



**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN
TELECOMMUNICATIE**

**BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT
VAN 25 JULI 2008**

**TOT OPLEGGING VAN EEN ADMINISTRATIEVE BOETE AAN
BELGACOM WEGENS DE NIET-NALEIVING VAN HET BESLUIT VAN 11
AUGUSTUS 2006 WAT BETREFT DE OPROEPTARIEVEN NAAR
MOBIELE NETWERKEN**

Openbare versie

Inhoudsopgave

1 Doel	3
2 Retroacta	3
3 Reactie van Belgacom op het ontwerpbesluit.....	4
4 Vaststellingen door het BIPT	8
IN VERBAND MET DE NOODZAAK OM DE MAANDELIJKSE CONTROLE VAN HET NIVEAU VAN DOORBEREKENING VOORT TE ZETTEN	8
IN VERBAND MET HET VOORTDUREN VAN DE INBREUK DIE AAN DE BASIS LAG VAN DE INGEBREKESTELLING VAN 18 OKTOBER 2007.....	9
5 Bepaling van het bedrag van de boete	11
ERNST VAN DE INBREUK	11
VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN.....	13
VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN	13
NOODZAAK OM DE BOETE EEN AFSCHRIKKEND KARAKTER TE GEVEN	14
OMZET OP DE BETROKKEN MARKT	15
BEDRAG VAN DE BOETE	15
6 Termijn om de inbreuk te verhelpen	15
7 Besluit.....	16
8 Beroepsmogelijkheden	16
Bijlagen.....	17

1 DOEL

1. Dit besluit heeft tot doel op grond van de resultaten van de maandelijks verrichte controles te oordelen of de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 moet worden opgeheven, de maandelijks controle moeten worden voortgezet dan wel de procedure moet worden voortgezet die vastgesteld is in artikel 21 van de wet van 17 januari 2003¹ door de eventuele oplegging van een administratieve boete.

2 RETROACTA

2. Op 11 augustus 2006 heeft de Raad van het BIPT een besluit aangenomen betreffende de markten voor gespreksafgifte op elk mobiel netwerk waarin het de in het besluit bedoelde mobiele operatoren een geleidelijke verlaging van hun termineringstarieven oplegt (besluit “markt 16”).
3. Op 11 augustus 2006 heeft de Raad van het BIPT ook een besluit aangenomen betreffende de retailmarkten voor openbaar beschikbare telefoondiensten op een vaste locatie (besluit “vaste telefonie”) waarbij het aan Belgacom een verplichting heeft opgelegd die betrekking heeft op de verbodsbepalingen van artikel 64 van de wet van 13 juni 2005.
4. In dat besluit staat met name het volgende: “Het verbod om buitensporige prijzen te vragen, om afbraakprijzen te hanteren en om ongerechtvaardigde voorkeuren toe te passen zal het BIPT tevens in staat stellen om praktijken te verbieden zoals [...] de weigering om tariefverlagingen voor de afgifte op netwerken van derde operatoren door te berekenen aan de eindgebruiker”, waarbij wordt vermeld: “Dergelijke praktijken zouden [...] de concurrentie vervalsen en het positieve effect voor de gebruikers en de concurrentie tenietdoen, dat uitgaat van de maatregelen die door het BIPT worden opgelegd op de markten voor vaste (markt 9) en mobiele afgifte (markt 16)”.
5. Een verlaging van de kosten voor mobiele gespreksafgifte heeft plaatsgevonden op 1 mei 2007². Op 24 april 2007 had het BIPT aan Belgacom een brief gestuurd waarin werd vastgesteld dat Belgacom mogelijk niet handelde in overeenstemming met de verplichtingen die waren opgelegd in het besluit van 11 augustus 2006 en waarin Belgacom werd verzocht het Instituut in te lichten over de maatregelen die waren genomen of werden beoogd in verband met de doorberekening, ten gunste van de particuliere en niet-particuliere gebruikers, van de MTR-verlagingen³ die geprogrammeerd waren voor 1 mei 2007.
6. Op 1 mei 2007 heeft Belgacom zijn tarieven verlaagd voor oproepen naar mobiele netwerken. Die tariefaanpassing kwam in essentie overeen met de verlaging van de mobiele-termineringslasten die had plaatsgehad op 1 november 2006⁴ en heel gedeeltelijk met de verlaging van de mobiele-termineringslasten van 1 mei 2007.
7. Op 11 mei, 6 juni, 3 augustus en 17 augustus 2007 heeft het BIPT verschillende brieven van Belgacom ontvangen in het kader van het onderzoek van het dossier.
8. Op 18 oktober 2007, na te hebben vastgesteld dat Belgacom niet voldeed aan het besluit van 11 augustus 2006 inzake vaste telefonie, heeft het BIPT Belgacom aangemaand om:
 - zich te schikken naar het besluit van 11 augustus 2006 inzake vaste telefonie, door de verlagingen van de termineringstarieven van de mobiele operatoren volledig door te berekenen aan de particuliere en niet-particuliere klanten, en dat tegen uiterlijk 2 januari 2008;

¹ Wet met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.

² Er was al een eerste verlaging geweest op 1 november 2006.

³ Mobile Termination Rates.

⁴ Op 8 februari 2007 had het BIPT Belgacom aangemaand om die verlaging van 1 november 2006 door te berekenen.

- uiterlijk op 3 december 2007 aan het Instituut de concrete maatregelen mee te delen die Belgacom had genomen om aan die verplichtingen te voldoen, samen met alle toelichtende documenten aan de hand waarvan het BIPT kon oordelen over het voordeel dat was doorberekend aan de particuliere en niet-particuliere klanten.
9. Op 3 december schreef Belgacom aan het BIPT dat het tariefverlagingen ging doorvoeren vanaf 2 januari 2008. Belgacom kondigt ook de lancering van een nieuw tariefplan aan waarbij tijdens het weekend gratis F2M-oproepen⁵ werden geboden (dat plan zou later de naam "Together" krijgen). Volgens zijn eigen berekeningen op basis van een voorspeld succes van dat nieuwe plan, zou het niveau van de doorberekening oplopen tot [vertrouwelijk]%⁶ ten opzichte van de MTR's die moesten gelden op 1 januari 2008; dit zou gelijk zijn aan [vertrouwelijk]% van de MTR-verlagingen van 1 november 2006 en 1 mei 2007.
 10. Op 19 december 2007, na de verwachte inlichtingen van Belgacom te hebben ontvangen, heeft het BIPT het opportuun geacht om een regelmatige controle in te stellen van het niveau van de doorberekening van de MTR-verlagingen in de retailtarieven voor F2M.
 11. Op 4 maart, 20 mei en 4 juni 2008⁷ heeft Belgacom aan het BIPT de gegevens meegedeeld die nodig waren voor de berekening van het niveau van de doorberekening voor de maanden januari, februari, maart en april 2008.
 12. Op 12 juni 2008 heeft het BIPT aan Belgacom een ontwerpbesluit overgezonden waarin het Instituut besloot dat de overtreding bleef bestaan die aan de basis had gelegen van de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 en dat aan Belgacom een administratieve boete werd opgelegd. Belgacom werd verzocht om tegen uiterlijk 26 juni 2008 zijn standpunt over dat ontwerpbesluit voor te stellen.
 13. Op 19 juni 2008 heeft het BIPT twee brieven verstuurd waarin Belgacom werd uitgenodigd om het in te lichten over de schikkingen die het bedrijf had genomen of beoogde in verband met de doorberekening, ten gunste van de particuliere en niet-particuliere gebruikers, van de MTR-verlagingen van 1 mei 2008 en van 1 juli 2008.
 14. Belgacom heeft zijn standpunt gegeven in brieven van 26 juni 2008 en van 2 juli 2008.
 15. Op 3 juli 2008 heeft het BIPT gunstig geantwoord op het verzoek van Belgacom om mondeling te worden gehoord en heeft het 11 juli 2008 vastgesteld als datum voor de hoorzitting. Aan Belgacom is de kans geboden om uiterlijk de dag van de hoorzitting een schriftelijke bijdrage in te dienen. De termijn om deze bijdrage in te dienen is nadien verlengd tot 18 juli 2008.
 16. Op 19 juli 2008 heeft Belgacom een schriftelijke bijdrage aan het BIPT gericht.

3 REACTIE VAN BELGACOM OP HET ONTWERPBESLUIT

17. Belgacom reageert tegelijk op het ontwerpbesluit dat het toegestuurd had gekregen op 12 juni 2008 en op de brieven van 19 juni 2008 in verband met de MTR-verlagingen op 1 mei 2008 en 1 juli 2008. Wat de MTR-verlaging van 1 mei 2008 betreft, onderstreept Belgacom dat het niet in staat was om die vanaf die datum door te berekenen, omdat de MTR-lasten waren vastgesteld in een besluit van het BIPT van 29 april 2008.
18. Belgacom kondigt aan dat het op 1 juli 2008 nieuwe retailtarieven zal invoeren voor de F2M-oproepen. Deze nieuwe tarieven zullen voor 100% de MTR's doorberekenen die van toepassing zijn vanaf 1 juli 2008 (rekening houdende met het meest recent beschikbare verkeersprofiel, namelijk inmiddels dat van mei 2008). Belgacom verklaart zich overigens bereid om de maandelijkse controle voort te zetten die was ingesteld op 19 december 2007.

⁵ Fix to Mobile.

⁶ Volgens de correctie die op 7 december aan het BIPT is gericht.

⁷ Alsook een update op 9 juni.

19. Belgacom voert aan dat het BIPT het niveau van de doorberekening heeft onderschat en houdt vol dat het geen inbreuk heeft gepleegd op het besluit van 11 augustus 2006. Belgacom verbindt er zich niettemin toe om de methode voor de berekening van het niveau van doorberekening te volgen zoals deze door het BIPT wordt toegepast, in afwachting van nieuwe besprekingen over die methode.
20. Belgacom gebruikt als argument de formulering van een ontwerpbesluit dat op 8 mei 2008 door het BIPT is gepubliceerd en waarin de analyse wordt herzien van de markten voor vaste telefonie, om daaruit af te leiden dat het besluit van 11 augustus 2006 het bedrijf niet verplichtte om de MTR-verlagingen integraal door te berekenen. Belgacom is van oordeel dat het besluit van 11 augustus 2006 voorzag in een analyse die zou voorafgaan aan de vaststelling van het bestaan van buitensporige prijzen en dat die analyse niet heeft plaatsgevonden.
21. Belgacom betwist dat aan de juridische voorwaarden is voldaan opdat het BIPT een administratieve boete aan het bedrijf kan opleggen. Vanaf de instelling van een monitoringsysteem door het BIPT zou moeten worden beschouwd dat de inbreuk die aan Belgacom was verweten, was beëindigd, omdat Belgacom een plan had voorgelegd waarvan de uitvoering aan die inbreuk een eind moest maken. Belgacom vindt dat als dit plan niet de gewenste resultaten opleverde, het BIPT het bedrijf opnieuw had moeten aanmanen om binnen een bepaalde termijn andere wijzigingen aan te brengen in zijn retailtarieven.
22. Belgacom is van oordeel dat de retroacta van het ontwerpbesluit een aantal elementen die belangrijk zijn voor de beoordeling van het dossier, niet weerspiegelen. Belgacom legt meer bepaald de nadruk op de uitwisselingen die volgden op de verzending van de ingebrekestelling van 18 oktober 2007. Volgens het bedrijf tonen die uitwisselingen aan dat Belgacom het niveau van doorberekening heeft bereikt die het voor zichzelf had vastgesteld in december 2007, namelijk [vertrouwelijk]% in de loop van 2008. Belgacom was uitgegaan van het principe dat dit niveau van doorberekening voor het BIPT aanvaardbaar was en dat een volledige doorberekening op zeer korte termijn niet zou worden geëist.
23. Belgacom wijst op de situatie van rechtsonzekerheid die kenmerkend is voor het dossier van de mobiele-termineringslasten. De drie mobiele operatoren hebben elk beroep aangetekend tegen het besluit van 11 augustus 2006 en er is een risico dat hogere gespreksafgiffelasten retroactief worden gevorderd. De schorsing door het hof van beroep van Brussel van het besluit van het BIPT van 18 december 2007 draagt concreet bij tot de onzekerheid over de MTR's. Belgacom verwijst bovendien naar recente brieven van Mobistar en Base, die zich het recht voorbehouden om hogere MTR's met terugwerkende kracht te vorderen. Belgacom is van oordeel dat het BIPT in een dergelijke toestand van onzekerheid eraan geen onmiddellijke en volledige doorberekening van de MTR-verlagingen mag opleggen.
24. Belgacom is van mening dat het BIPT niet genoeg rekening houdt met de uiteenlopende standpunten die blijven bestaan tussen zichzelf en Belgacom over de interpretatie van de verplichtingen die voortvloeien uit het besluit van 11 augustus 2006. Die uiteenlopende standpunten slaan met name op het begrip "buitensporige prijs" en de mate van flexibiliteit inzake prijsbepaling die aan Belgacom wordt gelaten. Belgacom vat bovendien zijn bezwaren tegen het besluit van 11 augustus 2006 samen, waartegen het beroep heeft aangetekend.
25. Belgacom vindt dat de vaststellingen van het BIPT onvolledig en onjuist zijn om de volgende redenen:
 - Belgacom had in zijn brief van 3 december aangekondigd dat het verwachtte dat [vertrouwelijk]% van de klanten in de loop van 2008 voor het plan Together zouden opteren. Er was een start verwacht die vergelijkbaar zou zijn met die van Happy Time maar de overstap van de klanten naar het nieuwe plan is trager verlopen dan verwacht, hoewel de cijfers aan het stijgen zijn. Als het plan eind 2008 [vertrouwelijk] klanten telt, zal het niveau van de doorberekening [vertrouwelijk]% bereiken, wanneer alle overige zaken onveranderd blijven.
 - De berekeningen van het BIPT houden geen rekening met de promoties die Belgacom aanbiedt.

- Het niveau van de doorberekening is in mei 2008 naar [vertrouwelijk]% gegaan, wanneer alle overige zaken onveranderd blijven.
- De berekeningen van het BIPT houden geen rekening met de migraties tussen tariefplannen, maar gaan uit van het principe dat het huidige verkeersprofiel altijd van toepassing is geweest.
- De berekeningen van het BIPT houden geen rekening met de inflatie, terwijl Belgacom zijn F2M-tarieven niet meer heeft geïndexeerd sedert 1 januari 2007. Het meetellen van de inflatie leidt tot niveaus van doorberekening die hoger liggen dan diegene die door het BIPT zijn berekend.

Met die factoren heeft Belgacom geen rekening gehouden bij de vaststelling van de retailprijzen die sedert 1 juli 2008 gelden.

26. Wat de impact op de gebruikers betreft, voert Belgacom de volgende argumenten aan:

- De prijsverlagingen die het heeft toegepast op 1 mei 2007, 2 januari 2008 en 1 april 2008 zijn reeds ten goede gekomen aan de gebruikers.
- Met Together heeft Belgacom een interessante formule gelanceerd om de prijs van de oproepen naar mobiele toestellen te verlagen.
- Belgacom vindt dat het goed scoort wanneer men zijn particuliere ARPU of zijn marges vergelijkt met die van historische operatoren in het buitenland.
- Verscheidene Belgische operatoren hebben tarieven die hoger liggen dan die van Belgacom.

27. Wat de impact op de concurrentie betreft, voert Belgacom de volgende argumenten aan:

- Belgacom zou de enige onderneming zijn die geen rekening zou mogen houden met de rechtsonzekerheid rond het niveau van de MTR's.
- Het Instituut zou volgens Belgacom een analyse moeten verrichten van de gevolgen voor alle vaste operatoren.

28. Wat betreft de winst die door Belgacom wordt geboekt:

- Belgacom merkt op dat de berekening van die winst geen rekening houdt met de toegestane aanbiedingen en met de migraties tussen tariefplannen.
- Belgacom is van oordeel dat een beheer als goede huisvader zou vereisen dat rekening wordt gehouden met de rechtsonzekerheid die over het niveau van de MTR's heerst.
- Het BIPT houdt geen rekening met de neerwaartse trend van de F2M-volumes en -inkomsten van Belgacom.
- Rekening houdende met de toenemende concurrentie is Belgacom van oordeel dat men algemeen niet mag spreken van extra winst voor Belgacom.

29. Wat de duur van de inbreuk betreft, oppert Belgacom dat rekening moet worden gehouden met het feit dat er verschillende verlagingen zijn doorgevoerd.

30. Wat de verzwarende omstandigheden betreft, voert Belgacom aan dat het verschillende verlagingen heeft doorgevoerd en met Together een aantrekkelijk tariefplan heeft ingevoerd. Belgacom is van mening dat het BIPT niet heeft aangetoond dat Belgacom daadwerkelijk de concurrentie had aangetast en dat de verlagingen die Belgacom heeft toegepast integendeel de concurrentie hebben aangewakkerd. Bovendien moet de bijzondere verantwoordelijkheid van Belgacom worden beoordeeld, rekening houdende met de rechtsonzekerheid die het dossier van de MTR's kenmerkt.

31. Wat de verzachtende omstandigheden betreft, voert Belgacom de volgende argumenten aan:

- de onzekerheden in verband met de lancering van het plan Together hebben Belgacom aangezet tot een voorzichtige houding om de impact op zijn inkomsten onder controle te houden. Door een observatieperiode in te stellen heeft het BIPT bovendien impliciet aan Belgacom de mogelijkheid gegeven om de ontwikkeling van het plan Together af te

- wachten. Indien de impact van het plan Together onvoldoende was, had het BIPT Belgacom de gelegenheid moeten bieden om via een andere tariefverlaging te reageren.
- Belgacom heeft belangrijke initiatieven genomen om het plan Together in de media en onder de klanten te promoten.
 - Belgacom is van mening dat de verplichting om de MTR-verlagingen door te berekenen niet zo categoriek is als het BIPT beweert. Belgacom neemt als bewijs de formulering in het ontwerpbesluit tot herziening van de analyse van de markten voor telefoondiensten, die categorieker is dan het besluit van 11 augustus 2006.
 - Belgacom is van oordeel dat het redelijkerwijs niet kon voorzien dat een boete vanwege het BIPT dreigde. Belgacom dacht dat het op het einde van de observatieperiode, indien nodig, de kans zou krijgen om een extra prijsverlaging door te voeren.
32. Belgacom vindt dat het niet gerechtvaardigd is om een afschrikkend karakter te geven aan de eventuele boete. Belgacom verplicht er zich toe de aanpak die het BIPT wenst, strikt na te leven, zodat een boete niet tot een gunstiger effect kan leiden. Belgacom verwijst ook naar zijn eigen berekeningen van het niveau van de doorberekening om te oordelen dat het bedrag dat door het BIPT wordt geopperd, niet in verhouding staat tot de inbreuk noch tot de geschiedenis van het dossier.
33. Belgacom concludeert dat het opleggen van een administratieve boete volgens zijn mening niet gefundeerd is. Belgacom vraagt om mondeling te worden gehoord ingeval het BIPT niet overtuigd zou zijn van de elementen die door Belgacom zijn voorgelegd en zou volharden in zijn voornemen om een administratieve boete op te leggen aan het bedrijf en vraagt in dat geval een minimumtermijn van 4 weken.
34. In zijn brief van 19 juli 2008 die volgde op zijn mondelinge hoorzitting van 11 juli 2008 heeft Belgacom de volgende beschouwingen gemaakt:
- De berekeningen die zijn gemaakt met het verkeersprofiel van de maand juni 2008 besluiten tot een niveau van doorberekening van [vertrouwelijk]% zonder inflatie, profielveranderingen en promoties ([vertrouwelijk]% wanneer die elementen worden meegerekend).
 - Het niveau van doorberekening wordt geraamd op [vertrouwelijk]% voor juli 2008 zonder inflatie, profielveranderingen en promoties, rekening houdende met de nieuwe MTR's en de nieuwe retailtarieven (waarbij het verkeersprofiel van juni 2008 wordt gebruikt, omdat dat van juli nog niet beschikbaar is). Het niveau bedraagt [vertrouwelijk]% wanneer men rekening houdt met de inflatie, de profielveranderingen en de promoties.
 - Het doorberekende percentage zal blijven verbeteren naargelang van de stijging van het aantal Together-klanten ([vertrouwelijk] op 13 juli 2008).
 - Belgacom benadrukt nogmaals de onzekerheid rond de MTR's en de ingewikkelde situatie die daaruit voortvloeit voor het bedrijf. Belgacom heeft de aandacht van de operatoren die afnemers zijn van zijn dienst voor gespreksdoorgifte⁸ op die onzekerheid moeten vestigen. Een van die operatoren heeft geprotesteerd tegen de eventuele retroactieve toepassing van hogere tarieven ingeval de nietigverklaring of schorsing van besluiten van het BIPT zou leiden tot de toepassing van hogere MTR's voor het verleden, met als argument dat dergelijke voorwaarden niet gelden op retailniveau (zonder rekening te houden met het feit dat het uit verplichting is dat Belgacom zijn retailtarieven verlaagt).
 - De vergelijking van de standaardtarieven van Belgacom met die van 4 andere operatoren, drie weken na de aankondiging door Belgacom dat het zijn F2M-tarieven zou verlagen, illustreert dat de tarieven van Belgacom het interessantst zijn. Daarenboven bieden die operatoren vrijwel geen goedkopere formules naast hun standaardtarieven.

⁸ De gespreksdoorgiftetarieven van Belgacom (Service Plan 107 "Belgacom Transit Service: Mobile Calls") omvatten de eigenlijke dienst voor gespreksdoorgifte alsook het MTR dat moet worden betaald aan de respectieve mobiele operatoren.

4 VASTSTELLINGEN DOOR HET BIPT

IN VERBAND MET DE NOODZAAK OM DE MAANDELIJKSE CONTROLE VAN HET NIVEAU VAN DOORBEREKENING VOORT TE ZETTEN

35. De instelling van een maandelijkse controle was opportuun gebleken doordat er een aantal onzekere factoren bestonden, zoals het succes dat het plan Free-Weekend FTM (later Together genoemd) zou hebben, de impact van de promoties en die van extra migraties tussen tariefplannen.
36. In tegenstelling tot wat Belgacom oppert, kon de maandelijkse controle niet worden geïnterpreteerd als een implicatie dat de inbreuk die was vastgesteld door de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 was beëindigd, als een validering van de hypothesen die Belgacom in zijn prognoses had gemaakt of als de aanvaarding dat de realisatie van die prognoses als toereikend zou worden geacht om aan de ingebrekestelling te voldoen. Door op 19 december 2007 een maandelijkse controle in te stellen maakte het BIPT heel duidelijk dat de maandelijkse controle als doel had zich ervan te vergewissen dat de bepalingen in de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 werden nageleefd en dat de inlichtingen die Belgacom eraan moest meedelen, het voor het Instituut mogelijk moesten maken om te beslissen of de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 moest worden opgeheven, dan wel de procedure moest worden voortgezet die vastgesteld is in artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 (namelijk eventueel een administratieve boete opleggen). Het BIPT heeft dat standpunt herhaald in latere brieven (28 maart 2008 en 7 mei 2008). Hoewel de maandelijkse controle impliceerde dat het BIPT zijn besluit tot later uitstelde, wees niets in de brieven van het BIPT erop dat Belgacom zich tijdelijk vrijgesteld kon beschouwen van de verplichting om zich te schikken naar de eisen van de ingebrekestelling. De ingebrekestelling van 18 oktober 2007 (net als overigens de vorige, gedateerd op 8 februari 2007) eiste uitdrukkelijk een integrale doorberekening van de MTR-verlagingen tegen 2 januari 2008. Op 19 december 2007 schreef het BIPT dat aangezien de MTR-verlagingen van 1 november 2006 en van 1 mei 2007 dezelfde omvang hadden, dit betekende dat hoewel de verlaging van 1 november 2006 uiteindelijk helemaal was doorberekend door Belgacom (na de ingebrekestelling van 8 februari 2007), na 1 januari slechts 60% van de verlaging van 1 mei 2007 zou worden doorberekend in de retailtarieven. In zijn brief van 7 mei 2007 concludeerde het BIPT opnieuw dat rekening houdende met het feit dat Belgacom aan het BIPT de resultaten van de maandelijkse controle in verband met de maand februari niet had doorgestuurd en met het feit dat de beschikbare gegevens tot de conclusie leidden dat Belgacom de verlaging van de MTR's op 1 mei 2007 niet integraal had doorberekend, het BIPT niet kon overwegen om de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 op te heffen. Het is daarom verwonderlijk dat Belgacom kon denken "*dat een volledige doorrekening op zeer korte termijn niet vereist zou zijn*"⁹.
37. De maandelijkse controle is noodzakelijk gemaakt omdat het niet mogelijk was onmiddellijk na te gaan of Belgacom zich gevoegd had naar de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 (wat wel het geval was geweest als Belgacom de verlaging van de MTR's "mechanisch" had doorberekend¹⁰). Deze was met name gerechtvaardigd door het feit dat Belgacom had geoordeeld dat zijn hypothesen over het plan Together behoudend waren (brief van Belgacom van 3 december 2007). Het is met name de ervaring met het plan Happy Time¹¹ dat het Instituut ertoe heeft aangezet om een maandelijkse controle in te stellen. Als het zich had uitgesproken op grond van de prognoses van Belgacom (brieven van 3 en van 7 december 2007) of enkel op de resultaten van januari 2008, dan had het Instituut het risico gelopen van voorbarige conclusies te trekken¹². De monitoring die gedurende verscheidene maanden is verricht, heeft daarentegen het BIPT in staat

⁹ Brief van Belgacom van 26 juni 2008, blz. 10.

¹⁰ Dat wil zeggen door elk tarief te verminderen met het bedrag waarvan de MTR's zelf waren afgetrokken.

¹¹ Dat een aanzienlijk sneller en groter succes heeft geboekt dan wat Belgacom had verwacht.

¹² In het onderhavige geval had het BIPT besloten tot een niet-naleving van de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 door Belgacom zonder af te wachten of de situatie niet gunstiger zou uitvallen dan de prognoses of zich niet sneller zou ontwikkelen naar een integrale doorberekening van de verlaging van de MTR's.

gesteld om over voldoende volledige gegevens te beschikken om te kunnen oordelen over de naleving van de ingebrekestelling van 18 oktober 2007.

38. De volgende elementen leiden het BIPT ertoe te beschouwen dat het vanaf nu mogelijk is om conclusies te trekken over de naleving van de ingebrekestelling van 18 oktober 2007, zonder dat de maandelijkse controle nog moet worden verlengd:
- De waarnemingen sloegen op de 5 opeenvolgende maanden volgend op de lancering van het plan Together, dat echter ten hoogste slechts [vertrouwelijk]% van het totaal van de F2M-minuten in april heeft vertegenwoordigd en [vertrouwelijk]% in mei (tegenover [vertrouwelijk]% voor het standaard- of "Classic"-plan);
 - De vroegere vaststellingen van het BIPT toonden aan dat enkel een cumul van massale migraties een significante impact kon hebben op het niveau van doorberekening¹³. Dergelijke migraties hebben in de loop van de laatste 5 maanden niet plaatsgehad;
 - Belgacom heeft op 7 mei 2008 tariefwijzigingen meegedeeld die gepland waren voor 1 juli 2008 en die in het algemeen moesten leiden tot een stijging¹⁴ van de prijs die moet worden betaald voor de oproepen naar mobiele netwerken en dus, wanneer al het andere gelijk blijft, tot een vermindering van het niveau van doorberekening (temeer omdat er op 1 juli 2008 een nieuwe MTR-verlaging was).

IN VERBAND MET HET VOORTDUREN VAN DE INBREUK DIE AAN DE BASIS LAG VAN DE INGEBREKESTELLING VAN 18 OKTOBER 2007

39. In zijn reactie op het ontwerpbesluit die eraan gericht is, argumenteert Belgacom dat de vaststellingen van het BIPT onvolledig en onjuist zijn, doordat geen rekening is gehouden met het groeiende succes van het plan Together, de migraties tussen tariefplannen, de inflatie en de promoties. Het Instituut onderstreept dat de berekening van het niveau van doorberekening sedert lange tijd wordt gemaakt met behulp van een Excelrekenblad dat oorspronkelijk door het BIPT is ontwikkeld en vervolgens door Belgacom geherstructureerd is. Het is het formaat zoals het door Belgacom geherstructureerd is dat als basis heeft gediend voor de verschillende uitwisselingen tussen Belgacom en het Instituut. Sedert mei 2007 of sedert de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 heeft Belgacom op geen enkel moment een concreet voorstel ingediend om het rekenblad te wijzigen of om daarin extra parameters te verwerken. Het BIPT kon dus rechtmatig een methode blijven gebruiken die Belgacom zelf gebruikte voor zijn uitwisselingen met het Instituut en waarvoor geen enkel alternatief aan het Instituut was voorgelegd.
40. In het bijzonder moest het BIPT onvermijdelijk de retailtarieven gebruiken die daadwerkelijk door Belgacom werden gehanteerd. Bij gebrek aan informatie vanwege Belgacom daarover, kon het BIPT geenszins vooruitlopen op de wensen van Belgacom om zijn retailtarieven voor F2M al dan niet te indexeren, al dan niet parallel met de doorberekening van de MTR-verlagingen. Evenmin is er tijdens de betrokken periode (sedert mei 2007 of sedert de ingebrekestelling van 18 oktober 2007) enige informatie overgezonden waarmee de promoties in rekening konden worden gebracht.
41. Het BIPT acht het echter gerechtvaardigd om in de berekening van het niveau van doorberekening de elementen op te nemen die door Belgacom naar voren zijn geschoven in zijn brief van 26 juni: inflatie, promoties en impact van de migraties tussen tariefplannen (die voortaan in aanmerking worden genomen dankzij de vergelijking tussen het meest recente verkeersprofiel en een vroeger verkeersprofiel, terwijl daarmee tot nu toe alleen rekening was gehouden door het gebruik van het meest recente verkeersprofiel – zie tabellen in de bijlage). Het Instituut erkent dat deze elementen de berekening van het niveau van doorberekening vollediger maken en dat het rechtmatig is om daarmee rekening te houden.
42. Wat het plan Together betreft, moet uiteraard rekening worden gehouden met de daadwerkelijke maandelijkse cijfers en niet met het verwachte aantal klanten voor het einde van het jaar 2008

¹³ Ingebrekestelling van 18 oktober 2007, "Impact des nouvelles offres et du changement de comportement des utilisateurs" (Impact van de nieuwe aanbiedingen en van de gedragsverandering van de gebruikers).

¹⁴ Prijsverlagingen naar Proximus, prijsverhogingen naar Mobistar en Base.

(pro memorie: het was op 2 januari 2008 dat Belgacom een bevredigend gevolg moest geven aan de ingebrekestelling van 18 oktober 2007).

43. Het BIPT voegt eraan toe dat om helemaal volledig te zijn, de berekening ook rekening zou moeten houden met de inkomsten die Belgacom heeft gekregen uit de inschrijvingen op het plan Together (een eenmalige vergoeding van 5 euro, incl. btw per klant). Om de berekening evenwel niet onnodig ingewikkeld te maken door een parameter waarvan de verwachte impact betrekkelijk gering is¹⁵, heeft het Instituut die parameter niet opgenomen in het Excelrekenblad.
44. Na integratie van de inflatie, de promoties en de impact van de migraties tussen tariefplannen kunnen de volgende niveaus van doorberekening worden waargenomen voor de maanden januari, februari, maart, april en mei 2008¹⁶. De uitvoerige berekeningen zijn opgenomen in de tabellen in de bijlage¹⁷.

Maand	Niveau van doorberekening van de eerste twee gecumuleerde MTR-verlagingen (1/11/2006 en 1/05/2007)	Niveau van doorberekening van enkel de verlaging van 1/05/2007
Januari 2008	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
Februari 2008	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
Maart 2008	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
April 2008	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
Mei 2008	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]

45. De berekeningen zijn gemaakt met behulp van de verschillende Excelbestanden die door Belgacom zijn bezorgd. De parameters die in die bestanden vermeld staan zijn eventueel aangepast om rekening te houden met enkel de MTR-verlaging van 1 mei 2007¹⁸. De gegevens met betrekking tot de inflatie en de promoties zijn ongewijzigd gelaten ten opzichte van diegene die Belgacom heeft gebruikt (tabel blz. 19 van de brief van 26 juni 2008 en bijlage 4.1 bij die brief).
46. De Excelbestanden van Belgacom berekenen het niveau van doorberekening van de MTR-verlagingen ten opzichte van de situatie die gold vóór 1 november 2006 (2e kolom van de tabel hierboven). In de eerste kolom van de tabel heeft het BIPT de resultaten uitgedrukt ten opzichte van enkel de verlaging van 1 mei 2007. De ingebrekestelling was immers alleen op de MTR-verlaging van 1 mei 2007 gericht. Ter vereenvoudiging is ervan uitgegaan dat de MTR-verlagingen die hebben plaatsgevonden op 1 november 2006 en 1 mei 2007 van een gelijkwaardige omvang waren.
47. De bovenstaande tabel laat zien dat meer dan [vertrouwelijk]% van de MTR-verlaging van 1 mei 2007 door Belgacom behouden is gebleven van januari tot maart 2008 in plaats van ten gunste van de gebruikers te zijn doorberekend in de retailtarieven. Dat cijfer is vervolgens verminderd tot iets meer dan [vertrouwelijk]% in april en tot iets meer dan [vertrouwelijk]% in mei. De integrale doorberekening van de MTR-verlaging van 1 mei 2007 is pas doorgevoerd in juli 2008, namelijk 14 maanden na de MTR-verlaging zelf en 6 maanden na de termijn die in de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 was vastgesteld.

¹⁵ De aanvankelijke vergoeding moet logischerwijs immers in de tijd worden gespreid.

¹⁶ Voor de vroegere periode en zonder rekening te houden met de elementen die waren vermeld in de brief van Belgacom van 26 juni 2008, had het BIPT geoordeeld dat het niveau van doorberekening van de verlaging van 1 mei 2007 een heel stuk lager was dan 100% ([vertrouwelijk]%, zie de ingebrekestelling van 18 oktober 2007, blz. 4).

¹⁷ Deze uitvoerige tabellen zijn op 4 juli 2008 aan Belgacom overgezonden in elektronische vorm, zonder vanwege Belgacom reactie uit te lokken tijdens zijn hoorzitting of in de schriftelijke bijdrage van 19 juli 2008.

¹⁸ In sommige bestanden heeft Belgacom rekening gehouden met de MTR-verlaging van 1 februari 2008, die ondertussen geschorst is door het hof van beroep van Brussel (arrest van 4 april 2008) en door het BIPT is ingetrokken.

48. Op grond van die vaststellingen gaat het BIPT ervanuit dat Belgacom niet heeft voldaan aan de eisen van de ingebrekestelling die eraan is gericht op 18 oktober 2007, om namelijk de verlagingen van de gespreksafgiffetarieven van de mobiele operatoren integraal door te berekenen aan de particuliere en niet-particuliere klanten, en dit uiterlijk op 2 januari 2008.
49. Overeenkomstig § 2 van artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 acht het BIPT het gerechtvaardigd om aan Belgacom een administratieve boete op te leggen die aan de schatkist toekomt en die maximaal 5 % bedraagt van de omzet van het jongste volledige referentiejaar in de betrokken markt, zonder dat het totale bedrag van de aan een rechtspersoon opgelegde boete meer dan 12,5 miljoen euro mag zijn.

5 BEPALING VAN HET BEDRAG VAN DE BOETE

50. Het bedrag van de administratieve boete wordt vastgesteld, rekening houdende met de onderstaande elementen.

ERNST VAN DE INBREUK

51. De ernst van een inbreuk kan worden beoordeeld rekening houdende met de aard van de inbreuk en met de manier waarop die invloed heeft op de verwezenlijking van de hoofddoelstellingen die door het regelgevingskader worden beoogd: de bevordering van de concurrentie en de belangen van de gebruikers. In het onderhavige geval moet rekening worden gehouden met de volgende elementen:
- De inbreuk heeft een invloed op de (particuliere en niet-particuliere) eindgebruikers in die zin dat aan hen voor oproepen naar mobiele netwerken, prijzen worden gefactureerd die hoger zijn dan waar zij aanspraak op kunnen maken, door de gevoelige verlaging van de lasten voor mobiele gespreksafgifte. Rekening houdende met de impact van de inflatie, de migraties en de promoties, kan ervan worden uitgegaan dat de gebruikers [vertrouwelijk] miljoen euro te veel hebben betaald, alleen al in de periode van januari tot mei 2008 (d.i. na de termijn die is vastgesteld in de ingebrekestelling van 18 oktober 2007). Over de periode van mei 2007 tot mei 2008 vertegenwoordigt dit via extrapolatie ongeveer [vertrouwelijk] miljoen euro (wat een onderschatting is aangezien de doorberekening geringer was van mei 2007 tot december 2007 dan van januari 2008 tot mei 2008).
 - De inbreuk heeft een invloed op de concurrentie in die zin dat het niet volledig doorberekenen van de MTR-verlagingen tot gevolg heeft gehad dat de Belgacomgroep zijn financiële situatie heeft verstevigd ten opzichte van Mobistar en Base, concurrenten van Belgacom Mobile (Proximus) op de markt voor mobiele telefonie. Voor de oproepen van Belgacom naar Proximus vormt de verlaging van de MTR-lasten van Proximus een neutrale operatie voor de Belgacomgroep (minder uitgaven voor de vaste divisie van Belgacom, minder inkomsten voor zijn mobiele divisie). Voor de oproepen van Belgacom naar Mobistar en Base staat het niet doorberekenen van de MTR-verlagingen van Mobistar en Base daarentegen gelijk aan een overdracht van deze twee operatoren naar Belgacom (omdat de vermindering van de inkomsten uit gespreksafgifte van Mobistar en Base door Belgacom wordt omgezet in extra retentiemarge). Hoewel het klopt dat de door Belgacom toegepaste prijsverlagingen andere vaste operatoren kunnen hebben aangezet om zelf hun prijs te verlagen, kan Belgacom niet ontkennen dat het geprofiteerd heeft van de MTR-verlagingen om zich financieel te versterken ten opzichte van Mobistar en Base, hetgeen het overigens niet concreet betwist in zijn antwoord op het ontwerpbesluit van het BIPT.
 - Rekening houdende met het feit dat doordat er niet volledig werd doorberekend, Belgacom reëel enkel extra winst boekt op de oproepen naar Mobistar en Base, moet ervan worden uitgegaan dat Belgacom zich heeft verrijkt met een bedrag dat gelijk is aan 50%¹⁹ van de som van [vertrouwelijk] miljoen euro dat hierboven is geciteerd, d.i. [vertrouwelijk] miljoen euro enkel al voor de periode van januari tot mei 2008. Over de periode van mei 2007 tot mei 2008 vertegenwoordigt dit via extrapolatie ongeveer [vertrouwelijk] miljoen euro over een volledig

¹⁹ Ter vereenvoudiging overwegende dat 50% van het F2M-verkeer van Belgacom bestemd is voor Proximus en 50% voor de twee andere mobiele operatoren.

jaar (wat opnieuw een onderschatting is aangezien de doorberekening geringer was van mei 2007 tot december 2007 dan van januari 2008 tot mei 2008). Het Instituut benadrukt dat in absolute termen een doorberekening van de MTR-verlagingen in de retailtarieven op zichzelf geen negatieve invloed heeft op de winstmarge van Belgacom. In geval van een integrale doorberekening behoudt Belgacom in absolute termen een marge die equivalent is aan diegene die het kreeg voor de verlaging van de MTR's. Doordat er niet of slechts gedeeltelijk wordt doorberekend verhoogt Belgacom daarentegen zijn retentiemarge op de F2M-oproepen²⁰.

- De inbreuk heeft een lange tijd geduurd. Meer dan een jaar is verlopen sedert de MTR-verlaging van 1 mei 2007 en bijna zes maanden zijn verstreken tussen de uiterste datum die in de ingebrekestelling was vastgesteld en het ogenblik waarop volledig aan de verplichtingen is voldaan. Die beoordeling moet worden genuanceerd door het feit dat er (ontoereikende) prijsverlagingen hebben plaatsgevonden op 1 mei 2007, 2 januari 2008 en 1 april 2008. Gedurende de eerste 3 maanden die volgden op de uiterste datum die in de ingebrekestelling was vastgesteld, is het niveau van doorberekening evenwel ruimschoots onder het niveau gebleken dat vanwege Belgacom werd verwacht.

52. Belgacom verwijst ten onrechte naar het ontwerpbesluit van het BIPT betreffende de herziening van de analyse van de markten 3 en 5 om te beweren dat het besluit van 11 augustus 2006 het bedrijf niet verplichtte om de MTR-verlagingen integraal door te berekenen. In tegenstelling tot wat door Belgacom wordt beweerd, legt het ontwerpbesluit aan het bedrijf geen nieuwe verplichting op. Het besluit van 11 augustus 2006 vermeldde uitdrukkelijk: "Het verbod om buitensporige prijzen te vragen, om afbraakprijzen te hanteren en om ongerechtvaardigde voorkeuren toe te passen zal het BIPT tevens in staat stellen om praktijken te verbieden zoals [...] de weigering om tariefverlagingen voor de afgifte op netwerken van derde operatoren door te berekenen aan de eindgebruiker", waarbij wordt vermeld: "Dergelijke praktijken zouden [...] de concurrentie vervalsen en het positieve effect voor de gebruikers en de concurrentie tenietdoen, dat uitgaat van de maatregelen die door het BIPT worden opgelegd op de markten voor vaste (markt 9) en mobiele afgifte (markt 16)". In het kader van de uitvoering van dit besluit heeft het BIPT van Belgacom onophoudelijk een integrale doorberekening van de verlagingen van de MTR-lasten geëist, met name in de ingebrekestellingen van 8 februari 2007 en 18 oktober 2007. Het ontwerpbesluit bepaalt dus dat er een verplichting tot doorberekening wordt gehandhaafd, die reeds voor Belgacom gold. In zijn ontwerp van marktanalyse heeft het BIPT het gewoonweg gepast geacht om de verplichting tot doorberekening meer categoriek te formuleren en daaraan bepaalde nadere regels toe te voegen om de doeltreffendheid ervan te waarborgen, en dat rekening houdende met de problemen die ondervonden waren bij de uitvoering van het besluit van 11 augustus 2006.

53. Zoals vastgesteld in de ingebrekestelling van 18 oktober 2007, gaat het hier niet om het relatieve niveau van de F2M-tarieven of om de marges van Belgacom ten opzichte van die van andere (Belgische of buitenlandse) operatoren²¹, maar wel om een specifieke praktijk: het feit van de winst van de MTR-verlagingen te behouden in plaats van dat gunstige effect door te geven aan de gebruikers. Deze praktijk was al uitdrukkelijk aangehaald in het besluit inzake vaste telefonie, als het equivalent van de vaststelling van een abnormaal hoge prijs, een praktijk die voor Belgacom verboden is. In de bijzondere omstandigheden van dit dossier was het niet nodig om het begrip van buitensporige prijs anders te definiëren dan door het niveau van doorberekening van de MTR-verlagingen te berekenen. Belgacom kan moeilijk beweren dat er geen grondige analyse is verricht van het niveau van doorberekening.

54. Wat betreft de uiteenlopende standpunten die tussen Belgacom en het BIPT kunnen bestaan, benadrukt het Instituut dat er geenszins sprake van is om in het kader van dit besluit opnieuw te gaan debatteren over onderwerpen die beslecht zijn in het kader van het besluit van 11 augustus 2006 (zoals de concurrentiesituatie op de markt of de rechtvaardiging van de

²⁰ De vaststelling is identiek voor de andere vaste operatoren: een volledige doorberekening laat hun in absolute termen een identieke winstmarge. Bovendien zijn zij, in tegenstelling tot Belgacom, niet gehouden tot een volledige doorberekening. Onder die voorwaarden is het niet nodig om zoals Belgacom vraagt, een meer uitvoerige analyse te verrichten van de gevolgen voor alle vaste operatoren.

²¹ Die argumenten zijn al onderzocht in de ingebrekestelling van 18 oktober 2007.

correctiemaatregelen) of in het kader van de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 (zoals het begrip buitensporige prijs of de flexibiliteit inzake prijsbepaling die aan Belgacom wordt gelaten).

VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN

55. Er bestaat een soortgelijk precedent: Belgacom heeft de MTR-verlaging van 1 november 2006 niet doorberekend voordat het op 8 februari 2007 door het BIPT in gebreke is gesteld. Belgacom heeft zich naar die ingebrekestelling geschikt, maar met een maand vertraging (namelijk op 1 mei 2007 in plaats van op 1 april 2007). In totaal is de MTR-verlaging van 1 november 2006 dus met zes maanden vertraging doorberekend. Die vertraging heeft als gevolg gehad dat Belgacom ongeveer [vertrouwelijk] miljoen euro extra winst per maand heeft verzameld, d.i. een totaal van [vertrouwelijk] miljoen euro over zes maanden, ten koste van de gebruikers (zonder invloed van de inflatie, migraties en promoties).
56. Belgacom is een operator met een sterke machtspositie op verschillende wholesale- en retailmarkten. Het nieuwe regelgevingskader dat voor de elektronische communicatie geldt, is afgestemd op de definitie van de sterke machtspositie op de markt, de definitie die wordt gegeven door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van machtspositie. Welnu, het statuut van machtspositie zorgt ervoor dat op de betrokken onderneming "een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging"²².

VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN

57. Belgacom heeft, zij het met achterstand, de verlaging van de MTR's van 1 mei 2007 gedeeltelijk doorberekend door middel van tariefwijzigingen die hebben plaatsgehad op 1 mei 2007, 2 januari 2008 (waaronder de lancering van het plan Together) en 1 april 2008.
58. Het BIPT erkent dat het succes van een tariefplan op voorhand niet met zekerheid kan worden gemeten. Er moet echter van worden uitgegaan dat Belgacom zelf aan de oorsprong ligt van die onzekerheid aangezien het er zelf voor gekozen heeft om de verlaging van de MTR's gedeeltelijk door te berekenen via de introductie van een nieuw tariefplan, wat onvermijdelijk onzekerheden inhoudt in verband met de weerslag ervan. Daaraan dient te worden toegevoegd dat Belgacom regelmatig over nauwkeurige gegevens heeft beschikt over het beperkte succes van het plan Together (op z'n minst de gegevens die aan het BIPT zijn meegedeeld in het kader van de maandelijkse controle). In zijn brief van 3 december 2007 kondigde Belgacom overigens aan dat het de verwezenlijking van zijn prognoses regelmatig ging controleren²³. De gegevens waarover het beschikte en de niveaus van doorberekening die daaruit voortvloeiden hadden Belgacom tot het besluit moeten leiden dat de maatregelen die het had genomen om zich te schikken naar de ingebrekestelling van 18 oktober 2007 ontoereikend waren en hadden Belgacom ertoe moeten aanzetten om andere maatregelen te nemen. Rekening houdende met die elementen, vormen de onzekerheden in verband met lancering van het plan Together slechts in geringe mate een verzachtende omstandigheid.
59. Belgacom heeft niettemin aangetoond dat het vanaf maart 2008 significante commerciële inspanningen had geleverd om het tariefplan Together te promoten.
60. Het BIPT stelt vast dat in tegenstelling tot wat was gebeurd met de MTR-verlagingen van 1 november 2006 en van 1 mei 2007, de MTR-verlaging van 1 juli 2008 vanaf die datum is doorberekend ten gunste van de gebruikers. Op 1 juli 2008 heeft Belgacom zich dus volledig geschikt naar het besluit van 11 augustus 2006.
61. Belgacom heeft op correcte wijze meegewerkt met het BIPT bij het onderzoek van het dossier, ook al waren er een aantal vertragingen te bemerken in het verzenden van informatie (de

²² (EHvJ Michelin/Commissie, 322/81, Jurisp. blz. 3461, § 57).

²³ « Belgacom zal op regelmatige tijdstippen nagaan of deze veronderstellingen zich bevestigen om indien nodig de voorwaarden van het plan te kunnen bijsturen ».

resultaten van de maandelijkse controle voor februari en maart 2008 zijn met vertraging bij het BIPT toegekomen).

62. Het Instituut kan de rechtsonzekerheid die het dossier van de MTR's in België kenmerkt, niet als een verzachtende omstandigheid beschouwen. Die onzekerheid wordt niet betwist, maar mag geen geldige reden vormen voor een operator om zich te onttrekken aan de verplichtingen die op hem rusten en *de facto* de uitvoering van een besluit te schorsen. Het Instituut verwijst naar hetgeen al vermeld is in de ingebrekestellingen van 8 februari 2007 en van 18 oktober 2007:

“Hoewel het BIPT de wens van Belgacom begrijpt om zich zoveel mogelijk te wapenen tegen de gevolgen van een eventuele nietigverklaring van dit besluit, kan het Instituut toch niet aanvaarden dat een operator zich aan zijn verplichtingen onttrekt, met als reden dat tegen een besluit beroep is aangetekend. Het tegenovergestelde zou immers neerkomen op de erkenning dat operatoren het recht hebben om een besluit van het BIPT in feite te schorsen.

Het BIPT herinnert eraan dat overeenkomstig 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 het BIPT²⁴, bezwaren tegen besluiten van het Instituut geen schorsende werking hebben, tenzij de schorsing wordt uitgesproken door het hof van beroep. In dit geval heeft het hof de vorderingen tot schorsing die zijn ingediend door de betrokken operatoren verworpen²⁵. Daarom belet niets het BIPT om de correctiemaatregelen uit te voeren die bepaald zijn in de twee besluiten van 11 augustus 2006 (het besluit inzake "markt 16" waarin de vermindering van de MTR's wordt opgelegd en het besluit inzake vaste telefonie dat de doorberekening van die verlagingen door Belgacom impliceert).

Bovendien heeft het hof van beroep geoordeeld dat rekening moest worden gehouden met het belang van de eindgebruikers die terecht op een vermindering van hun eigen retailtarieven mogen rekenen, in correlatie met een vermindering van de lasten voor gespreksafgifte. Het hof heeft geoordeeld dat een schorsing van het besluit als gevolg zou hebben dat die eindgebruikers verstoken zouden blijven van de verhoopte verlaging van hun kosten voor mobiele telefonie, hetgeen in strijd zou zijn met de doelstellingen die worden nagestreefd door de liberalisering van de telecommunicatiediensten die door de Europese wetgever gewenst is. Het BIPT is van mening dat die redenering op alle punten kan worden omgezet naar de F2M-tarieven en dat er dus geen reden is om de doorberekening van de MTR-verlagingen in de retailtarieven van Belgacom uit te stellen.

63. Zo ook zouden de reacties ten aanzien van Belgacom van mobiele operatoren (waarbij hun voornemen wordt aangekondigd om hogere MTR's met terugwerkende kracht toe te passen) of van vaste operatoren (die de eventuele toepassing van hogere tarieven voor gespreksdoorgifte aanvechten) Belgacom niet ervan kunnen vrijstellen om zich te voegen naar zijn verplichtingen als operator met een sterke machtspositie, die voortvloeien uit uitvoerbare besluiten.
64. Het Instituut voegt eraan toe dat de rechtsonzekerheid in verband met het niveau van de MTR's niet alleen Belgacom aanbelangt maar alle vaste en mobiele operatoren (waaronder ook de klanten van de gespreksdoorgiftdienst van Belgacom), hoewel Belgacom in een speciale situatie zit gelet op zijn statuut van operator met een sterke machtspositie en de verplichtingen die daaruit voortvloeien.

NOODZAAK OM DE BOETE EEN AFSCHRIKKEND KARAKTER TE GEVEN

65. Om effect te sorteren moet een boete algemeen een voldoende afschrikkend karakter hebben, om de overtreders ertoe aan te zetten een eind te maken aan de inbreuk, om zich ten volle te schikken naar de ingebrekestelling die aan hem gericht is en om niet te recidiveren.
66. In de onderhavige omstandigheden moet rekening worden gehouden met het feit dat Belgacom op 1 juli 2008 de MTR-verlaging die op die datum heeft plaatsgevonden, doorberekend heeft. Die

²⁴ Behalve in het geval van besluiten die erop gericht zijn administratieve boetes op te leggen of sommige activiteiten te schorsen.

²⁵ Arrest van 27 oktober 2006

verlaging was de laatste van diegene die voortvloeiden uit het besluit van 11 augustus 2006 betreffende de gespreksafgifte op mobiele netwerken. Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat het niet meer nodig is om een afschrikkingseffect te geven aan de administratieve boete die aan Belgacom wordt opgelegd in het vooruitzicht van nieuwe MTR-verlagingen. Hoewel in de toekomst nieuwe MTR-verlagingen kunnen worden verwacht²⁶ en hoewel het BIPT wel degelijk van plan is om de markten voor vaste-telefoondiensten²⁷ te blijven reguleren, is er over die onderwerpen nog geen definitief besluit genomen.

67. Daarentegen kan niet worden uitgesloten dat Belgacom in de toekomst zijn F2M-tarieven op ongerechtvaardigde wijze verhoogt ten opzichte van het niveau van de MTR's. Ter illustratie: Belgacom had aanvankelijk een verhoging van zijn F2M-tarieven gepland op 1 juli 2008, terwijl de MTR's op die datum moesten zakken. Het is dus noodzakelijk om de boete een voldoende afschrikkend karakter te blijven geven.

OMZET OP DE BETROKKEN MARKT

68. Volgens de statistieken die Belgacom aan het BIPT heeft meegedeeld, heeft Belgacom in 2007 een omzet geboekt van [vertrouwelijk] miljoen euro voor de particuliere en niet-particuliere F2M-oproepen.
69. Belgacom wijst erop dat zijn omzet voor de F2M-oproepen jaarlijks met [vertrouwelijk]% daalt. Met dat feit dient geen rekening te worden gehouden aangezien de wet uitdrukkelijk voorschrijft dat rekening moet worden gehouden met de omzet van het jongste volledige referentiejaar in de betrokken markt.

BEDRAG VAN DE BOETE

70. In het ontwerpbesluit dat op 12 juni 2008 verstuurd is aan Belgacom, was het BIPT van plan om de boete vast te stellen op [vertrouwelijk]% van de omzet die op de betrokken markt is geboekt, namelijk op 8.240.000 euro.
71. Na Belgacom de gelegenheid te hebben geboden om zijn standpunt schriftelijk en daarna mondeling uiteen te zetten, is het BIPT van oordeel dat er elementen zijn die een herziening rechtvaardigen van het bedrag van de boete ten opzichte van wat was beoogd in het ontwerpbesluit van 12 juni 2008, onder andere het feit dat Belgacom significante tariefverlagingen heeft doorgevoerd op 1 juli 2008 en het feit dat Belgacom argumenten naar voren heeft gebracht die rechtvaardigen om de berekening van de niveaus van doorberekening te herzien.
72. Rekening houdende met de elementen die de inbreuk kenmerken, het bestaan van verzwarende en verzachtende omstandigheden, acht het BIPT het gerechtvaardigd en evenredig om de boete vast te stellen op [vertrouwelijk]% van de omzet die op de betrokken markt is geboekt, d.i. op 3.090.000 euro.

6 TERMIJN OM DE INBREUK TE VERHELPEN

73. Overeenkomstig artikel 21, § 2, tweede lid, moet het besluit waarin een administratieve boete wordt opgelegd, gepaard gaan met een nieuwe termijn waarbinnen de overtreder aan de overtreding een einde moet maken.
74. De toekenning van die termijn is niet nodig aangezien de verzending van het ontwerpbesluit dat een boete oplegt, Belgacom ertoe gebracht heeft om zijn retailtarieven vanaf 1 juli 2008 aan te passen.

²⁶ Draft Commission Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, 26 juni 2006.

²⁷ Raadpleging van 8 mei 2008 betreffende de analyse van de relevante markten 3/03 en 5/03 (tweede ronde).

7 BESLUIT

75. Na behoorlijke overweging van de standpunten van de betrokken partijen, zoals die zijn uitgedrukt in hun briefwisseling of tijdens vergaderingen enerzijds, en anderzijds van de algemene doelstellingen van het regelgevingskader inzake bevordering van de concurrentie, economische efficiëntie en verdediging van de belangen van de consumenten:
1. stelt het Instituut vast dat Belgacom zich niet volledig geschikt heeft naar de ingebrekestelling van 18 oktober 2007;
 2. legt het Instituut Belgacom een administratieve boete op ten bedrage van 3.090.000 euro. Dit bedrag moet binnen twee maanden na de ontvangst van dit besluit worden betaald via overschrijving op rekeningnummer 679-0000771-92 op naam van het BIPT met als mededeling "Belgacom – administratieve boete".

8 BEROEPSMOGELIJKHEDEN

76. Overeenkomstig de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 heeft de bestemming van dit besluit de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep aan te tekenen bij het hof van beroep te Brussel, Poelaertplein 1, B-1000 Brussel binnen zestig dagen na de kennisgeving ervan. Het hoger beroep wordt ingesteld: 1° bij akte van een gerechtsdeurwaarder die aan de tegenpartij wordt betekend; 2° bij een verzoekschrift dat, in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn, ingediend wordt op de griffie van het gerecht in hoger beroep; 3° bij ter post aangetekende brief die aan de griffie wordt gezonden; 4° bij conclusie, ten aanzien van iedere partij die bij het geding aanwezig of vertegenwoordigd is. Met uitzondering van het geval waarin het hoger beroep bij conclusie wordt ingesteld, vermeldt de akte van hoger beroep, op straffe van nietigheid de vermeldingen van artikel 1057 van het gerechtelijk wetboek.
77. Bezwaren die worden ingediend tegen een besluit van het BIPT waarbij krachtens artikel 21, § 2, van de wet van 17 januari 2003 een administratieve boete wordt opgelegd, hebben een schorsende werking.

M. Van Bellinghen
Lid van de Raad

G. Deneff
Lid van de Raad

C. Rutten
Lid van de Raad

E. Van Heesvelde
Voorzitter van de Raad

BIJLAGEN

Berekening van de niveaus van doorberekening van januari tot mei 2008 [vertrouwelijk]