantitatieve enquête en een statistische analyse betreffende de perceptie van de Belgische elektronische communicatiemarkt door de consumenten gepubliceerd door het BIPT op 5 oktober 2021. Bij de vraag naar de redenen waarom consumenten niet van operator zijn veranderd wordt er nergens melding gemaakt van redenen in verband met eindapparatuur van de operator.¹ Dit lijkt ook logisch gezien consumenten bij (bijna) alle operatoren op de Belgische markt vandaag kosteloos een modem ter beschikking krijgen.

Het veranderen van operator of zelfs van technologie zal dus voor de consument geen extra kost betekenen op het vlak van eindapparatuur die zal moeten worden aangepast. Het kiezen van eigen eindapparatuur kan in die zin zelfs eerder een beperking vormen voor het veranderen van operator of van technologie. Immers, de specificatie die door operatoren zullen worden opgesteld kunnen sterk verschillen, zelfs voor eenzelfde technologie. Indien een consument dus een eigen modem heeft aangekocht op basis van de specificaties die staan opgesteld bij zijn huidige operator, kan het zijn dat deze modem niet voldoet aan de specificaties van een andere operator, zelfs indien deze laatste beschikt over dezelfde technologie. Consumenten die hun investering niet verloren willen laten gaan, zullen dus mogelijks minder snel veranderen van operator ondanks interessantere aanbiedingen op vlak van diensten en/of van prijs bij andere operatoren. Het kiezen voor een eigen modem kan dan ook een negatief element worden voor de consumenttevredenheid aangaande zijn telecomdienst.

¹ Zie "Enquête over perceptie van de Belgische elektronische communicatiemarkt door de consumenten - Resultaten van de bevraging - 2021, p. 87"

2. Implementatie vereist zeer grote inspanningen en kosten van de operatoren

81. De implementatie van het bestreden besluit, en met name de implementatie van fase 2, brengt zeer grote kosten met zich mee voor de operatoren. Concreet moet Orange Belgium een groot IT-project op poten zetten om mogelijk te maken dat vrije keuze-modems kunnen aangesloten worden om haar diensten te gebruiken. De te maken aanpassingen omvatten onder andere:

- Het aanpassen van de processen om de aansluiting van een vrije keuze-modem mogelijk te maken, in het bijzonder de registratie van de MAC-adressen van dergelijke modems. Het bestreden besluit bepaalt niet wie hiervoor op welke wijze

³¹ Ook Agoria heeft dit benadrukt in haar opmerkingen van 16 november 2022, p. 7.

verantwoordelijk is, en lijkt dit over te laten aan de derde partij fabrikanten dan wel de eindgebruikers. In beide gevallen dienen nieuwe toepassingen en processen te worden opgezet ("whitelisting"). Aangezien deze registratie van de MAC-adressen ook op het onderliggend telecommunicatienetwerk dient te gebeuren, moeten ook de processen tussen Orange Belgium en de onderliggende telecommunicatienetwerken (Wyre en VOO) worden herzien en aangepast.

- Het aanpassen van de systemen die de eigenschappen van klanten beheren, waarin de mogelijkheid van het gebruik van een vrije keuze-modem dient te worden voorzien en bijgehouden.
- Het aanpassen van de systemen die de klantendienst helpen de klant te ondersteunen bij incidenten of problemen met de verbinding. De huidige manier van werken, waarbij Orange Belgium toegang heeft tot specifieke functies van haar modems om deze ondersteuning efficiënt te kunnen bieden, zal voor vrije keuze-modems hoogstwaarschijnlijk niet (of niet volledig) bestaan.
- Het implementeren van processen die momenteel niet bestaan wanneer de situatie van de klant verandert: eerste aansluiting met een vrije keuze-modem; verandering van vrije keuze-modem met de modem van Orange Belgium (bijvoorbeeld bij het nagaan of een probleem bij de klant te wijten is aan het onderliggend telecommunicatienetwerk dan wel aan de vrije keuze-modem van de klant); aansluiting van een vrije keuze-modem voor een reeds actieve klant; vervanging van een vrije keuze-modem door een andere; enz. Deze processen dienen niet alleen tussen Orange Belgium en de eindgebruiker te worden voorzien, maar moeten gealigneerd worden met de ondersteunende processen aan de zijde van de gebruikte telecommunicatienetwerken (Wyre en VOO).

82. Frappant is dat Orange al deze inspanningen moet leveren en deze kosten moet maken, terwijl het überhaupt onzeker is of er fabrikanten zijn die vrije keuze-modems zullen (willen) maken voor gebruik met de Orange Belgium diensten. Het is met andere woorden volstrekt onduidelijk en onzeker of de vele inspanningen en kosten, zowel voor Orange Belgium als voor de telecommunicatienetwerken, nuttig zullen zijn (zie verder, nr. 113-116).

3. Dienstverlening door operatoren wordt moeilijker en meer complex

83. Het wordt voor operatoren veel moeilijker en meer complex om hun klanten een goede dienstverlening te bieden. Dit zowel wanneer nieuwe klanten worden geactiveerd als wanneer bestaande klanten problemen ondervinden en moeten worden geholpen.

84. De activatie van nieuwe klanten wordt moeilijker als zij een vrije keuze-modem gebruiken. Immers heeft de operator geen zicht op de kwaliteiten of gebreken van die modem. Hierdoor zullen er in geval van problemen bij activatie ook meteen discussies

ontstaan over de oorzaak ervan: de vrije keuze-modem van de klant, het telecommunicatienetwerk van de netwerkoperator (bijvoorbeeld een defecte kabel), dan wel de dienst van de dienstenleverancier. Dit is niet het geval wanneer de modem wordt geleverd door de operator: in geval van problemen kan de technicus dan onmiddellijk en duidelijk vaststellen waar de oorzaak van een probleem ligt, en tevens kan de technicus, als het probleem niet de modem maar bijvoorbeeld de netwerkaansluiting betreft, onmiddellijk de nodige acties identificeren en ondernemen. De vrije modemkeuze zal dus leiden tot meer omslachtige activatieprocedures voor nieuwe klanten, minstens voor nieuwe klanten met een eigen vrije modem.

85. Hetzelfde geldt meer algemeen voor de dienstverlening in geval van problemen bij een klant die een vrije keuze-modem gebruikt. Ook al stelt het BIPT dat een klant met een vrije keuze-modem zich in principe niet kan beroepen op de klantenservice van de operator in geval van technische problemen met de vrije keuze-modem, is en blijft het zeer waarschijnlijk dat de klant alsnog contact opneemt met de operator, aangezien dit de gebruikelijke contactpersoon is bij dergelijke problemen (ook bijvoorbeeld in de situaties waar de “technisch meer onderlegde klant” waarnaar het BIPT verwijst, tijdelijk niet thuis of niet beschikbaar is). Bijgevolg riskeert de operator geconfronteerd te worden met een belangrijk aantal oproepen over problemen die hij niet kan oplossen, wat zal leiden tot ontevredenheid bij de klant. Klantentevredenheid is een belangrijke doelstelling van alle dienstenleveranciers, wat in dat geval tot bijkomende kosten aanleiding zal geven.

Bovendien zal de operator in geval van een vrije keuze-modem typisch niet eerst kunnen proberen om het probleem vanop afstand te identificeren en op te lossen, zoals nu standaard het geval is, en bijna steeds iemand ter plaatse moeten sturen om te verzekeren dat het probleem niet werd veroorzaakt door een storing van de dienst of het onderliggend telecommunicatienetwerk, maar door de eigen vrije modem van de klant.

86. Bovendien heeft dit alles niet enkel gevolgen voor klanten met een vrije keuze-modem, maar kan dit er ook toe leiden dat andere klanten (langer) problemen ondervinden. Immers kan een netwerkprobleem bij klant A problemen veroorzaken bij een naburige klant B. Als het probleem bij klant A minder snel wordt opgelost omwille van diens gebruik van een vrije keuze-modem, hindert dit ook klant B voor een langere periode.

87. Deze en andere complicaties zullen het voor de operatoren moeilijker maken om een goede dienstverlening aan te bieden en te streven naar klantentevredenheid.

4. Negatieve impact op de duurzaamheid

88. Het bestreden besluit is niet in lijn met de huidige én toekomstige duurzaamheidsnormen en -doelstellingen op Europees en nationaal niveau. Dit omvat aspecten zoals het gemak van reparatie, het gebruik van gerecycleerd materiaal, minder verpakking, het vermijden van CO₂-uitstoot, enz.

89. Een toename van het aantal soorten eindapparatuur zal leiden tot een toename van afval, minder mogelijkheden om eindapparatuur te herstellen (een telecombedrijf zal bijvoorbeeld een modem gekocht bij een derde fabrikant niet kunnen herstellen) en een afname in de recyclage van oude eindapparaten. Aangezien eventuele fabrikanten hun onafhankelijke (vrije) modems in aanzienlijk kleinere hoeveelheden op de markt zullen brengen, is het niet gegarandeerd dat zij ook processen zullen implementeren om de milieu-impact van hun modems te minimaliseren. In dergelijke situaties bestaat namelijk het risico dat er onvoldoende schaalvoordelen zijn om maximale duurzaamheid te waarborgen.

90. Zoals eerder besproken (nr. 74-80), zullen eindgebruikers in België niet eenvoudiger van operator kunnen veranderen. Het vastleggen van het NTP op punt A zal daarom, met betrekking tot het duurzaamheidsaspect, in de praktijk een tegengesteld effect hebben. Eindgebruikers die bijvoorbeeld overstappen van Proximus (via DSL of glasvezel) naar Telenet (HFC) of Orange Belgium (HFC met BSoD-functionaliteit) zullen hun eerder aangeschafte vrije keuze-modem niet langer kunnen gebruiken omdat deze niet compatibel zal zijn. Een eindgebruiker zal bijgevolg een nieuwe vrije keuze-modem moeten aanschaffen die compatibel is met de dienst van de andere operator. Het vastleggen van het NTP op punt B (de facto de huidige situatie) zou deze verspilling voorkomen. In geval van wijziging van dienstenleverancier, wordt de standaard geleverde modem (als onderdeel van de telecommunicatiedienst) doorgaans teruggestuurd naar de operator en daar opgeknapt om voor andere klanten hergebruikt te kunnen worden.

91. Naast het voorkomen van verspilling van eindapparatuur, is de duurzaamheid van de levenscyclus van het product van cruciaal belang in het licht van duurzaamheidsdoelstellingen. Orange Belgium is verplicht om duurzame keuzes te maken bij de ontwikkeling van eindapparatuur. Dit omvat mogelijkheden voor recycling, het gebruik van gerecycled plastic, het gebruik van specifiek karton, enz. om ervoor te zorgen dat de eindapparatuur zo milieuvriendelijk mogelijk is. Het bestreden besluit verschuift deze verantwoordelijkheid naar de (eventuele) derde partij fabrikanten.

92. Tot slot, om klachten van eindgebruikers te voorkomen bij een niet-functionerende modem, zullen dienstenleveranciers mogelijk een standaardmodem blijven leveren als deel van hun internettoegangsdienst. Dit om toe te laten dat een verplaatsing van een techniek kan vermeden worden bij problemen met de verbinding. Dit zorgt er op dat moment voor dat de eindgebruiker meteen toegang heeft tot een alternatieve goed functionerende modem in geval van een probleem met de vrij gekozen modem, maar zal uiteindelijk ook leiden tot een extra toestel dat wordt gebruikt.

VII. ONTVANKELIJKHEID

93. Het beroep van Orange Belgium is ontvankelijk.

A. ONTVANKELIJKHEID RATIONE TEMPORIS

94. Artikel 2, § 2, eerste lid van de Wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector ("**Wet rechtsmiddelen BIPT**") stelt dat het beroep moet worden ingesteld binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit.

95. Het bestreden besluit werd aan Orange Belgium kennisgegeven op 9 oktober 2023.

96. Het beroep is bijgevolg tijdig ingesteld, binnen de wettelijke termijn van zestig dagen.

B. ONTVANKELIJKHEID RATIONE MATERIAE

97. Het Marktenhof is exclusief bevoegd om kennis te nemen van beroepen tegen de besluiten van het BIPT (artikel 2, § 1, eerste lid Wet rechtsmiddelen BIPT). Deze beroepen kunnen worden ingediend door elke persoon die een belang heeft om op te treden (artikel 2, § 1, tweede lid Wet rechtsmiddelen BIPT).

98. Gelet op de grote impact van het bestreden besluit op de werking van operatoren, inclusief Orange Belgium, staat vast dat Orange Belgium over het vereiste belang beschikt om tegen dit besluit op te treden door beroep in te stellen. Het bestreden besluit heeft een enorme impact op de rechten, verplichtingen en activiteiten van Orange Belgium.

99. Dit belang blijkt ook uit het feit dat Orange Belgium heeft deelgenomen aan het besluitvormingsproces en in dat verband (uitvoerige) opmerkingen heeft overgemaakt aan het BIPT, net zoals andere operatoren.

VIII. TEN GRONDE

100. Het bestreden besluit is strijdig met verschillende beginselen van behoorlijk bestuur.

101. Beginselen van behoorlijk bestuur zijn algemene rechtsbeginselen die betrekking hebben op de wijze waarop het bestuur zijn beslissingen moet voorbereiden, nemen en ter kennis brengen.³² Wanneer er sprake is van onbehoorlijk bestuur, hebben belanghebbenden de mogelijkheid om zich te beroepen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur om het betreffende bestuurshandelen te laten vernietigen.

102. Als publiekrechtelijke rechtspersoon is het BIPT onderworpen aan de beginselen

³² Opdebeek, I. en De Somer, S., "Hoofdstuk III - Beginselen van behoorlijk bestuur" in De Somer, S. en Opdebeek, I. (ed.), Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie, 2e editie, Brussel, Intersentia, 2019, p. 359

van behoorlijk bestuur.³³ Bijgevolg is het bestreden besluit een administratieve beslissing waarop de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn.

103. In de onderstaande middelen zal Orange Belgium aantonen dat het bestreden besluit moet worden vernietigd wegens schending van meerdere beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk minstens van:

- het zorgvuldigheidsbeginsel (eerste middel, nr. 128-165);
- de materiële motiveringsverplichting (tweede middel, nr. 166-174);
- het evenredigheidsbeginsel (derde middel, nr. 175-200);
- het vertrouwensbeginsel (vierde middel, nr. 201-208); en
- het gelijkheidsbeginsel (vijfde middel, nr. 209-222).

104. Alvorens deze middelen uit te werken, bespreekt Orange Belgium bij wijze van inleiding tot het juridisch luik enkele algemene opmerkingen en vaststellingen die belangrijk zijn voor een correcte beoordeling van dit beroep (nr. 105-127).

A. VOORAFGAAND: INLEIDING TOT DE MIDDELEN

105. Het bestreden besluit is behept met meerdere gebreken die relevant zijn voor de beoordeling van de verschillende middelen. Hieronder bespreekt Orange Belgium bij wijze van inleiding de volgende “overkoepelende” gebreken, zonder exhaustief te zijn:

- Het bestreden besluit is strijdig met eerdere besluiten en het bestaande reglementair kader.
- Het bestreden besluit focust enkel op punt A.
- Het bestreden besluit houdt onvoldoende rekening met de commerciële situatie in de praktijk, en met name met het gebrek aan een business case voor de ontwikkeling van vrije keuze-modems, in het bijzonder voor Orange Belgium; en
- De verwijzingen naar andere landen in het bestreden besluit zijn niet representatief, onvolledig en niet waarheidsgetrouw.

³³ Van de Weyer, P.-J., “Hoofdstuk 2 - Economische regulatoren en het toezicht in volle rechtsmacht door het hof van beroep te Brussel/Marktenhof” in *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen*, 1e editie, Bruxelles, Intersentia, 2021 (p. 548).

1. Het bestreden besluit is strijdig met eerdere besluiten

106. In haar besluiten over de referentieaanbiedingen heeft het BIPT vereisten vastgelegd waaraan de modems van een alternatieve operator moeten voldoen. Voor de modems van Orange Belgium werden strenge technische vereisten opgelegd, waaronder de BSoD-functie (zie hoger, nr. 44-48).

107. Het bestreden besluit is op verschillende punten tegenstrijdig met deze eerdere besluiten. Orange Belgium licht hieronder enkele concrete voorbeelden toe.

108. Ten eerste, de eerdere besluiten inzake modems werden door het BIPT (CRC) genomen op basis van de telecomwetgeving. Aangezien het NTP de grens vormt tussen de telecomwetgeving en de wetgeving omtrent eindapparatuur (zie hoger, nr. 20), volgt hieruit dat de modems onderworpen zijn aan de telecomwetgeving en dus deel uitmaken van de netwerkinfrastructuur. Dit impliceert dat het NTP niet op punt A mag worden gelegd. Zodoende is het bestreden besluit strijdig met deze eerdere besluiten.

109. Ten tweede heeft het bestreden besluit tot gevolg dat het NTP van het telecommunicatienetwerk van Telenet (nu: Wyre) op punt A zou moeten liggen, d.i. vóór de modem van eindgebruikers die klant zijn bij Telenet of Orange Belgium, die als alternatieve operator gebruikmaakt van hetzelfde telecommunicatienetwerk. Bijgevolg zou dezelfde specificatie voor het NTP voor het telecommunicatienetwerk van Telenet (nu: Wyre) moeten gelden voor alle modems die worden aangesloten op dat telecommunicatienetwerk, zowel voor de modems van Telenet zelf als voor de modems van alternatieve operatoren zoals Orange Belgium.

Het BIPT stelt echter zelf vast (bestreden besluit, nr. 73.4 en voetnoot 54) dat, omwille van de eerdere besluiten, er “significante verschillen” kunnen bestaan tussen de specificaties voor modems die gebruikmaken van hetzelfde onderliggend telecommunicatienetwerk.

Hoewel zowel klanten van Telenet als klanten van Orange Belgium in principe via een vrije keuze-modem zouden moeten kunnen aansluiten op het telecommunicatienetwerk van Telenet, en gebruikmaken van de diensten van Telenet respectievelijk Orange Belgium, zal dit in de praktijk niet gelden wanneer bijvoorbeeld de vrije keuze-modem enkel conform is met de specificaties vooropgesteld door Telenet voor haar diensten. Omwille van de zeer specifieke technische verplichtingen die in de eerdere besluiten werden opgelegd voor de modems van Orange Belgium, is deze situatie uitermate waarschijnlijk.

Anders gezegd: door haar eerdere besluiten heeft het BIPT, voor hetzelfde onderliggende telecommunicatienetwerk, technisch gezien de facto twee uitermate verschillende NTPs gedefinieerd. Het BIPT lijkt dit (minstens impliciet) ook zelf te erkennen, maar houdt hier vervolgens op geen enkele wijze rekening mee. Het bestreden besluit is daarom strijdig met de eerdere besluiten.

110. Ten derde en tot slot vereisen eerdere besluiten dat de modems van alternatieve operatoren aan een reeks testen worden onderworpen vooraleer deze op het onderliggende telecommunicatienetwerk mogen worden aangesloten. Deze testen zijn tijdrovend en duur omdat ze door een onafhankelijk organisme dienen te gebeuren. Het bestreden besluit gaat hieraan in zeer grote mate voorbij en lijkt er geenszins toe te leiden dat alle testen die momenteel door alternatieve operatoren moeten worden doorlopen, ook van toepassing zullen zijn voor fabrikanten van vrije keuze-modems. Het bestreden besluit zou in dat geval tot gevolg hebben dat de historisch aan Orange Belgium opgelegde verplichtingen niet proportioneel noch noodzakelijk waren. Ook om deze reden is het bestreden besluit strijdig met de eerdere besluiten en de daarin opgelegde verplichtingen.

2. Het bestreden besluit focust enkel op punt A

111. Uit het bestreden besluit blijkt duidelijk dat het BIPT vanaf de start als doel had om het NTP op punt A vast te leggen, en er vervolgens alles aan heeft gedaan om deze keuze te rechtvaardigen en onderbouwen. Hierbij heeft het geen grondig onderzoek verricht naar de alternatieve opties (i.e. punt B of punt C) en meerdere standpunten ingenomen inzake de vermeende voordelen van punt A zonder voorafgaand onderzoek.

Zonder exhaustief te zijn, verwijst Orange Belgium naar de volgende elementen:

- Reeds in de inleiding van het bestreden besluit spreekt het BIPT zich uit over de vermeende voordelen van een vrije modemkeuze. Specifiek stelt het dat een vrije modemkeuze eindgebruikers in staat zou kunnen stellen om gemakkelijker te veranderen van operator op dezelfde netwerkinfrastructuur (bestreden besluit, nr. 1; zie hoger, nr. 62).

Dit terwijl het net de taak was van het BIPT om grondig te onderzoeken of dat zo is. Had het BIPT dat gedaan, had het vastgesteld dat de vrije modemkeuze het voor eindgebruikers niet eenvoudiger maakt om te veranderen van operator, integendeel (zie hoger, nr. 74-80).

- Eveneens in de inleiding stelt het BIPT dat de doelstelling moet zijn om de vrije modemkeuze zo goed als mogelijk te implementeren (bestreden besluit, nr. 5; zie hoger, nr. 62).

Echter had de doelstelling van het bestreden besluit net moeten zijn om te bepalen voor welke apparaten in België een vrije keuze zou moeten gelden (via de bepaling van het NTP), rekening houdende met de specifieke situatie en feiten in België. Het BIPT moest dus eerst onderzoeken of het überhaupt aangewezen is om in België een vrije modemkeuze te hebben. Echter was het doel van het BIPT vanaf de start om de vrije *modem*keuze zo goed als mogelijk te implementeren.

- Bij de analyse en bepaling van de locatie van het NTP, heeft het BIPT niet elk van de verschillende mogelijkheden onderzocht (namelijk punt A, B of C; zie hoger, nr.

16). In plaats daarvan heeft het BIPT voor zijn “analyse” aangenomen dat het NTP op punt A moet worden vastgelegd, en vervolgens de gevolgen hiervan “onderzocht” om deze beslissing te (proberen) rechtvaardigen (bestreden besluit, nr. 62; zie hoger, nr. 64).

- Het BIPT heeft geen objectief en onbevangen onderzoek gevoerd naar de voor- en nadelen van de alternatieve mogelijkheden (punt B of punt C). De voor- en nadelen van deze alternatieven komen enkel aan bod in de mate dat derde partijen dit hadden besproken in hun opmerkingen. Concreet hebben meerdere derde partijen, waaronder Orange Belgium, geargumenteed dat moest worden gekozen voor punt B.

In het bestreden besluit antwoordt het BIPT in beperkte mate op deze opmerkingen, waarbij het stelselmatig de voordelen van punt B minimaliseert, met oog op de bevestiging van de keuze voor punt A. Tegelijk minimaliseert het BIPT ook de impact van punt A en de nadelen ervan. Daarbij is het opvallend dat het BIPT zich herhaaldelijk verschuilt achter het feit dat de eindgebruiker niet verplicht is om een vrije keuze-modem te gebruiken, en dat de (vele) nadelen ervan dus voor rekening van de eindgebruiker zijn, en niet relevant voor de beoordeling door het BIPT.

- Het gebrek aan een objectief onderzoek blijkt ook uit de verwijzingen naar andere landen die het BIPT opneemt in het bestreden besluit. Deze verwijzingen zijn niet-representatief en geven de situatie in de betrokken landen niet volledig en niet waarheidsgetrouw weer. Het BIPT lijkt zich te hebben beperkt tot verwijzingen en informatie die de keuze voor punt A bevestigen, in plaats van een objectief onderzoek te voeren naar de voor- en nadelen hiervan (zie ook verder, nr. 120-127).

112. *Kortom*: de verregaande verplichtingen opgelegd in het bestreden besluit zijn niet het resultaat van een grondig, onbevooroordeeld onderzoek door het BIPT. Zij vloeien daarentegen voort uit een besluit waarin het BIPT duidelijk focust op de keuze voor punt A en als enige doelstelling heeft om die keuze te rechtvaardigen, zonder dat de verschillende alternatieven ernstig worden overwogen en onderzocht.

3. Het bestreden besluit houdt onvoldoende rekening met de commerciële situatie in de praktijk

113. Het BIPT houdt onvoldoende rekening met de commerciële situatie in de praktijk, met name wat betreft de vraag of het in de praktijk realistisch is dat één of meerdere derde partij fabrikanten een vrije keuze-modem zullen (willen en kunnen) ontwikkelen die kan worden gebruikt voor de diensten aangeboden door Orange Belgium.

114. Dit is geheel onzeker gelet op de markt in België en de specifieke situatie van Orange

Belgium ten gevolge van de opgelegde BSoD-verplichting (zie hoger, nr. 49-56), en de bijkomende technische ontwikkelingen die Orange Belgium in haar modem heeft gedaan in het licht van haar positie als groothandelsklant op het telecommunicatienetwerk van Telenet.³⁴ Voor compatibiliteit met de diensten van Orange Belgium zou de fabrikant een vrije keuze-modem moeten ontwikkelen die beschikt over een geïntegreerde BSoD-functie en de andere bijkomende functies. Dit zou zeer veel bijkomende inspanningen en kosten vergen van de fabrikant.

115. Rekening houdende met het relatief beperkte aandeel van Orange Belgium op de relevante markt, is er voor een fabrikant weinig tot geen reden om die bijkomende kosten te maken, zodat het zeer onwaarschijnlijk is dat er een vrije keuze-modem zal worden ontwikkeld voor de diensten aangeboden door Orange Belgium.

116. *Kortom*: er is geen *business case* voor de ontwikkeling van een vrije keuze-modem die kan worden gebruikt voor de diensten aangeboden door Orange Belgium.

117. Deze vaststelling is relevant en belangrijk voor de analyse en beslissing van het BIPT en de concrete uitvoeringsmaatregelen die zij oplegt aan de operatoren, waaronder Orange Belgium. Echter houdt het BIPT hiermee geen rekening.

118. Dit is des te meer opvallend omdat het BIPT wél besloot om enkele andere toestellen en/of systemen uit te sluiten van het toepassingsgebied van het bestreden besluit omwille van de beperkte marktvraag (bijvoorbeeld, tv-decoders)³⁵. Niets wijst erop dat een gelijkaardig onderzoek werd gevoerd met betrekking tot de modems die compatibel moeten zijn met de diensten aangeboden door Orange Belgium.

119. Meer algemeen lijkt het BIPT niet te hebben onderzocht welke interesse er vanuit derde partij fabrikanten zou zijn om vrije keuze-modems te ontwikkelen voor de verschillende operatoren in België en, zo ja, wat de kenmerken zouden zijn van dergelijke modems.

Het is geheel onzeker of er hiervoor interesse is gelet op de verregaande en strenge vereisten die het BIPT eerder heeft opgelegd met betrekking tot de hardware en software die bij telecommunicatienetwerken kan worden gebruikt, onder meer door het opleggen van certificeringsverplichtingen. Deze verplichtingen maken het in elk geval zeer kostelijk voor derde partij fabrikanten om een vrije keuze-modem te ontwikkelen voor gebruik in België, ook als de modem niet over een geïntegreerde BSoD-functie moet beschikken.

³⁴ Het betreft onder andere middelen om via bijkomende functies op de modem, de klant ondersteuning te kunnen bieden van op afstand.

³⁵ Bestreden besluit, nr. 115-133.

4. De verwijzingen naar andere landen zijn niet representatief, onvolledig en niet waarheidsgetrouw

120. In het bestreden besluit verwijst het BIPT naar de situatie in vier andere landen om haar keuze voor punt A te proberen onderbouwen. Het betreft de situatie in Nederland, Duitsland, Italië en Finland. In deze landen zou een gelijkaardig besluit zijn genomen om een vrije modemkeuze in te voeren en zou de uitvoering van die vrije modemkeuze “succesvol” zijn gebeurd. Echter zijn deze verwijzingen niet representatief, onvolledig en niet waarheidsgetrouw.

121. *Ten eerste* is het in dit verband opvallend dat het BIPT geenszins onderzoekt of de marktsituatie in België vergelijkbaar is met de marktsituatie in de landen waarnaar zij verwijst. Dit is niet het geval, gelet op de uitvoerige Belgische regelgeving (inclusief de vereisten opgelegd aan alternatieve operatoren).

122. Op basis van de voor Orange Belgium beschikbare informatie, lijken de opgenomen referenties inderdaad geen goed vergelijkingspunt. De onderstaande tabel, die een aantal indicaties bevat over de telecommunicatiemarkt, geeft enkele van de verschillen weer tussen België en de vier landen. De getallen voor koper/DSL, HFC/kabel en glasvezel geven de indicatieve klantenaantallen per technologie in miljoen.

	België	Nederland	Duitsland	Italië	Finland
Koper / DSL	1,67	1,95	24,7	14,01	0,10
HFC / Kabel	2,19	3,38	8,7	0	0,53
Glasvezel	0,21	2,6	3,4	3,98	1,26
Gereguleerde kabeltoegang	X	-	-	-	-
Gebruik L2VPN/BSOD in residentiële markt	X	-	-	-	-
Huidige omvang gebruikers met L2VPN/BSOD modem	0,45	0	0	0	0
Marktpenetratie gebruik vrije keuze-modem	?	< 0,5% Kabel < 0.1%	< 4%	?	?

Wat uitleg bij deze tabel:

- Voor Italië en Finland ligt er geen enkel bewijs voor dat de vrije modemkeuze wordt toegepast in de praktijk. Er is geen informatie beschikbaar die erop wijst dat de vrije modemkeuze effectief heeft geleid tot een aanbod van vrije keuze-modems voor kabelnetwerken of glasvezelnetwerken, laat staan informatie over de mate waarin dit het geval is.
- Bovendien beschikt Italië niet over kabelnetwerken, zodat het minstens wat betreft kabelnetwerken niet nuttig of representatief is om België te vergelijken met Italië.

- Voor Nederland zijn er geen aanwijzingen dat de vrije modemkeuze succesvol is ingevoerd. In elk geval is het aantal klanten dat zou gebruikmaken van een vrije keuze-modem (het zou gaan om enkele honderden (KPN) en tientallen (VodafoneZiggo) klanten per maand) ruim onvoldoende om te kunnen spreken van een concurrentiële markt voor eindapparatuur.³⁶ Orange Belgium is er niet in geslaagd meer dan één leverancier voor vrije keuze-modems te identificeren (namelijk AVM).
- Voor geen van de kabelnetwerken, ook niet in Nederland of Duitsland, geldt een BSoD-verplichting voor residentiële klanten. Bijgevolg is het aantal vrije keuze-modems niet representatief voor de te verwachten situatie in België.
- De vergelijking met Duitsland is niet representatief gelet op de manifest andere kenmerken van de Duitse telecommunicatiemarkt, in het bijzonder de totale omvang van de markt en het aantal (potentiële) eindgebruikers van vrije keuze-modems.

123. Ten tweede lijkt het BIPT de situatie in de andere landen niet waarheidsgetrouw voor te stellen. In tegenstelling tot wat het doet voor Italië, houdt het BIPT bijvoorbeeld geen rekening met ontwikkelingen in Duitsland die duidelijk ingaan *tegen* een keuze voor punt A. Op basis van de problemen die door een aantal operatoren werden vastgesteld en aan de regulator werden meegedeeld in de loop van 2022, heeft de Duitse regulator een nieuw onderzoek gestart naar de bepaling van het NTP. Dit onderzoek heeft aanleiding gegeven tot een publieke consultatie over de mogelijke verandering van de locatie van het NTP (weg van het huidige punt A). Deze consultatie werd gelanceerd op 12 juli 2023 en liep af op 15 september 2023. Op dit ogenblik loopt nog een vervolgsconsultatie waarbij partijen kunnen reageren op de in het kader van de eerdere consultatie ontvangen commentaren.

Gelet op het belang dat het BIPT hecht aan de situatie in de “Duitse markt”, is het opvallend en nalatig dat het BIPT geen rekening houdt met deze ontwikkelingen. Hiervoor had zij zich bijvoorbeeld kunnen informeren bij de Duitse regulator.

124. Ten derde is het moeilijk om de referenties door het BIPT te beoordelen doordat het BIPT zeer beperkt verwijst naar formele besluiten van de bevoegde regulator of andere officiële instanties. Zo verwijst het BIPT naar de website www.golem.de (dit lijkt een website te zijn die rapporteert over IT-onderwerpen) om de vermeende situatie in Duitsland te duiden.³⁷ Het is minstens eigenaardig dat het BIPT enkel naar dergelijke websites refereert en niet naar de officiële website, verslagen of beslissingen van de Duitse

³⁶ Zie <https://www.nu.nl/tech/6230650/nederlanders-mogen-eigen-modem-kiezen-maar-doen-dat-nauwelijks.html>.

³⁷ Bestreden besluit, nr. 36-38.

regulator.

125. Ten vierde en tot slot verwijst het BIPT enkel naar landen waar (volgens het BIPT) eveneens een keuze werd gemaakt voor punt A. Echter laat zij na te verwijzen naar landen waar een andere keuze werd gemaakt, of waar het waarschijnlijk is dat een andere keuze zal worden gemaakt.

126. Zo wordt bijvoorbeeld niet verwezen naar Spanje, waar de regulator in zijn rapport over de regels rond netneutraliteit van 2022 nog zeer duidelijk te kennen gaf punt B te beschouwen als het NTP:³⁸

Om toegang tot de internetdienst mogelijk te maken, stelt de operator een modemapparatuur in die de communicatie tussen de eindapparatuur en het netwerk beheert. Deze apparatuur heeft een specifieke instelling en zorgt voor het beheer van onder andere de IP-routering, de veiligheidsmaatregelen en de specifieke instelling van de door de gebruiker ingehuurde dienst. Het is een apparaat dat is aangepast voor het netwerk van de operator. Daarom moet worden overwogen dat, met het oog op de levering van diensten, het eindpunt van het netwerk zich bevindt bij de uitgang van de modem ((ONT-apparatuur in het geval van FTTH-netwerken en kabelmodem voor HFC-netwerken).

127. Bovenstaande voorbeelden tonen aan dat de verwijzingen door het BIPT niet objectief zijn. Het lijkt erop dat het BIPT enkel heeft gebruikgemaakt van informatie in het voordeel van een keuze voor punt A, en de overige informatie heeft genegeerd.

B. EERSTE MIDDEL: HET BESTREDEN BESLUIT MOET WORDEN Vernietigd WEGENS SCHENDING VAN HET ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL

1. Juridisch kader

128. Krachtens het zorgvuldigheidsbeginsel wordt van de overheid verwacht dat zij handelt zoals een normaal zorgvuldige en redelijke overheid zou doen.³⁹

³⁸ Report on Spain's Supervision of European Regulations on Open Internet Access (Internet Neutrality, 2022), p. 18 (https://avancedigital.mineco.gob.es/banda-ancha/Informesneutralidadred/NN_informe_ESPANA_2022-INGLES.pdf). Vrije vertaling van: "To enable Internet service access, the operator sets up a modem equipment that manages the communications between the terminal equipment and the network. This equipment has a specific setting and oversees managing, amongst other Internet service aspects, the IP directioning, the safety measures and the specific setting of the service hired by the user. It is an equipment customised for the operator's network. Thus, it should be considered that, to the effects of provision of services, the terminal point of the network is at the exit of the modem (ONT equipment in case of the FTTH networks and cable modem for HFC networks).".

³⁹ De Deyne, L., "Hoofdstuk 5 - Transparantie en procedurele verantwoordingsplicht" in Markttoezicht in de energiesector, 1e editie, Bruxelles, Intersentia, 2017 (p. 598).

129. Dit betekent dat het BIPT zijn beslissingen zorgvuldig moet voorbereiden, nemen en uitvoeren.⁴⁰ De beslissingen moeten gebaseerd zijn op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de nodige zorgvuldigheid zijn vastgesteld (i.e. zorgvuldige feitenvinding).⁴¹ Het BIPT is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier grondig worden onderzocht, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen.⁴² Het onderzoek van het BIPT dient zonder enige vooringenomenheid te geschieden.⁴³

2. Toepassing op het bestreden besluit

130. Het bestreden besluit vormt omwille van meerdere redenen een inbreuk op het zorgvuldigheidsbeginsel. Hieronder bespreekt Orange Belgium deze redenen, zonder exhaustief te zijn. Het is belangrijk erop te wijzen dat deze redenen elk afzonderlijk al voldoende grondslag zouden bieden voor de vernietiging van het bestreden besluit; samengenomen is dat zéker het geval.

a. Het BIPT was vooringenomen en heeft de mogelijke alternatieven voor de locatie van het NTP onvoldoende onderzocht

131. Zoals hoger toegelicht (nr. 111-112) focust het bestreden besluit duidelijk op de keuze voor punt A en heeft het BIPT de andere mogelijke locaties van het NTP niet onderzocht, of hoogstens zeer oppervlakkig.

132. *Ten eerste* bevestigt dit de vooringenomenheid van het BIPT. Het BIPT had vanaf de start een duidelijke voorkeur voor punt A en heeft niet objectief, zonder voorafgaande voorkeur of doelstelling, onderzocht op welke locatie het NTP in België zou moeten worden vastgelegd. Dit vormt een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, dat vereist dat het BIPT zijn onderzoek en beslissingen onpartijdig en onbevooroordeeld – zonder enige vooringenomenheid – uitvoert en neemt.

133. *Ten tweede* volgt hieruit dat het BIPT niet zorgvuldig te werk is gegaan bij de voorbereiding van zijn beslissing en de feitelijke aspecten van het dossier niet grondig heeft onderzocht, in strijd met de toepasselijke zorgvuldigheidsplicht.

134. Een normaal zorgvuldige en redelijke overheid zou immers een grondig onderzoek

⁴⁰ Overzicht van het Belgisch Administratief recht (2012), p. 62-63.

⁴¹ Ibid.; K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, Beginselen van behoorlijk bestuur, Brugge, die keure, 2006, 117-118, waar verwezen wordt naar W. LAMBRECHTS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, Beginselen van behoorlijk bestuur, Deurne, Kluwer, 1993, p. 42-43.

⁴² RvS 22 november 2012, nr. 221.475, De Wolf.

⁴³ RvS 7 december 2009, nr. 198.620.

hebben gevoerd naar de alternatieve locaties voor het NTP (punten B of C) en de concrete gevolgen van de vrije modemkeuze, waaronder de beweerde vereenvoudiging van een verandering van operator (*quod non*; zie hoger, nr. 74-80).

Het BIPT heeft dit duidelijk niet gedaan en zodoende ongeïnformeerd een beslissing genomen op basis van foutieve veronderstellingen (zie onder meer hoger, nr. 74-80 en nr. 111-112). Het BIPT heeft bijgevolg niet gehandeld als een normaal zorgvuldige en redelijke overheid, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel vereist.

135. Reeds enkel omwille van de voorgaande redenen heeft het BIPT verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht en moet het bestreden besluit worden vernietigd.

b. Het BIPT heeft onvoldoende onderzoek verricht en zich onvoldoende geïnformeerd

136. Het BIPT heeft meer algemeen onvoldoende onderzoek verricht en zich onvoldoende geïnformeerd bij het uitvoeren van zijn analyse en het nemen van zijn beslissingen. In het bestreden besluit beperkt het BIPT zich herhaaldelijk tot het poneren van ongefundeerde aannames en het oppervlakkig beantwoorden van bezorgdheden en opmerkingen van derde partijen. Orange Belgium voegt hieronder verschillende concrete voorbeelden toe, zonder exhaustief te zijn.

(i) Onvoldoende onderzoek naar de vermeende mogelijkheid om in geval van een vrije modemkeuze te veranderen van operator

137. Het BIPT gaat er eenvoudigweg van uit dat door het NTP op punt A te leggen, het voor eindklanten met een vrije keuze-modem eenvoudig mogelijk zal zijn om van operator te veranderen met behoud van de eigen vrije keuze-modem. Volgens het BIPT zal de vrije modemkeuze het daarom eenvoudiger maken voor eindgebruikers om van operator te veranderen.

138. Hiermee negeert het BIPT de werkelijke feitelijke situatie. Zoals hoger toegelicht (nr. 74-80) is het immers zéér onwaarschijnlijk, zo niet onmogelijk, dat er vrije keuze-modems zullen worden ontwikkeld voor gebruik op alle verschillende telecommunicatienetwerken in België. Dit ten gevolge van de complexe marktstructuur in België, die bovendien verder wordt bemoeilijkt door de vele verplichtingen opgelegd aan alternatieve operatoren (waaronder de BSoD-verplichting).

139. *Kortom*: bij het bepalen van de locatie van het NTP en het opleggen van de (verregaande) verplichtingen aan Orange Belgium en de andere operatoren, had het BIPT een situatie voor ogen die in de praktijk niet mogelijk zal blijken en/of niet zal worden uitgevoerd. Het BIPT heeft de concrete gevolgen van de vrije modemkeuze onvoldoende onderzocht en daardoor beslissingen genomen op basis van foutieve veronderstellingen.

140. Door dit gebrek aan onderzoek heeft het BIPT niet als een normaal zorgvuldige en redelijke overheid gehandeld, en dus verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht.

- (ii) Onvoldoende onderzoek naar de daadwerkelijke ontwikkeling van een vrije keuze-modem compatibel met het Orange Belgium netwerk

141. Het BIPT heeft niet onderzocht of het in de praktijk realistisch is dat een of meer derde partij fabrikanten een vrije keuze-modem zullen ontwikkelen die compatibel is met de diensten van Orange Belgium, rekening houdende met de technische vereisten en hoge kosten, de verregaande (certificerings)verplichtingen opgelegd in eerdere besluiten, en het relatief beperkte aandeel van Orange Belgium op de relevante markt (en het daaruit voortvloeiende beperkte economische belang voor fabrikanten) (zie hoger, nr. 113-119).

142. Dit is nochtans een belangrijk feitelijk gegeven, niet enkel voor het uitvoeren van een correcte analyse en de correcte bepaling van de locatie van het NTP, maar ook voor het bepalen van de concrete *verplichtingen* die worden opgelegd aan de operatoren. Wat dit laatste betreft, besloot het BIPT om dat alle operatoren zowel fase 1 als fase 2 per onmiddellijk moeten implementeren (binnen een termijn van 6 respectievelijk 12 maanden na de inwerkingtreden van het besluit).

Hierdoor moeten alle operatoren hun IT-systemen aanpassen zodat vrije keuze-modems kunnen worden gebruikt voor hun diensten, wat enorme kosten en inspanningen met zich meebrengt (zie hoger, nr. 81).

143. Echter had een normaal zorgvuldige en redelijke overheid eerst onderzocht of een of meer derde partij fabrikanten geïnteresseerd zijn in het ontwikkelen van een vrije keuze-modem, en op basis van die informatie beslist om de implementatie van fase 2 al dan niet meteen te verplichten voor de operatoren. Dergelijk onderzoek was noodzakelijk minstens specifiek voor Orange Belgium, gelet op haar specifieke situatie op de markt.

Na dit onderzoek had het BIPT, bij afwezigheid van dergelijke interesse, bijvoorbeeld kunnen beslissen om de verplichtingen inzake fase 2 enkel op te leggen vanaf de bevestiging door een fabrikant van zijn engagement om een model te ontwikkelen voor gebruik van de door Orange Belgium aangeboden diensten (zie ook verder, nr. 185-191, inzake de schending van het evenredigheidsbeginsel).

Echter heeft het BIPT dit niet onderzocht, en op niet-geïnformeerde basis beslist dat alle operatoren moeten starten met de implementatie van fase 2 vanaf de inwerkingtreding van het besluit.

144. Ook om deze reden heeft het BIPT verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht.

(iii) Onvoldoende onderzoek naar het gebruik van vrije keuze-modems compatibel met het Orange Belgium netwerk

145. In dezelfde zin heeft het BIPT nagelaten om te onderzoeken of er langs de zijde van de *klanten* vraag is naar een vrije keuze-modem compatibel met het Orange Belgium netwerk.

146. Als dat niet het geval is, wat op heden niet geweten is bij gebrek aan onderzoek door het BIPT, zou het uiteraard volstrekt onredelijk zijn dat dergelijke verregaande verplichtingen worden opgelegd aan Orange Belgium (en de andere operatoren). In elk geval blijkt uit geen enkele eerdere BIPT-studie dat er een vraag zou zijn naar een vrije keuze-modem, en ook in de rapporten van de Ombudsdiensten voor Telecommunicatie komt deze vraag niet naar voor.

147. Een normaal voorzichtige en redelijke overheid zou dit onderzoek eerst hebben uitgevoerd alvorens deze verplichtingen op te leggen. Nu het BIPT dit niet heeft gedaan, heeft het ook om deze reden verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht.

148. In het bestreden besluit probeert het BIPT het gebrek aan onderzoek te rechtvaardigen op basis van de BEREC richtsnoeren 2020, die niet zouden vereisen dat de nationale regulator nagaat of eindgebruikers vrije keuze-modems zouden gebruiken:⁴⁴

In de BEREC richtsnoeren die het BIPT dient te volgen in de bepaling van het NTP locatie, is er geen enkel criterium waarbij de NRA zou moeten nagaan of er wel voldoende gebruik van vrije modemkeuze zou zijn. Het is immers aan de fabrikanten om na te gaan of de Belgische telecommarkt, met haar eigen specifieke kenmerken, interessant genoeg is om bepaalde producten aan te bieden of niet.

149. Echter kan dit argument van het BIPT geenszins worden aanvaard. Immers kunnen de richtsnoeren van de BEREC er onmogelijk toe leiden dat het BIPT niet zou moeten voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de uitvoering van zijn bevoegdheden en verantwoordelijkheden, zoals *in casu* de bepaling van de locatie van het NTP. Deze richtsnoeren hebben geenszins voorrang op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Bijgevolg zijn en blijven de beginselen van behoorlijk bestuur – waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel – van toepassing, zodat het BIPT zich als een normaal voorzichtige en redelijke overheid had moeten gedragen. Dit heeft zij niet gedaan gelet op het manifest gebrek aan onderzoek.

⁴⁴ Bestreden besluit, nr. 49.

(iv) Onvoldoende onderzoek naar eventuele alternatieven voor de opgelegde verplichtingen

150. Het BIPT heeft onvoldoende onderzocht of er alternatieven waren voor de verplichtingen die in het bestreden besluit worden opgelegd aan operatoren.

151. Zo heeft het BIPT niet onderzocht of het mogelijk was om de verplichtingen onder fase 2 pas op te leggen vanaf het moment dat een derde partij fabrikant zijn engagement bevestigt om een vrije keuze-modem te ontwikkelen. Concreet zou het BIPT de operatoren hebben kunnen verplichten om *vanaf de bevestiging van zo'n engagement*, er binnen een welbepaalde termijn voor te zorgen dat de vrije keuze-modem ook in de praktijk kan worden gebruikt voor aansluiting met hun diensten. Dit zou een meer zorgvuldige en meer evenredige (zie verder, nr. 185-191) beslissing zijn geweest van het BIPT. Echter lijkt het BIPT deze mogelijkheid zelfs niet onderzocht of overwogen te hebben.

152. Ook door dergelijke alternatieven niet grondig te onderzoeken en te overwegen heeft het BIPT verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht.

(v) Onvoldoende onderzoek naar de gevolgen in de praktijk

153. Meer algemeen heeft het BIPT weinig tot geen onderzoek verricht naar de ingrijpende gevolgen in de praktijk van het bestreden besluit en de daarin opgelegde verplichtingen, laat staan dat zij hiermee daadwerkelijk rekening hield bij de analyse en beslissing.

154. Zo hield het BIPT onvoldoende rekening met de hoge kosten voor operatoren (zie hoger, nr. 81-82), de bemoeilijking van de dienstverlening door operatoren (zie hoger, nr. 83-87) en de negatieve impact op de duurzaamheid (zie hoger, nr. 88-92).

155. Orange Belgium had in haar opmerkingen nadrukkelijk gewezen op deze (en andere) negatieve verregaande gevolgen van een keuze voor punt A, maar het BIPT heeft deze bezorgdheden niet ernstig overwogen en naast zich neergelegd. Daarbij is er geen enkele aanwijzing dat het BIPT daadwerkelijk heeft onderzocht of de genoemde gevolgen zich in de praktijk zouden voordoen. Daarentegen lijkt het BIPT zich te hebben beperkt tot een oppervlakkig onderzoek op basis van ongefundeerde aannames.

156. Ook hieruit volgt dat het BIPT niet heeft gehandeld als een normaal zorgvuldige en redelijke overheid, zodat er (opnieuw) een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel moet worden vastgesteld.

(vi) Conclusie

157. De voorgaande (niet-exhaustieve) voorbeelden tonen aan dat het BIPT bij het nemen van zijn beslissing en het opleggen van de verregaande verplichtingen aan Orange Belgium en de andere operatoren, onvoldoende onderzoek heeft verricht en bijgevolg niet-

geïnformeerde beslissingen heeft genomen op basis van foutieve veronderstellingen. Het BIPT heeft dan ook verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht.

c. Het BIPT baseert zich op niet-representatieve, onvolledige en niet-waarheidsgetrouwe *benchmarks* die onvoldoende werden onderzocht

158. Zoals hoger toegelicht (nr. 120-127) zijn de verwijzingen door het BIPT naar de vermeende situatie in vier andere landen, op basis waarvan het de keuze voor punt A probeert te onderbouwen, niet representatief, onvolledig en niet waarheidsgetrouw.

159. Het “onderzoek” vanwege het BIPT naar de situatie in deze landen was dan ook onvolledig, waardoor zij op niet-geïnformeerde basis heeft beslist. Bijgevolg heeft het BIPT ook om deze reden verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht.

d. Het BIPT heeft onvoldoende geantwoord op de ontvangen opmerkingen

160. In het kader van het zorgvuldigheidsbeginsel moet het BIPT aangeven waarom het bepaalde opmerkingen, meningen en standpunten van derde partijen al dan niet in overweging neemt. Het doel hiervan is tweeledig: beslissingen nemen met volledige kennis van zaken, gebaseerd op een effectieve en legitieme belangenafweging, en tegelijkertijd, in het kader van de preventieve rechtsbescherming, de kans verkleinen dat er later procedures bij de rechtscolleges worden opgestart.

161. Het BIPT heeft in het bestreden besluit de opmerkingen van Orange Belgium (en de overige operatoren en Agoria) wel aangehaald, maar onvoldoende gemotiveerd waarom het bepaalde opmerkingen, meningen en standpunten al dan niet in overweging heeft genomen.

162. Flagrant is het negeren van de opmerkingen dat de vastlegging van het NTP op punt A ingaat tegen eerdere besluiten en de bestaande regelgeving. In dit verband beperkt het BIPT zich tot de bewering dat er geen sprake is van tegenstrijdigheid aangezien de alternatieve operatoren, zoals Orange Belgium, door het markanalysebesluit van 2018 een vrije modemkeuze zouden hebben gekregen ten aanzien van de kabeloperatoren.⁴⁵ Echter is dit volledig fout: de besluiten van het BIPT hebben het net *onmogelijk* gemaakt voor alternatieve operatoren om de modems van de kabelnetwerkoperatoren te gebruiken. Concreet werd Orange Belgium verplicht om een eigen modem te ontwikkelen die zeer specifiek is omwille van met name de BSoD-verplichting. Dit is het tegenovergestelde van de beweerde *vrije* modemkeuze waarnaar het BIPT verwijst.

⁴⁵ Bestreden besluit, nr. 231-236.

Verder heeft het BIPT doorheen tal van consultaties ook eisen op het vlak van certificatie opgelegd aan de alternatieve operator, om vooral de beveiliging en het goed functioneren van het onderliggend telecommunicatienetwerk te vrijwaren.

163. In dezelfde zin negeert het BIPT ook de terechte opmerking van Orange Belgium dat er eenvoudigweg geen *aanbod* van vrije keuze-modems zal zijn (**stuk 6**, p. 8). Het BIPT legt dit gewoon naast zich neer en houdt hiermee geen rekening bij zijn analyse en het bepalen van de uitvoeringsmaatregelen.

164. Gelet op het voorgaande heeft het BIPT niet zorgvuldig rekening gehouden met opmerkingen die het heeft ontvangen van Orange Belgium en andere derde partijen en niet afdoende toegelicht waarom deze (niet) in overweging werden genomen. Ook om deze redenen heeft het BIPT verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht en moet het bestreden besluit worden vernietigd.

3. Conclusie

165. Gelet op het voorgaande, heeft het BIPT het bestreden besluit niet voorbereid of genomen met de nodige zorgvuldigheid, zonder enige vooringenomenheid en op basis van een grondig onderzoek van de feiten. Bijgevolg heeft het BIPT verzaakt aan zijn zorgvuldigheidsplicht en moet het bestreden besluit worden vernietigd.

C. TWEEDE MIDDEL: HET BESTREDEN BESLUIT MOET WORDEN Vernietigd WEGENS SCHENDING VAN DE MATERIËLE MOTIVERINGSPLICHT

1. Juridisch kader

166. De materiële motiveringsplicht houdt in dat een beslissing moet worden ondersteund door motieven van feitelijke en juridische aard die kenbaar zijn en aanvaardbaar maken dat deze beslissing wordt genomen.⁴⁶ Dit betekent dat de motieven sterk genoeg moeten zijn om de handeling te rechtvaardigen.

167. Een afdoende motivering houdt o.a. in dat de motivering duidelijk, concreet, nauwkeurig, niet tegenstrijdig (cf. vertrouwensbeginsel), draagkrachtig (d.i. dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen), waarheidsgetrouw, juist, pertinent en volledig moet zijn.⁴⁷

168. Verder geldt er ook een specifieke evenredigheidseis met betrekking tot de

⁴⁶ RvS 29 juni 2017, nr. 238.717, nr. 6.

⁴⁷ Handhavingscollege 17 juli 2018, 1617/MHHC/0089/M, p.10, punt 2, §2; De Deyne, L., "Hoofdstuk 5 - Transparantie en procedurele verantwoordingsplicht" in Markttoezicht in de energiesector, 1e editie, Bruxelles, Intersentia, 2017, p. 597 en aldaar aangehaalde rechtsleer.

motiveringsplicht: de omvang van de motivering moet evenredig zijn met het belang van de beslissing en met de omvang van de discretionaire bevoegdheid van het BIPT.⁴⁸ In geval van een discretionaire bevoegdheid moet dus meer uitleg worden verschaft, meer bepaald waarom zo en niet anders wordt beslist.

169. Bovendien bevestigt recente rechtspraak dat er een link bestaat met het zorgvuldigheidsbeginsel.⁴⁹ Als een partij (*in casu* het BIPT) onzorgvuldig is geweest in het vaststellen van de feiten, dan heeft dit ook gevolgen voor de *motivering* van de beslissing. Het is in dat geval niet zeker of de beslissing is gebaseerd op motieven waarvan het feitelijk bestaan adequaat is aangetoond, wat leidt tot een schending van de materiële motiveringsplicht. Kortom, een onzorgvuldige feitenvinding ondermijnt de geldigheid van de onderliggende motivering van de beslissing.

2. Toepassing op het bestreden besluit

170. Het bestreden besluit voldoet op meerdere vlakken niet aan de hierboven opgesomde motiveringsvereisten, zodat niet is voldaan aan de materiële motiveringsplicht.

171. Om dit te illustreren kan alvast worden verwezen naar de verschillende voorbeelden die hoger werden aangehaald ter onderbouwing van de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. Orange Belgium herneemt hieronder kort enkele van deze voorbeelden en licht toe waarom deze ook leiden tot een schending van de motiveringsplicht:

- De keuze voor punt A is niet onderbouwd (i) wegens gebrek aan grondig onderzoek naar de beschikbare alternatieven (punt B of punt C) en (ii) aangezien deze keuze is gebaseerd op veronderstellingen die niet overeenstemmen met de werkelijke situatie (bijvoorbeeld inzake de vermeende mogelijkheid om in geval van vrije modemkeuze eenvoudig te veranderen van operator) (zie hoger, nr. 137). De keuze voor punt A werd bijgevolg onvoldoende (grondig) gemotiveerd.
- In het kader van zijn analyse heeft het BIPT onvoldoende onderzoek gevoerd naar de werkelijke situatie (bijvoorbeeld, de mogelijkheid om in geval van vrije modemkeuze te veranderen van operator; de kans dat derde partij fabrikanten vrije keuze-modems zullen ontwikkelen voor de diensten aangeboden door Orange Belgium; de vraag naar dergelijke modems vanwege (eind)klanten; enz.) (zie hoger, nr. 137-157), zodat het BIPT niet op een geïnformeerde basis heeft kunnen analyseren en beslissen. Bijgevolg is het bestreden besluit gebaseerd op foutieve,

⁴⁸ De Deyne, L., "Hoofdstuk 5 - Transparantie en procedurele verantwoordingsplicht" in *Markttoezicht in de energiesector*, 1e editie, Bruxelles, Intersentia, 2017, p. 587.

⁴⁹ RvS 17 februari 2022, nr. 253.022, nr. 14 *in fine*.

niet-waarheidsgetrouwe en onvolledige veronderstellingen en motieven, in strijd met de motiveringsplicht.

- Het BIPT heeft onvoldoende onderzocht of het alternatieve (minder verregaande) verplichtingen had kunnen opleggen aan de operatoren om dezelfde doelstellingen te bereiken, zoals bijvoorbeeld de uitgestelde implementatie van fase 2 (zie hoger, nr. 150-152). Het BIPT heeft bijgevolg onvoldoende gemotiveerd waarom het noodzakelijk is dat de operatoren de thans opgelegde verplichtingen *meteen* moeten implementeren.
- Het BIPT heeft onvoldoende onderzoek gevoerd naar de concrete gevolgen in de praktijk van de keuze voor punt A voor de operatoren, de dienstverlening door de operatoren en de duurzaamheid (zie hoger, nr. 73-92). Bijgevolg heeft het BIPT onvoldoende rekening gehouden met deze gevolgen en wordt onvoldoende gemotiveerd waarom desondanks voor punt A moet worden gekozen.
- Het BIPT brengt in het bestreden besluit verschillende argumenten naar voor die niet (volledig) waarheidsgetrouw zijn, zoals bijvoorbeeld de verwijzingen naar de vermeende succesverhalen in andere landen zoals Duitsland en Nederland. Hierbij negeert het BIPT de relevante problemen in andere landen en laat zij na om de beslissing te onderbouwen met correcte, waarheidsgetrouwe en volledige motieven.

172. Verder is de omvang van de motivering door het BIPT in elk geval niet evenredig met het belang van het bestreden besluit en de discretionaire bevoegdheid van het BIPT. Zeker gelet op het grote belang van het bestreden besluit, zou het BIPT zijn beslissing meer uitvoerig hebben moeten motiveren en onderbouwen, zodat derde partijen (zoals Orange Belgium) zich ervan konden vergewissen dat het BIPT zijn beslissing had genomen op basis van een grondig onderzoek en rekening houdende met alle relevante feiten. Dit is hier duidelijk niet gebeurd.

173. Op basis van de beschikbare motivering moet Orange Belgium vaststellen dat het BIPT in wezen enkel een onderzoek *à charge* heeft uitgevoerd naar de voordelen van de keuze voor punt A, en geen onderzoek *à décharge* heeft uitgevoerd naar de nadelen van punt A. *A fortiori* lijkt het BIPT geen enkel onderzoek te hebben gevoerd ten voordele van punten B of C. Inderdaad, in het bestreden besluit wordt vooral gezocht naar elementen en argumenten in het voordeel van punt A en/of in het nadeel van punten B of C (*à charge*), terwijl elementen in het nadeel van punt A en/of in het voordeel van punten B of C (*à décharge*) niet worden onderzocht of geminimaliseerd. Dit wijst op een vooringenomenheid in hoofde van het BIPT (zie ook hoger, nr. 131-135) en op een algemeen gebrekkige motivering van de genomen beslissing.

174. Gelet op het voorgaande, heeft het BIPT het bestreden besluit niet afdoende gemotiveerd en verzaakt aan zijn motiveringsplicht. Bijgevolg moet het bestreden besluit

worden vernietigd.

D. DERDE MIDDEL: HET BESTREDEN BESLUIT MOET WORDEN Vernietigd WEGENS SCHENDING VAN HET Evenredigheidsbeginsel

1. Juridisch kader

175. Het evenredigheidsbeginsel of proportionaliteitsbeginsel stelt dat een beslissing in een redelijke verhouding moet staan tot de feiten en/of het doel ervan.⁵⁰ Er mag geen wanverhouding bestaan tussen het doel van de beslissing (wat het BIPT wil bereiken) en de middelen waarmee dat doel wordt bereikt, die besloten liggen in de inhoud van de beslissing.⁵¹

176. Dit is een toepassing van het *redelijkheidsbeginsel*.⁵² In het kader van het redelijkheidsbeginsel wordt de uitoefening van discretionaire bevoegdheden beoordeeld op basis van het criterium of het gedrag (duidelijk) afwijkt van dat van een zorgvuldige overheid onder dezelfde omstandigheden.

177. De rechtsleer beoordeelt het evenredigheidsbeginsel aan de hand van een drievoudige test:⁵³

- Ten eerste wordt het pertinentiecriterium toegepast, dat nagaat of de beslissing nuttig is om het beoogde doel te bereiken.
- Vervolgens wordt het noodzakelijkheids criterium gebruikt om vast te stellen of de als pertinent beschouwde beslissing ook de minste ingrijpende is, dan wel vervangen kan worden door een minder bezwarende beslissing.
- Ten slotte wordt de evenredigheid in strikte zin beoordeeld. Zelfs als de beslissing noodzakelijk blijkt te zijn, moet nog worden gecontroleerd of deze niet disproportioneel zwaar is voor de betrokken partijen.

178. Bovendien kan een beslissing manifest onredelijk zijn omdat de elementen die niet in aanmerking werden genomen, duidelijk tot een andere beoordeling hadden moeten

⁵⁰ Opdebeek, I. en De Somer, S., "Hoofdstuk III - Beginselen van behoorlijk bestuur" in De Somer, S. en Opdebeek, I. (ed.), Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie, 2e editie, Brussel, Intersentia, 2019, p. 402.

⁵¹ Ibid, p. 405.

⁵² Ibid., p. 402.

⁵³ Van de Weyer, P.-J., "Hoofdstuk 1 - Het traditionele kader voor rechterlijke toetsing van bestuurshandelen" in De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen, 1e editie, Bruxelles, Intersentia, 2021, p. 179.

leiden.⁵⁴

2. Toepassing op het bestreden besluit

a. **Het bestreden besluit is niet nuttig voor het bereiken van het beoogde doel (pertinentie criterium)**

179. Het bestreden besluit streeft in essentie de volgende doelstellingen na, zoals blijkt uit het besluit zelf:

- het bevorderen van de mededinging op de Belgische markt voor telecommunicatie-eindapparatuur, zoals voorgeschreven door het Europees recht;
- het vereenvoudigen van de verandering van operator door de eindgebruiker; en
- het vergroten van de duurzaamheid doordat eindgebruikers hun eigen modem zouden kunnen behouden bij een verandering van operator.

180. Echter worden deze doelstellingen niet bereikt door het bestreden besluit, integendeel.

181. Eindgebruikers zullen in België **niet eenvoudiger van operator kunnen veranderen**. Dit minstens om de volgende redenen (zie ook hoger, nr. 74-80):

- Verschillende soorten vaste telecommunicatienetwerken in België verhinderen het behoud van de vrije keuze-modem. Zoals hoger aangegeven (nr. 27), bestaan er in België drie soorten vaste telecommunicatienetwerken (hybrid-fiber-coax (HFC), koper (DSL) en glasvezel), elk met een andere onderliggende infrastructuur. Een vrije keuze-modem is niet noodzakelijkerwijs compatibel met deze verschillende soorten netwerken, zodat eindgebruikers hun eigen vrije modem niet zullen kunnen behouden in geval van een verandering naar een operator die diensten aanbiedt via een ander soort telecommunicatienetwerk (wat bijna steeds zo is). Bijgevolg wordt het voor eindgebruikers niet eenvoudiger om van operator te veranderen.
- Verplichte BSoD-functionaliteit in modems Orange Belgium verhindert het behoud van de vrije keuze-modem. Zoals hoger toegelicht (nr. 44-48) werd Orange Belgium verplicht om voor gebruik van het telecommunicatienetwerk van Telenet (nu: Wyre) een BSoD-functionaliteit te integreren in haar modems. Hierdoor zijn modems die compatibel zijn met de diensten van Telenet niet compatibel met de diensten van Orange Belgium, en omgekeerd. Dit betekent dat eindgebruikers hun

⁵⁴ Van de Weyer, P.-J., "Hoofdstuk 1 - Het traditionele kader voor rechterlijke toetsing van bestuurshandelen" in De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen, 1e editie, Bruxelles, Intersentia, 2021 (p. 240).

vrije keuze-modem ook niet zullen kunnen behouden bij een verandering van Telenet naar Orange Belgium, of omgekeerd. Ook hieruit volgt dat eindgebruikers met een vrije keuze-modem niet eenvoudiger van operator zullen kunnen veranderen.

- Aankoop van een nieuwe vrije keuze-modem bij verandering van operator. Als een eindgebruiker van operator wil veranderen en een vrije keuze-modem wil blijven gebruiken, zal hij typisch een nieuwe vrije keuze-modem moeten kopen die compatibel is met de diensten van de andere (nieuwe) operator. Dit vormt een *bijkomend* obstakel voor eindgebruikers om van operator te veranderen. Hierdoor bereikt het bestreden besluit net het *omgekeerde* van de vooropgestelde doelstellingen.
- Complexe activatieprocedure. In dezelfde zin zal ook de complexe activatieprocedure in geval van het gebruik van een vrije keuze-modem (zie hoger, nr. 84) er net toe leiden dat klanten *minder* snel van operator zullen veranderen. Nadat een nieuwe klant de omslachtige activatieprocedure heeft doorlopen, zal hij minder geneigd zijn om opnieuw van operator te veranderen.

182. Verder zal het bestreden besluit ook **geen positieve invloed hebben op de duurzaamheid** (zie hoger, nr. 88-92). Immers zullen eindgebruikers vaak een nieuwe vrije keuze-modem moeten aankopen wanneer zij van operator veranderen. Als het NTP op punt B zou worden gelegd, zou deze verspilling worden voorkomen. Net zoals nu het geval is, zou de modem dan in geval van wijziging van operator kunnen worden teruggestuurd naar de operator met oog op hergebruik bij andere klanten.

183. Tot slot zullen het bestreden besluit en de daarin opgelegde verplichtingen ook de **mededinging niet bevorderen**. Immers is het omwille van de verregaande (BSoD- en andere) verplichtingen die specifiek werden opgelegd met betrekking tot de modems van Orange Belgium, zeer onwaarschijnlijk dat er vrije keuze-modems zullen worden ontwikkeld die compatibel zijn met de diensten van Orange Belgium (zie hoger, nr. 75-77).

Mocht er ondanks alles toch een materiële marktvaart zijn voor de ontwikkeling en het gebruik van vrije keuze-modems, kan redelijkerwijze worden aangenomen dat enkel vrije keuze-modems zullen worden ontwikkeld die compatibel zijn met de diensten van grotere marktspelers zoals Telenet en Proximus. In dat geval zal de beschikbaarheid van vrije keuze-modems hun marktpositie versterken en de marktpositie van Orange Belgium verzwakken. Hierdoor zou de algemene mededinging op de markt verminderen, in strijd met de vooropgestelde doelstellingen.

184. Gelet op het voorgaande is het bestreden besluit niet nuttig om de beoogde doelen te bereiken, zodat het BIPT het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden en het bestreden besluit moet worden vernietigd.

b. Het bestreden besluit gaat verder dan wat noodzakelijk is (noodzakelijkheids criterium)

185. Zelfs als zou worden aangenomen dat het bestreden besluit nuttig zou zijn om de beoogde doelen te bereiken, *quod non*, dan nog gaat het bestreden besluit verder dan wat noodzakelijk is om die doelen te bereiken.

186. Dit vooreerst omdat de vermeende technische voordelen van het gebruik van een vrije keuze-modem ook kunnen worden bereikt door de huidige modems in *bridge mode* te plaatsen en te combineren met een eigen vrije keuze-router (zie hoger, nr. 18). Dit is en blijft mogelijk in geval het NTP op punt B wordt vastgelegd.

187. Daarnaast gaat de verplichte onmiddellijke implementatie van fase 2 verder dan wat is noodzakelijk is. Immers brengt de implementatie van fase 2 heel wat kosten met zich mee voor Orange Belgium (zie hoger, nr. 81). Dit terwijl het volstrekt onzeker is of er derde partij fabrikanten zullen zijn die vrije keuze-modems willen ontwikkelen voor de diensten van Orange Belgium (zie hoger, nr. 113).

188. Aldus legt het BIPT veeleisende verplichtingen op aan Orange Belgium, die mogelijk nutteloos zullen blijken als er geen interesse is in de ontwikkeling van een vrije keuze-modem voor de diensten van Orange Belgium.

189. In het licht van deze omstandigheden had het BIPT kunnen (en moeten) beslissen om de implementatie van fase 2 pas op te leggen aan Orange Belgium vanaf het moment dat een derde partij fabrikant zich engageert om vrije keuze-modems te ontwikkelen voor gebruik met de diensten van Orange Belgium. Minstens had het BIPT deze mogelijkheid grondig moeten onderzoeken en overwegen.

190. Op deze manier zou het BIPT dezelfde doelen hebben bereikt als met de huidige beslissing, zijnde de implementatie van fase 2 zodat eindgebruikers hun eigen vrije keuze-modem kunnen gebruiken voor de diensten van Orange Belgium, maar dit zonder vanaf de start potentieel nutteloze verplichtingen op te leggen aan Orange Belgium.

191. Door niet te kiezen voor deze alternatieve, minder verre gaande mogelijkheid, en deze zelfs niet grondig te onderzoeken en te overwegen, heeft het BIPT het evenredigheidsbeginsel geschonden. Bijgevolg moet het bestreden besluit worden vernietigd.

c. De opgelegde verplichtingen zijn disproportioneel zwaar

192. Zoals hoger aangegeven (nr. 81) legt het bestreden besluit verre gaande verplichtingen op aan operatoren. Zelfs als zou worden aangenomen dat het bestreden besluit nuttig zou zijn om een of meer van de beoogde doelen te bereiken, *quod non*, dan nog zijn deze verplichtingen disproportioneel zwaar.

193. Dit met name gelet op de hoogstens beperkte voordelen van het bestreden besluit. In essentie is het enige gevolg (en dus mogelijke voordeel) van het bestreden besluit dat eindgebruikers de mogelijkheid zouden hebben om een vrije keuze-modem te gebruiken. Echter zal deze mogelijkheid in de praktijk enkel worden gebruikt door klanten die technisch voldoende onderlegd zijn, aangezien de betrokken dienstverlener weinig tot geen ondersteuning zal kunnen bieden aan klanten die gebruikmaken van een vrije keuze-modem. Overigens zijn het ook enkel deze technisch onderlegde klanten die in de praktijk interesse zullen hebben in het gebruik van een eigen vrije modem.

194. Dat er in de praktijk zeer weinig interesse is in het gebruik van een vrije keuze-mode, wordt bevestigd in een recent rapport van WIK en ICF⁵⁵, waarnaar wordt verwezen in het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de uitvoering van de bepalingen van de Open Internet Verordening.⁵⁶ In dat rapport wordt vastgesteld dat de bepaling van een NTP hoge implementatiekosten met zich meebrengt terwijl het maar een beperkte impact heeft omdat er in de gevallen waar consumenten een vrije keuze-modem kunnen kiezen, slechts zeer weinig consumenten dat effectief doen.⁵⁷

195. Dit blijkt intussen ook uit de marktsituatie in Nederland, waar slechts een zeer klein aandeel van de klanten van VodafoneZiggo een vrije keuze-modem gebruikt.

196. Bovendien kunnen de vermeende voordelen van een vrije keuze-modem ook worden bereikt door de huidige modems in *bridge mode* te plaatsen en te combineren met een eigen router.

197. In het licht hiervan zijn de aan de operatoren opgelegde verplichtingen disproportioneel zwaar. Dit vormt een schending van het evenredigheidsbeginsel, zodat het bestreden besluit moet worden vernietigd.

d. De elementen die niet in aanmerking werden genomen, hadden tot een andere beslissing moeten leiden

198. Zoals uitvoerig toegelicht heeft het BIPT geen grondig onderzoek gevoerd om zijn beslissing te onderbouwen. Had het BIPT dat wel gedaan, en bijvoorbeeld objectief onderzoek gevoerd naar en rekening gehouden met (i) de voor- en nadelen van een keuze

⁵⁵ ICF en WIK (*Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste*)-Consult zijn twee verschillende organisaties die studies uitvoeren voor de Europese Commissie.

⁵⁶ Verslag van de Commissie aan het Europees parlement en de Raad van 28 april 2023 over de uitvoering van de bepalingen van Verordening (EU) 2015/2120 betreffende open-internettoegang (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0233&qid=1701939065928>).

⁵⁷ Study on the implementation of the open internet access provisions of Regulation 2015/2120, nr. 2022-008, uitgevoerd door ICF en WIK Consult (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e1f1154f-ee2f-11ed-a05c-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-285793223>).

voor punt B in plaats van punt A en (ii) de mogelijkheid om de verplichtingen van fase 2 pas op te leggen nadat er zekerheid was over de ontwikkeling van vrije keuze-modems door derde partij fabrikanten, zou dit tot een andere beoordeling hebben geleid, minstens moeten leiden.

199. Nu deze en andere belangrijke elementen niet in aanmerking worden genomen, is de genomen beslissing manifest onredelijk. Bijgevolg moet het besluit ook om deze reden worden vernietigd.

3. Conclusie

200. Gelet op het voorgaande, is het bestreden besluit niet pertinent, gaat het verder dan wat noodzakelijk is en legt het disproportioneel zware verplichtingen op aan Orange Belgium. Bovendien had het BIPT een andere beslissing moeten nemen, als zij wel rekening had gehouden met de elementen die zij niet in aanmerking heeft genomen. Bijgevolg is het bestreden besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel en moet het worden vernietigd.

E. VIERDE MIDDEL: HET BESTREDEN BESLUIT MOET WORDEN Vernietigd WEGENS SCHENDING VAN HET Vertrouwensbeginsel

1. Juridisch kader

201. De rechtspraak stelt algemeen dat het vertrouwensbeginsel kan worden ingeroepen wanneer de overheid een beslissing neemt die zonder duidelijke motivering afwijkt van een constante gedragslijn, waarop de bestuurde rechtmatig kon vertrouwen.⁵⁸

202. Aldus moeten telecomoperatoren, als rechtsonderhorigen, kunnen vertrouwen op een consistente gedragslijn van het BIPT als regulerende overheid. Het is een vereiste dat het BIPT, binnen bepaalde grenzen, de gewekte verwachtingen nakomt. Dit principe is nauw verbonden met het rechtszekerheidsbeginsel.

203. Er zijn verschillende elementen die in aanmerking kunnen worden genomen bij het beoordelen van het vertrouwensbeginsel. Deze omvatten de hoedanigheid van het bestuursorgaan dat de verwachtingen heeft gewekt, de manier waarop deze verwachtingen zijn gewekt, het rechtmatige karakter van deze verwachtingen en de handelingen die de rechtsonderhorige heeft verricht als gevolg van de gewekte

⁵⁸ Opdebeek, I. en De Somer, S., "Hoofdstuk III - Beginselen van behoorlijk bestuur" in De Somer, S. en Opdebeek, I. (ed.), Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie, 2e editie, Bruxelles, Intersentia, 2019 (p. 413 en de daar aangehaalde RS).

verwachtingen.⁵⁹

2. Toepassing op het bestreden besluit

204. Zoals hoger toegelicht (nr. 106-110) is het bestreden besluit om verschillende redenen tegenstrijdig met eerdere besluiten.

205. Op basis van deze eerdere besluiten ging Orange Belgium ervan uit dat het BIPT van oordeel was dat de modem onder de telecomwetgeving valt en dus deel uitmaakt van de netwerkinfrastructuur. Orange Belgium ging er dus van uit dat het NTP op punt B zou worden vastgelegd, in lijn met deze eerdere besluiten.

206. Ter uitvoering van deze eerdere besluiten (en gelet op haar daarmee gepaard gaande legitieme verwachting) heeft Orange Belgium complexe modems ontwikkeld om te voldoen aan de opgelegde technische verplichtingen, waaronder de integratie van de BSoD-functie in haar modems. Verder heeft het modems ontwikkeld die haar toelaten de klant ondersteuning te bieden op afstand, terwijl het slechts over een groothandelstoegang beschikt tot het onderliggende telecommunicatienetwerk. Dit heeft véél inspanningen gevergd van Orange Belgium en geleid tot hoge ontwikkelings- en certificeringskosten (zie hoger, nr. 52).

207. Door nu alsnog te beslissen dat het NTP op punt A ligt en dus een vrije modemkeuze in het leven te roepen, wijkt het BIPT af van de eerdere besluiten en zijn eerder beleid. Aldus gaat het BIPT met het bestreden besluit in tegen de legitieme verwachtingen die zij bij Orange Belgium heeft opgewekt.

208. Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat het bestreden besluit het vertrouwensbeginsel schendt en moet worden vernietigd.

F. VIJFDE MIDDEL: HET BESTREDEN BESLUIT MOET WORDEN Vernietigd WEGENS SCHENDING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

1. Juridisch kader

209. Het gelijkheidsbeginsel, verankerd in tal van grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen zoals artikel 10 en 11 van de Belgische Grondwet, stelt dat personen die zich in dezelfde feitelijke omstandigheden bevinden, op dezelfde wijze worden behandeld en omgekeerd dat personen die in wezenlijk verschillende omstandigheden verkeren, op een verschillende wijze worden behandeld.

210. Dit beginsel manifesteert zich op verschillende manieren, afhankelijk van het

⁵⁹ Overzicht van het Belgisch Administratief recht (2012), p. 67.

juridisch perspectief.⁶⁰ In het algemeen bestuursrecht houdt het gelijkheidsbeginsel in dat de overheid, wanneer zij een beleidslijn voor zichzelf uitstippelt waardoor zij zich zal laten leiden bij het uitoefenen van haar discretionaire bevoegdheid, niet willekeurig van deze beleidslijn kan afwijken. Een afwijking is enkel mogelijk op grond van een aanvaardbaar motief.⁶¹

211. Aldus vereist het gelijkheidsbeginsel van het BIPT een zekere continuïteit en consistentie in het beleid door in vergelijkbare gevallen tot gelijke beslissingen te komen, tenzij er geldige redenen zijn voor een afwijking of wijziging van het beleid. Deze eis van consistentie vloeit ook voort uit het motiverings-, redelijkheids- en vertrouwensbeginsel.

2. Toepassing op het bestreden besluit

212. Het bestreden besluit schendt om minstens twee redenen het gelijkheidsbeginsel. Deze worden hieronder toegelicht.

a. Verschil in behandeling van eindapparatuur: tv-decoders vs. internetmodems

213. Het BIPT heeft besloten om tv-decoders uit te sluiten van het toepassingsgebied van het bestreden besluit "*vanwege de beperkte toekomst van de DVB-C technologie*". Daarbij meldt het BIPT ook dat het "*geen verdere input hieromtrent [heeft] ontvangen langs de zijde van de fabrikanten*".⁶² Het BIPT lijkt aldus een onderzoek te hebben gevoerd naar de kans dat een derde partij fabrikant een vrije keuze-tv-decoder zou ontwikkelen. Gelet op de kleine kans, heeft het BIPT de tv-decoders uitgesloten van het toepassingsgebied van het bestreden besluit, zodat zij niet onderworpen zijn aan de vrije keuze.

214. Dit impliceert dat de al dan niet *ontwikkeling door derde partij fabrikanten* een relevant criterium is voor de beslissing van het BIPT met betrekking tot tv-decoders. Echter heeft het BIPT ditzelfde criterium niet (of in ieder geval niet grondig) onderzocht en geëvalueerd met betrekking tot de (internet)modems, laat staan modems die compatibel moeten zijn met de diensten aangeboden door Orange Belgium.

215. Het feit dat een gelijkaardig criterium (i.e. de interesse van derde partij fabrikanten om een vrije keuze-apparaat te ontwikkelen) wél in rekening werd gebracht bij de beslissing inzake tv-decoders maar niet bij de beslissing inzake (internet)modems, vormt een ongelijke behandeling van een gelijkaardige situatie. Het BIPT past niet dezelfde test

⁶⁰ Opdebeek, I. en De Somer, S., "Hoofdstuk III - Beginselen van behoorlijk bestuur" in De Somer, S. en Opdebeek, I. (ed.), *Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie, 2e editie*, Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 408.

⁶¹ *Ibid.*, p. 409.

⁶² Bestreden besluit, nr. 120.

toe en discrimineert tussen tv-decoders enerzijds en (internet)modems anderzijds.

216. Bovendien is er geen enkele gegronde reden voor dit verschil in behandeling. Als uit een analyse blijkt dat er geen interesse is in de ontwikkeling van vrije keuze-tv-decoders in het algemeen (zelfs niet voor Proximus en Telenet, die meer dan 1,5 miljoen klanten hebben) en het BIPT op basis daarvan beslist om de vrije keuze niet te verplichten voor tv-decoders, waarom wordt dan niet eens *onderzocht* of er interesse is in de ontwikkeling van een zeer specifieke modem die alleen voor de diensten van Orange Belgium kan worden gebruikt?

217. Dit verschil in behandeling en onderzoek door het BIPT vormt een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel en een gegronde reden voor de vernietiging van het bestreden besluit.

b. Verschil in behandeling aangaande de technische vereisten: Orange Belgium vs. derde partij fabrikant

218. Zoals hoger aangegeven (nr. 44-48) werd Orange Belgium verplicht om voor haar gebruik van het telecommunicatienetwerk van Telenet (nu: Wyre) een BSoD-functie te integreren in haar modems. Orange Belgium klanten kunnen enkel toegang krijgen tot dat netwerk via een modem met BSoD-functie. Daarnaast werden ook veel andere verplichtingen opgelegd aan alternatieve operatoren, waaronder met name certificeringsverplichtingen.⁶³

219. Echter neemt het bestreden besluit een andere benadering door eindgebruikers de mogelijkheid te bieden om vrije keuze-modems aan te schaffen zonder dat deze vooraf door een operator gecertificeerd hoeven te zijn.⁶⁴ In dezelfde zin worden aan derde partij fabrikanten geen verplichting opgelegd om een BSoD-functie te integreren in hun modems, ook wanneer die worden gebruikt voor toegang tot het telecommunicatienetwerk van Wyre.

220. Wat dit laatste betreft, wees het BIPT in het besluit van de CRC van 3 september 2013 er zelf al op dat de BSoD-verplichting discriminerend is omdat deze verplichting enkel wordt opgelegd aan alternatieve operatoren en niet andere gebruikers van het telecommunicatienetwerk (zie hoger, nr. 40):

228.1 Dergelijke oplossing is discriminerend voor de begunstigden aangezien de BSOD oplossing enkel gebruikt wordt voor wholesale.

221. Aldus worden aan Orange Belgium zwaardere (certificerings)verplichtingen opgelegd dan aan andere ondernemingen, zoals derde partij fabrikanten van vrije keuze-

⁶³ Bestreden besluit, nr. 231.

⁶⁴ Bestreden besluit, nr. 232.

modems. Inderdaad, hoewel beide partijen modems ontwikkelen om hun klanten toegang te geven tot dezelfde telecommunicatienetwerken, gelden er aanzienlijke verschillen met betrekking tot de technische specificaties waaraan hun apparatuur moet voldoen.

222. Ook dit vormt een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel en een gegronde reden voor de vernietiging van het bestreden besluit.

IX. BESCHIKKEND GEDEELTE

**OM DEZE REDENEN,
EN ALLE ANDERE NOG TE DOEN GELDEN IN DE LOOP VAN HET GEDING,
BEHAGE HET UW HOF,**

- Akte te nemen van huidig verzoekschrift.
- Het door middel van huidig verzoekschrift ingesteld beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienvolgens:
 - In hoofdorde, het Besluit van de Raad van het BIPT van 26 september 2023 betreffende de identificering van het netwerkaansluitpunt voor de breedbanddiensten in zijn geheel nietig te verklaren;
 - In ondergeschikte orde, het Besluit van de Raad van het BIPT van 26 september 2023 betreffende de identificering van het netwerkaansluitpunt voor de breedbanddiensten gedeeltelijk nietig te verklaren, namelijk met betrekking tot de identificering van het netwerkaansluitpunt op de glasvezelnetwerken en de kabelnetwerken
 - In meest ondergeschikte orde, het Besluit van de Raad van het BIPT van 26 september 2023 betreffende de identificering van het netwerkaansluitpunt voor de breedbanddiensten gedeeltelijk nietig te verklaren, namelijk met betrekking tot de verplichtingen die aan Orange Belgium worden opgelegd in randnummer 242 van het bestreden besluit, zijnde: *“Binnen een termijn van 12 (twaalf) maanden na de inwerkingtreding van dit besluit moeten operatoren de nodige IT-aanpassingen uitvoeren die volgen uit dit besluit. Eindgebruikers moeten 12 (twaalf) maanden na de inwerkingtreding van dit besluit hun eigen eindapparatuur kunnen aansluiten op het netwerk.”*;
- In ieder geval: verweester te veroordelen tot de gerechtskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, voorlopig begroot op 1.800 EUR.

Zaventem, 7 december 2023

Voor verzoekster,
Haar raadslieden,



Filip Tuytschaever

~~MJ Kormos~~
Marie-Julie Kormoss
Advocaat, balie Brussel

lcco Benjamin Magnus

INVENTARIS

In de zaak:

Orange Belgium NV

tegen

BIPT

Hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof, kamer 19A

Rolnummer: _____

voor:

Orange Belgium NV

Meesters Filip Tuytschaever en Benjamin Magnus

I. **STUKKEN**

1. Marktanalysebesluit van de CRC van 1 juli 2011 (extract)
2. Beslissing van de Conferentie van de Regulators voor de elektronische Communicatiesector (CRC) van 3 september 2013 betreffende de wholesalereferentieaanbieding van Telenet in het tweetalig gebied Brussel Hoofdstad (extract)
3. Marktanalysebesluiten van de CRC van 29 juni 2018 (extract)
4. Besluit van de CRC van 25 maart 2021 betreffende de goedkeuring van de referentieaanbiedingen van Telenet voor toegang tot het televisieaanbod in het tweetalig gebied Brussel Hoofdstad en voor toegang tot het breedbandaanbod (extract)
5. Opmerkingen op het ontwerpbesluit van Agoria van 16 november 2022 (niet-vertrouwelijke versie)
6. Opmerkingen op het ontwerpbesluit van Orange Belgium van 26 juni 2023 (niet-vertrouwelijke versie)
7. Brief van Orange Belgium aan het BIPT van 26 juni 2023