

7

N° 2587 d

Rep. Nr. 2006/555

8ste kamer

30 JUNI 2006

art. 81x82
Europese Commissie

ARREST

Het Hof van Beroep te BRUSSEL, achtste kamer, na beraadslaging, spreekt volgend arrest uit :

A.R. nr. 2003/AR/2474

INZAKE VAN :

N.V. BELGACOM MOBILE, met maatschappelijke zetel te 1210 Brussel, Vooruitgangstraat 55,

eiseres.

vertegenwoordigd door Meester Dirk Van Liedekerke en
✓ Meester Emmerik Van Parys, advocaten te 1050 Brussel, Louizalaan 326 bus 26;

TEGEN :

Het **BELGISCH INSTITUUT** voor **POSTDIENSTEN** en **TELECOMMUNICATIE**, afgekort BIPT, instelling van openbaar nut opgericht door artikel 71 van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, met rechtspersoonlijkheid zoals voortgezet onder artikel 13 van de Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, met zetel te 1210 Brussel, Sterrenkundelaan 14 bus 21,

verweester.

✓ vertegenwoordigd door Meester Geert Glas, advocaat te 1150 Brussel, Tervurenlaan 268A;

MEDE INZAKE :

N.V. MOBISTAR, met zetel te 1040 Brussel, Colonel Bourgstraat 149,

vrijwillig tussenkomende partij.

✓ vertegenwoordigd door Meester Yvan Desmedt, advocaat te 1200 Brussel, Brand Whitlocklaan 165;



Over de rechtspleging.

01. Bij verzoekschrift dat op 22 oktober 2003 werd neergelegd op de griffie wordt het hof geadieerd betreffende een beslissing van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, met toepassing van artikel 2, §1 van de 'wet rechtsmiddelen' van 17 januari 2003 met betrekking tot de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.

02. Het verhaal is gericht tegen de beslissing van de Raad van het BIPT van 23 september 2003 waarbij de terminatielasten worden bepaald die Mobistar moet toepassen.

03. NV Mobistar heeft op 21 november 2003 een verzoekschrift neergelegd op de griffie van het hof waarbij ze verklaart tussen te komen in het geding.

04. De advocaten van de partijen werden gehoord op de openbare terechtzitting.

De beslissing van het BIPT.

05. In de voorliggende rechtspleging formuleert Belgacom grieven tegen de beslissing van de Raad van het BIPT over de

terminatielasten (MTR-lasten: mobile termination rate) van Mobistar.

Met 'terminatielast' wordt bedoeld de kost die door een SMP-operator van een mobiel netwerk moet worden aangerekend aan een andere SMP-operator voor het aanbieden van de dienst die erin bestaat om een oproep van een eindgebruiker vanuit het mobiel netwerk van die andere operator te laten toekomen aan een opgeroepen eindgebruiker in zijn eigen netwerk.

06. Belgacom Mobile en Mobistar zijn allebei aangewezen als operator met een sterke marktpositie (SMP : significant market power) op de nationale markt voor interconnectie.

Voor Belgacom Mobile geldt die aanwijzing sedert oktober 2000 en voor Mobistar sedert januari 2003.

Als gevolg van die aanwijzing dienen die operatoren zich inzake de genoemde terminatielasten te schikken naar de reglementaire verplichting die inhoudt dat de aanrekening van interconnectielasten transparant en op basis van kostenoriëntering dient te gebeuren.

07. De genoemde verplichting steunt op Europese regelgeving - de Richtlijnen 97/33/EG van 30 juni 1997 (ONP- interconnectierichtlijn) , 2002/19/EG van 07 maart 2002 (Toegangsrichtlijn) en 2002/21/EG van 07 maart 2002 (Kaderrichtlijn)-, zowel als op de wet van 21 maart 1991, inzonderheid de artikelen 106 en 109 ter hiervan.

Toen het bestreden besluit werd genomen waren de geciteerde Richtlijnen van 2002, die het 'nieuwe' Europese regelgevingskader vormen, nog niet omgezet in de Belgische rechtsorde. Inmiddels is die

omzetting een feit sedert de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

08. De Raad van het BIPT heeft over de terminatielasten van Mobistar het volgende beslist:

1° het gemiddelde maximumniveau van de MTR-tarieven die door Mobistar worden toegepast mag de onderstaande waarden niet overschrijden:

- van 1/11/2003 tot 1/11/2004, het niveau dat nu wordt toegepast, verminderd met de RPI - 6%, waarbij het inflatiecijfer is berekend tussen de maand januari 2003 en de maand september 2003;*

- vanaf 1/11/2004 het niveau dat is toegepast op 1/11/2003 verminderd met de RPI - 6%, waarbij het inflatiecijfer is berekend tussen de maand september 2003 en de maand september 2004;*

2° de huidige audit van het kostenmodel van het bedrijf Mobistar zal door het Instituut worden voortgezet met de hulp van een bedrijf dat gespecialiseerd is in management: op grond van de resultaten van die audit zou het Instituut in voorkomend geval kunnen beslissen tot een aanpassing van het niveau van de MTR-lasten van het bedrijf Mobistar;

3° als SMP-operator op de markt voor mobiele telefonie in België moet Mobistar het niet-discriminatiebeginsel naleven, d.w.z. onder andere op zijn eigen diensten ("on-net" oproepen) dezelfde financiële interconnectievoorwaarden toepassen als op het "off-net" verkeer komende van andere Belgische telecommunicatieoperatoren. Het Instituut zal strikt toezien op de naleving van die wettelijke verplichting;

4° tot slot moet worden opgemerkt dat dit besluit in voorkomende geval kan worden gewijzigd overeenkomstig de nieuwe bepalingen van het Belgisch recht die de omzetting zullen vormen van het nieuwe Europese regelgevingskader inzake elektronische communicatie, en die in de nabije toekomst door de wetgever zouden moeten worden aangenomen."

De grieven en de standpunten.

09. Belgacom Mobile neemt aanstoot aan de beslissing omdat ze volgens haar niet te rijmen valt met het ontwerp van beslissing dat werd meegedeeld en voor gevolg heeft dat zij voor de terminatiedienst aanzienlijk hogere vergoedingen moet betalen aan Mobistar.

Ze acht het niet kunnen dat het BPT het individueel kostenmodel van Mobistar als een relevant gegeven in aanmerking neemt om haar maximaal tarief te bepalen en dat als gevolg hiervan de initieel in het ontwerp van beslissing voorziene verlaging van het tarief met 12% verminderd wordt tot slechts 6% met ingang van 01 november 2003 en nog eens met 6% na 01 november 2004.

In het algemeen betoogt ze dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de kosten verbonden aan de terminatiedienst van Mobistar hoger liggen dan die van haarzelf.

10. Haar verschillende grieven kunnen als volgt worden geresumeerd:

(1) het recht om te worden gehoord, voorgeschreven bij artikel 19 van de wet 'rechtsmiddelen' van 17 januari 2003, werd geschonden, net als het algemeen rechtsbeginsel in dit verband, de rechten van verdediging en het recht op een billijke procedure;

(2) het BIPT heeft haar ontwerpmaatregel niet aangemeld bij de Europese Commissie en de nationale regelgevende instanties in de andere Lid-Staten van de Europese Unie, terwijl zulks door de Kaderrichtlijn van 7 maart 2002 nochtans is voorgeschreven aangezien de bestreden beslissing invloed heeft op de handel tussen de Lid-Staten;

(3) de beslissing is niet behoorlijk gemotiveerd: ze antwoordt niet op de opmerkingen die bij de ontwerp beslissing werden geformuleerd en geeft ook niet aan waarom wordt afgeweken van het ontwerp;

(4) met de beslissing schendt het BIPT haar eigen eerder uitgebracht advies van 25 juli 2001 waarin ze stelt dat het maximale verschil tussen de globale niveaus van de MTR-kosten tussen de verschillende mobiele operatoren in geen geval 15% van het laagste niveau zou mogen overschrijden; door anders te beslissen ten aanzien van Mobistar veroorzaakt ze een verstoring van de mededinging;

(5) het BIPT veronachtzaamde om de algemene doelstellingen en de beginselen van het specifieke regelgevingskader te doen naleven: met name de bevordering van de mededinging en het streven naar economische efficiëntie; dit blijkt ook uit het dubbele voorbehoud vermeld in de beslissing: de mogelijke herziening ervan na omzetting van de Europese Richtlijnen en de voortzetting van de analyse van het kostenmodel van Mobistar;

(6) de methodologie van het BIPT deugt niet: de 'benchmarking' uit de ontwerp-beslissing werd onterecht verlaten voor de toepassing van het 'kostenmodel';

(7) de beslissing draagt niet bij aan de ontwikkeling van de interne markt, terwijl ook dit een prioritaire doelstelling is van de regelgeving; de beslissing doet afbreuk aan de praktijk in de andere Lid-Staten, die de kost verbonden aan de terminatiedienst afstemmen op het tarief van de eerste (historische) SMP-operator;

(8) bij de toepassing van de SMP-regelgeving moet het streven naar economische efficiëntie prioritair voorzitten en de beslissing geeft niet aan hoe ze daaraan bijdraagt; de beslissing verduidelijkt met name niet hoe toepassing van het wederkerigheidsbeginsel de mededinging zou verstoren, noch waarom de toegestane overgangsregeling zou gerechtvaardigd zijn;

(9) het gebruikte kostenmodel is niet betrouwbaar, met name inzake het in aanmerking genomen niveau van de WACC (weighted average cost of capital) en van de commerciële kosten die verband houden met de nummeroverdraagbaarheid.

11. Belgacom Mobile vordert om de beslissing waartegen ze opkomt teniet te doen en dat het hof in de plaats van het BIPT zou zeggen en, in hoofdorde en ondergeschikte orde, zou bevelen dat:

- vanaf 01 oktober 2003 de gemiddelde terminatielasten per minuut van Mobistar niet hoger kunnen zijn dan de gemiddelde terminatielasten die door Belgacom Mobile op Mobistar worden toegepast;

- vanaf 01 oktober 2003 de gemiddelde terminatielasten per minuut van Mobistar niet hoger kunnen zijn dan de gemiddelde corresponderende terminatielasten die door Belgacom Mobile op Mobistar worden toegepast, verhoogd met 15%.

12. Zou het hof die weg niet volgen, dan vraagt ze om in dalende ondergeschikte orde:

- vanaf 01 oktober 2003 de gemiddelde terminatielasten per minuut van Mobistar vast te stellen op 15,40 eurocent per minuut, zijnde de waarde die door het BIPT in het ontwerp van besluit werd vooropgesteld;

- vanaf 01 oktober 2003 de gemiddelde terminatielasten per minuut van Mobistar vast te stellen op 15,56 eurocent per minuut, zijnde het laagste niveau dan de prijschaar bepaald op grond van het kostenmodel van Mobistar zoals berekend door de BIPT in de bestreden beslissing en aangevuld in het aanvullend besluit van 15 juni 2004;

- vanaf 01 oktober 2003 de gemiddelde terminatielasten per minuut van Mobistar vast te stellen op 15,76 eurocent per minuut, zijnde de gemiddelde waarde die door het BIPT op basis van de benchmarking in de bestreden beslissing naar voor wordt geschoven.

13. Het BIPT verwerpt alle grieven van eiseres en besluit dat haar vordering ongegrond is.

Het Instituut argumenteert uitgebreid over de naleving van de hoor- en motiveringsplicht en over de ontstentenis van aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie.

Verder betoogt ze omstandig in geen enkel opzicht een verstoring van de mededinging te hebben veroorzaakt. Ze stelt integendeel dat de toepassing van de door Belgacom Mobile gevraagde wederkerigheid inzake terminatielasten precies voor gevolg zou hebben dat de mededinging zou worden beperkt.

Inzonderheid betreffende het gebruik van een kostenmodel meent ze dat de toepassing hiervan de enige mogelijkheid vormt om de terminatielasten van Mobistar te verifiëren op een kostengeoriënteerde wijze.

14. Mobistar acht het beroep van eiseres niet ontvankelijk en minstens ongegrond.

De onontvankelijkheid leidt ze af uit het feit dat de procedure wordt gevoerd in het Nederlands terwijl de beslissing waartegen wordt opgekomen **in het Frans is gesteld**.

Ten gronde betoogt ze dat slechts drie grieven die de onwettigheid van de beslissing betreffen door het hof kunnen worden beoordeeld en dat de overige, die de opportuniteit betreffen, ontsnappen aan de rechtsmacht van het hof.

Ondergeschikt stelt ze voor om betreffende het principe van de kostenoriëntatie eerst het Hof van Justitie te Luxemburg prejudicieel te bevragen als volgt:

'Kan de verplichting van kostenoriëntatie voorzien in artikel 7 (2) van de ONP-interconnectierichtlijn in die zin worden geïnterpreteerd dat een nationale regelgevende instantie de mogelijkheid zou hebben de kostgeoriënteerde tarieven van een aangemelde operator te bepalen op een

wijze die onafhankelijk is van de kosten die de betrokken aangemelde operator zou hebben voor het leveren van de betrokken dienst'.

Geheel ondergeschikt, voor het geval het hof de grieven van Belgacom Mobile zou bijtreden, meent ze dat het hof enkel de geïncrimineerde beslissing kan vernietigen maar niet in de plaats van het BIPT ten gronde kan beslissen

De feitelijke achtergrond van de bestraden beslissing.

15. Krachtens de wet van 21 maart 1991, en inzonderheid artikel 105 undecies ervan, heeft het BIPT als nationale regelgevende instantie, geadviseerd om Mobistar aan te wijzen als een operator met een **aanmerkelijke** macht op de markt (SMP).

Onder de vigeur van die wetsbepaling –die inmiddels is opgeheven– gold een vermoeden dat wanneer een operator een aandeel van meer dan 25% van de betrokken telecommunicatiemarkt heeft, hij een **aanmerkelijke** macht heeft.

De bevoegde Minister heeft dit advies op 21 januari 2003 goedgekeurd.

16. De aanwijzing van Mobistar als SMP-operator heeft onder meer als gevolg dat de betrokken organisatie verplicht is om het principe van kostenoriëntering na te leven, onder meer ook voor wat de interconnectie betreft.

Als gevolg van die aanwijzing diende het BIPT met de betrokken operatoren gesprekken en onderhandelingen te voeren betreffende de uitvoering van die verplichting.

17. Het BIPT huldigt een praktijk in fasen waarbij een voorgenomen beslissing wordt meegedeeld en uitgetest bij de betrokken partijen en in het voorliggende geval ook ruimer in de hele telecommunicatiemarkt.

In functie van de reacties wordt navolgend een eindbeslissing getroffen.

18. In het voorliggende geval werd op 18 juli 2003 een ontwerp van beslissing meegedeeld aan Mobistar en Belgacom Mobile.

In de begeleidende brief wordt vermeld dat bij gemis aan een kostenmodel de beslissing steunt op een analyse 'benchmarking'.

De beide betrokkenen werden uitgenodigd om schriftelijke opmerkingen in te dienen tegen uiterlijk 08 augustus 2003 en Mobistar werd daarenboven uitgenodigd voor een hoorzitting op 01 augustus 2003.

19. De ontwerpbeslissing maakt gewag van de verplichting van de SMP-operatoren om niet discriminerend op te treden op de retailmarkt van de mobiele telefonie en om kostengeoriënteerd te tarifieren wat de 'wholesale' markt betreft van de interconnectie tussen operatoren (het betreft de toepassing van de vroegere artikelen 109ter, §3 en 106 van de wet van 21 maart 1991).

Eén en ander moet bijdragen aan de economische efficiëntie, aan de mededinging en moet gebeuren in het belang van de eindgebruiker.

20. De ontwerpbeslissing verwijst ook naar de doelstelling van het nieuwe regelgevende Europese kader inzake telecommunicatie (Richtlijnen van maart 2002) die erin bestaat de toepassing van de regelgeving in die sector te harmoniseren.

Daarom werd inzake de terminatielasten onderzoek verricht naar de toestand in de verschillende Lid-Staten (benchmarking) en dat leidde het BIPT tot drie conclusies: (a) de Belgische operatoren behoren tot de groep middelmatig performante organisaties, (b) een grote meerderheid van nationale regelgevende instanties (NRI's) past een identiek tarief toe op de twee belangrijkste operatoren en (c) het gemiddelde niveau van de terminatielasten voor alle mobiele operatoren samen beloopt ongeveer 15,35 eurocent per minuut.

21. Over de MTR-lasten die toen toegepast werden door Belgacom Mobile, Mobistar en Base vermeldt het besluit dat een gemiddelde moeilijk te berekenen is, wegens de verschillen naargelang de periode (piek - buiten piek week - buiten piek weekend).

De gemiddelde prijs per minuut wordt als volgt geraamd: voor Belgacom Mobile op 14,65 eurocent, voor Mobistar op 17,65 eurocent en voor Base op 18,12 eurocent. Het verschil tussen de twee SMP-operatoren beliep zowat 20%.

Aldus bleek dat het MTR-tarief van Belgacom Mobile iets lager was dan het Europese gemiddelde en dat het tarief van Mobistar er duidelijk boven lag.

Het besluit hieruit was dat het terminatietarief van de Belgische SMP operatoren moest dalen.

22. Het BIPT wijdde dan beschouwingen aan de economische analyse van de markt.

De leidraad hierbij was dat in een concurrentiële markt de prijzen gebaseerd zijn op de kosten van een efficiënte operator en dat prijsverschillen commercieel niet houdbaar blijven.

Zowel economische efficiëntie, als bevorderen van de mededinging, als het belang van de eindgebruikers noopten dan tot een op elkaar afstemmen van de terminatielasten van de operatoren.

23. Zodoende werd als abnormaal besempeld dat een operator met een marktaandeel van minstens één derde op het niveau blijft van de minste performante operatoren van de Europese Unie.

Het BIPT besloot eruit dat de terminatielasten van Mobistar dienden te dalen tot het Europese gemiddelde, hetzij 15,40 eurocent per minuut, hetgeen enerzijds neerkwam op een daling met 12% en anderzijds een verschil behield van 15% ten opzichte van de terminatielast van Belgacom Mobile.

24. De 15%-norm die in de ontwerpbeslissing werd vermeld, als maximale norm inzake afwijking tussen de MTR-lasten van Belgacom Mobile en deze van de andere operatoren, werd eerder al vermeld als vereiste voor gezonde concurrentie in het advies van 25 juli 2001 betreffende de aanpassing van de interconnectietarieven van Belgacom

Mobile naar aanleiding van haar aanwijzing als SMP-operator.

Het BIPT gaf toen overigens ook te kennen dat de MTR-lasten van Belgacom Mobile tenminste 20% lager moeten zijn dan het gemiddelde van de operatoren die aangewezen waren aan SMP-operator in de landen van de Europese Unie.

Het zag hiervoor een reden in de omstandigheid dat het grondgebied van België klein is en de bevolkingsdichtheid groot, terwijl de markt vrij onevenwichtig was verdeeld tussen drie operatoren.

25. Verder uitte het BIPT het verlangen om tot een 'kostenmodel' te komen voor de inschatting van een tarief dat kan beschouwd als overeenstemmend met dat van een operator die redelijkerwijs als efficiënt moet worden beschouwd.

Hiertoe wordt in het vooruitzicht gesteld om de boekhoudkundige gegevens van de twee SMP-operatoren te verwerken in een tweevoudig 'top-down' model.

De 'top-down' benadering houdt in dat relevante kostencomponenten worden toegerekend aan de te reguleren dienst. (Ze staat tegenover 'bottom up' waarbij men uitgaande van volumes telefoonverkeer de optimale dimensionering van een theoretisch netwerk vaststelt).

26. De tweevoudige voorgestelde conclusie luidde dan:

- vanaf (een te bepalen datum: geopteerd werd voor 01 oktober 2003) moet het MTR-tarief van Mobistar dalen tot 15,4 eurocent per

minuut;

- er wordt een comparatief kostenmodel ontwikkeld van de twee betrokken operatoren, onder meer om het tarief vast te leggen van de terminatiedienst van de twee operatoren met irgang van medio 2004.

27. In de bestreden eindbeslissing wordt, uitgaande van de per 01 augustus 2003 bestaande MTR-lasten in België, veel aandacht besteed aan het kostenmodel van Mobistar.

Inzake de gemiddelde terminatielasten wordt gewag gemaakt van 13 eurocent per minuut voor Belgacom Mobile en 17,5 eurocent voor Mobistar, hetgeen neerkomt op een verschil van ongeveer 34%.

Over het kostenmodel van Mobistar wordt vermeld dat het van hetzelfde type is als dat van Belgacom Mobile (top-down) en dat de voorlopige resultaten ervan werden voorgelegd tijdens de hoorzitting op 07 augustus 2003.

Uit het onderzoek door het BIPT was gebleken dat, afhankelijk van de aangenomen hypothesen en in het bijzonder voor de boeking van de commerciële kosten, het kostenmodel van Mobistar inzake de interconnectielasten leidt tot een prijschaar voor het gemiddelde kostprijsniveau dat ligt tussen 15,70 en 19,72 eurocent per minuut.

Over de in augustus 2003 bestaande gemiddelde kostprijs prijs per minuut bij Mobistar -die toen 17,50 eurocent bedroeg- stelt het BIPT dat die niet hoger was dan de relevante kosten van die operator.

28. Ter wille van de transparantie werd de ontwerpbeslissing ook meegedeeld aan alle vaste en mobiele operatoren in België (negen in totaal).

Hun reacties waren heel uiteenlopend: ze betreffen onder meer de door het BIPT gebruikte methode (benchmarking versus kostenmodel), de wens naar een uniform kostenmodel voor alle operatoren, en de in het algemeen als excessief hoog bestempelde terminatielasten.

Ook het specifieke geval van Mobistar, wier tarieven volgens sommigen sneller zouden moeten verlaagd worden, werd bekritiseerd.

29. Het eindbesluit, dat gevormd wordt door de bestreden beslissing, luidt in de dispositief ervan uiteindelijk helemaal anders dan bij de voorlopige beslissing werd voorgenomen.

De methode van de 'benchmarking' -het speuren naar de 'beste praktijk' in de markt- wordt verlaten.

De economische analyse uit de ontwerpbeslissing bleef nochtans ongewijzigd behouden.

30. Het BIPT gaat ervan uit dat het begrip 'kostenbasing' verschillend kan worden geïnterpreteerd en stelt de terminatielasten vast op basis van het niet volledig geverifieerde kostenmodel van Mobistar.

Op basis hiervan stelt de Raad het gemiddelde prijsniveau vast tussen 15,70 en 19,72 eurocent per minuut.

Aangezien de gemiddelde terminatiekost per 01 augustus 2003 reeds 17,50 eurocent bedraagt, neemt het BIPT aan dat Mobistar reeds voldeed

aan de 'kostenbasing'.

Het beslist om binnen die prijsschaar de terminatielasten in twee opeenvolgende stappen geleidelijk te verlagen met toepassing van het 'price cap' mechanisme: de bepaling van waarden die tegen de vastgestelde datum niet mogen worden overschreden met de bedoeling om tegen einde 2004 de minimumprijs te bereiken.

31. De Raad behield zich voor om de waarden van de 'price cap' neerwaarts bij te stellen mocht blijken dat het volume terminatieverkeer op het netwerk van Mobistar aanzienlijk toeneemt.

Na vervolledigd onderzoek omtrent het kostenmodel van Mobistar, heeft de Raad van het BIPT op 15 juni 2004 een aanvullend besluit genomen betreffende de terminatielasten van Mobistar.

De beslissing houdt in dat de prijsschaar binnen dewelke de gemiddelde kostprijs van de terminatielasten schommelt wordt vastgesteld op 15,56 tot 19,58 eurocent per minuut.

Daarbij aansluitend wordt de verlaging van de gemiddelde terminatielast per 01 november 2004 verhoogd van 6% naar 7%.

Over de regelmatigheid van de rechtspleging.

32. Volgens Mobistar heeft eiseres haar vordering onterecht ingeleid bij verzoekschrift en diende ze een dagvaarding te laten betekenen.

De wet van 17 januari 2003 inzake de rechtsmiddelen tegen beslissingen van het BIPT schrijft niet voor op welke wijze de desbetreffende vorderingen moeten worden ingeleid.

Artikel 3 van de genoemde wet bepaalt enkel dat voor alle aspecten die betrekking hebben op de procedure voor het hof van beroep van Brussel, het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is.

33. Uit die bepaling mag worden afgeleid dat het hof kan worden geadieerd in één van de vormen die zijn voorgeschreven voor het instellen van hoger beroep.

Een verzochtschrift zoals bepaald in artikel 1056 en met de vermeldingen opgegeven in artikel 1057 Gerechtelijk Wetboek is in het voorliggende geval formeel regelmatig.

Het wordt niet betwist dat de inleidende akte aan die bepaling voldoet en bijgevolg is er in dit opzicht geen reden om de vordering niet te ontvangen.

34. Ook de grief van Mobistar inzake het gebruik van het Nederlands als taal van de rechtspleging voor het hof is onterecht.

Artikel 24 van de wet op het taalgebruik in gerechtszaken is in het voorliggende geval niet van toepassing.

Het hof is immers niet geadieerd als appèlrechter tegen een beslissing die in eerste aanleg werd uitgesproken.

Er kan dan ook geen middel uit geput worden om te stellen dat de rechtspleging veeleer het Frans dan het Nederlands diende te worden gevoerd.

35. Overigens doen de dossierstukken blijken dat tijdens de administratieve behandeling voor het BIPT zowel het Nederlands als het Frans werd gebruikt.

De beslissing werd genomen in de twee talen, Mobistar heeft de twee talen gebruikt en beweert voor het hof trouwens niet dat ze één van beide talen niet begrijpt.

Beoordeling van de vordering.

36. Drie van de grieven die eiseres formuleert en die volgens haar moeten leiden tot vernietiging van de geïncrimineerde beslissing, hebben een 'formeel' karakter terwijl de overige het inhoudelijke optreden betreffen van het BIPT als regulator ter uitvoering van het regelgevend kader.

De formele grieven **betreffen de beweerde schending** van de hoorplicht, de **ontstentenis van aanmelding van de beslissing** bij de Europese Commissie en de **schending van de motiveringsplicht**.

37. Belgacom Mobile werd bij het besluitvormingsproces betrokken ingevolge de brief die haar door het BIPT werd toegezonden op 18 juli 2003 waarbij ze om schriftelijke opmerkingen werd verzocht tegen 08 augustus 2003 om 17 uur.

Deze brief verwijst naar artikel 19 van de wet van 17 januari 2003 dat het volgende voorschrijft: *'De Raad biedt elke persoon die rechtstreeks en persoonlijk bij een besluit betrokken is, de gelegenheid*

om vooraf gehoord te worden. De besluiten van de Raad worden aan de personen die rechtstreeks en persoonlijk betrokken zijn en aan de minister meegedeeld.'

Op grond van die bepaling huldigt de Raad een praktijk waarbij aan de betrokkenen eerst een ontwerp van beslissing wordt meegedeeld waarop ze kunnen reageren, vooraleer de eindbeslissing wordt genomen.

38. De vermelde wetsbepaling, die een toepassing inhoudt van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur inzake hoorplicht, schrijft niet voor op welke wijze moet worden gehoord.

Aangenomen moet worden dat het beginsel behoorlijk in de praktijk wordt gebracht wanneer de betrokkene de kans wordt geboden om zijn standpunt over alle aspecten van de aangelegenheid die zijn belangen raakt op afdoende wijze in het debat te brengen met het oog op de besluitvorming.

Het is dus niet relevant of zulks mondeling of schriftelijk wordt georganiseerd.

39. Eiseres heeft op het ontwerp van de beslissing gereageerd met haar brief van 08 augustus 2003 met bijlagen.

Die brief doet blijken dat ze ook al voordien op verschillende tijdstippen aspecten van haar standpunt heeft meegedeeld 'vanuit competitief, economisch en legaal' oogpunt.

Ze deelde mee daar niet verder te willen op ingaan en de eindbeslissing af te wachten.

Enkele synthetische beschouwingen niet te na gesproken, heeft ze aan haar voordien ingenomen standpunt niets meer toegevoegd.

40. Verder werd ze, anders dan Mobistar, niet uitgenodigd voor een mondelinge hoorzitting, maar ze heeft daar ook niet om gevraagd.

Er mag worden aangenomen dat de in dit opzicht onderscheiden behandeling van Mobistar verantwoord was doordat zij recente en vertrouwelijk bedrijfsgegevens had mee te delen en toe te lichten.

De bestreden eindbeslissing doet inderdaad blijken dat met nieuw verstrekte bedrijfsgegevens werd rekening gehouden.

41. Uit die gegevens moet worden besloten dat eiseres de kans werd geboden om ter bescherming van haar belangen en met het oog op adequate besluitvorming alle gegevens mee te delen die zij relevant achtte, nog voor het ontwerp van beslissing werd genomen.

Ze heeft vervolgens de kans gekregen om het ontwerp te bekritisieren en nog gegevens toe te voegen, wat ze niet heeft gedaan.

In die omstandigheden kan niet worden aangenomen dat de hoorplicht of het recht van verdediging werd geschonden.

42. De grief inzake het motiveringsgebrek, onderscheiden geformuleerd van de kritiek op de inhoudelijke motivering van de beslissing, is eveneens ongegrond.

De beslissing beslaat achttien bladzijden en geeft uitvoerig aan waarom in een bepaalde zin werd beslist.

Ze is dus formeel gemotiveerd.

In zoverre de grief slaat op het beweerde gemis aan consistentie in de motivering kan hij niet als zelfstandig worden beschouwd van de inhoudelijke grieven tegen de beslissing die hierna worden behandeld, en behoeft hij geen aparte behandeling.

43. Eiseres voert vervolgens aan dat de beslissing niet werd aangemeld bij de Europese Commissie, hetgeen nochtans wordt voorgeschreven bij artikel 7 van de Kaderrichtlijn van 07 maart 2002 (Richtlijn 2002/21/EG).

De bedoelde bepaling schrijft voor dat de nationale regelgevende instanties de Commissie en de nationale regelgevende instanties in kennis stelt van een ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel, indien zij voornemens is een maatregel te nemen die (a) valt onder de artikelen 15 of 16 van de Kaderrichtlijn, de artikelen 5 of 8 van Richtlijn 2002/19/EG of artikel 16 van Richtlijn 2002/22/EG en (b) van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten.

Uit de schending van dit voorschrift, dat ze directe werking toeschrijft, leidt ze af dat de beslissing niet rechtsgeldig is genomen.

44. Mobistar en het BIPT betogen dat de bedoelde Richtlijnen nog niet waren omgezet in het Belgische recht toen de ontwerp-beslissing werd getroffen en dat het geciteerde artikel 7.3 geen rechtstreekse werking kan hebben.

Ze menen dat de beslissing niet onder de werkingssfeer valt van artikel 7.3 en dat ze de tussenstaatse handel niet kan beïnvloeden en ook om die reden niet hoefde aangemeld te worden.

Verder zou eiseres, als 'uitvloeisel' van de Belgische Staat zich niet op de ontstentenis van tijdige omzetting kunnen beroepen en zou de miskennis van de verplichting niet worden gesanctioneerd.

45. De tegenwerping als zou eiseres zich als 'uitvloeisel van de Belgische Staat' ten aanzien van Mobistar niet op de ontstentenis van omzetting kunnen beroepen snijdt geen hout.

Daargelaten de vraag of eiseres als zulk 'uitvloeisel' zou kunnen worden beschouwd –Belgacom Mobile is een vennootschap naar privaatrecht zonder meerderheidsaandeelhouder uit de publieke sector– beroept eiseres zich immers op de schending van een communautaire rechtsregel door het BIPT.

46. De termijn voor omzetting van de Kaderrichtlijn en de Toegangsrichtlijn verstreek op 23 juli 2003.

De beide Richtlijnen schrijven voor dat de bepalingen ervan moeten worden toegepast vanaf 25 juli 2003.

De Belgische federale wetgever heeft de Richtlijnen eerst omgezet bij de wet van 13 juni 2005 en de termijn voor omzetting derhalve niet nageleefd.

47. Artikel 7. 3. van de Kaderrichtlijn legt de nationale regelgevende instanties op om in bepaalde gevallen de Commissie en de nationale regelgevende instanties in kennis te stellen van een ontwerpmaatregel.

Deze bepaling betreft uitsluitend de betrekkingen tussen lidstaten en de Commissie en hoeft om die reden in beginsel niet te worden omgezet (in die zin HvJ EG, arrest van 20 november 2003, Commissie / Frankrijk – C-296/01, Jur. 2003 Blz. I-13909, r.o. 92; HvJ EG arrest van 24 juni 2003, Commissie/Portugal, C-72/02, Jur. 2003 blz. I-6597, r.o. 19 en 20).

Zodoende was met ingang van 25 juli 2003 dit voorschrift bindend voor de instanties van de lidstaten tot wie het is gericht indien het voldoet aan de voorwaarden om rechtstreeks te kunnen worden toegepast.

De overgangsmaatregelen uit artikel 27 van de Kaderrichtlijn inzake het tijdelijk blijven vigeren van nationale wetgeving zijn in dit verband niet dienend.

48. Een bepaling uit een richtlijn moet rechtstreeks worden toegepast indien ze een duidelijke en onvoorwaardelijke inhoud heeft (HvJ, arrest van 11 juli 2002, Mark & Spencer – C-62/00, Jur. 2002 Blz. I-6325, r.o. 25).

Het voorschrift uit artikel 7.3 van de Kaderrichtlijn is onvoorwaardelijk én onmiskenbaar ook duidelijk. Het heeft derhalve rechtstreekse werking.

Het BIPT was dus gehouden om in de gevallen bepaald in artikel 7.3 van de Kaderrichtlijn de voorgeschreven melcingsplicht na te leven.

49. Die verplichting sluit overigens ook aan bij artikel 14 §2 van de wet van 17 januari 2003 dat het BIPT oplegt om samen te werken met de Europese Commissie.

Zou het artikel 7.3 van de Kaderrichtlijn rechtstreekse werking worden ontzegd, dan zou in het licht van de richtlijnconforme interpretatie van de vermelde wetsbepaling, alsnog moeten worden besloten tot naleving van artikel 7.3

50. De beslissingen die door de nationale regelgevende instanties worden genomen bij toepassing van de artikelen 5 en 8 van de Toegangsrichtlijn (toegang en interconnectie) worden krachtens artikel 7.3 a) onder de verplichting tot aanmelding gebracht.

De geïncrimineerde beslissing betreft de kosten verbonden aan de terminatielasten van Mobistar.

Generiek valt zij binnen de toepassingsfeer van artikel 7.3 a) en het heeft geen enkel belang of de beslissing reglementaire dan wel individuele strekking heeft. De Richtlijn kent dit onderscheid niet.

51. Voor de toepassing van artikel 7.3 is verder vereist dat de beslissing aanzienlijke invloed heeft op de handel tussen de lidstaten.

Desbetreffend stelt het hof vast dat het BIPT zelfs niet heeft onderzocht of de beslissing de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en of er om die reden grond tot aanmelding bestond.

In dit opzicht is de beslissing dus niet wettig gemotiveerd.

52. Ten overvloede overweegt het hof in dit verband dat verschillende gegevens er op wijzen dat die invloed op de tussenstaatse handel voorhanden is.

Eiseres stelt met reden dat de incidentie van de omvang van de lasten die zij moet vergoeden aan Mobistar wegens de terminatiedienst niet beperkt blijft tot het nationaal territorium, maar ook doorweegt bij het aanbod van 'roaming' diensten aan klanten van buitenlandse netwerken.

Voor die oproepen van buitenlandse klanten moet zij concurreren met Mobistar, die deze diensten ook aanbiedt.

Insgelijks blijkt uit de dossierstukken dat nationale regelgevende instanties uit andere lidstaten beslissingen in verband met terminatielasten hebben aangemeld en dat ze door de Commissie werden behartigd én trouwens ook bekritiseerd.

53. De verplichting tot aanmelding bij de Europese Commissie betreft een substantiële formaliteit waarvan de naleving moet gezien worden in het kader van doelstellingen die worden geformuleerd in de vermelde Kaderrichtlijn en de Toegangsrichtlijn.

Het betreft de harmonisering van de regulering van elektronische-communicatiediensten, realisatie van de interne markt voor de betrekkingen tussen aanbieders van netwerken en diensten, met het oog op duurzame mededinging, interoperabiliteit van elektronische communicatiediensten en voordelen voor de consument.

Naar Belgisch bestuursrecht heeft de schending van een substantiële vormvereiste vervat in een regel van nationaal recht de nietigheid van de akte voor gevolg.

De sanctie behoort dezelfde te zijn wegens schending van de communautaire substantiële formaliteit (zie HvJ EG, arrest van 06 juni 2000 inzake Sapod Audic / Eco Emballages, Jur. 2002 – I-5031).

54. De bestreden beslissing moet bijgevolg worden vernietigd.

55. Binnen het bestek van de bevoegdheid die aan het hof is verleend bij artikel 2 van de Wet rechtsmiddelen inzake het BIPT heeft het hof enkel de rechtsgeldigheid van een beslissing te beoordelen, weze het met volle rechtsmacht.

Deze volle rechtsmacht laat de bevoegdheid van het BIPT als nationale regelgevende instantie ongemoeid en het hof heeft dus geen beslissing in de plaats te stellen van deze die het vernietigt.

56. Het staat aan het BIPT om met in acht name van de bepalingen van de wet van 13 juni 2005 inzake de elektronische communicatie opnieuw te beslissen over de terminatielasten van Mobistar, die moeten gelden sedert haar aanwijzing als SMP-operator.

Hierbij dienen alle thans beschikbare relevante gegevens in aanmerking te worden genomen en met als oogmerk de realisatie van de doelstellingen van de omgezette Richtlijnen.

OM DEZE REDENEN :**HET HOF,**

In acht genomen de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken,

Beslist na tegenspraak,

Ontvangt de vordering van NV Belgacom Mobile.

Ontvangt de tussenkomst van NV Mobistar.

Verklaart de vordering gegrond.

Vernietigt de beslissing van 23 september 2003 van de Raad van het BIPT waarbij de terminatielasten worden bepaald die Mobistar moet toepassen.

Veroordeelt het BIPT in de gedingkosten, vastgesteld op 721,46 euro (€ 186 + € 59,50 + € 475,96) voor eiseres en op 475,96 euro voor haarzelf en laat de kosten gemaakt door NV Mobistar ten hare laste.


Aldus gevonnist en uitgesproken ter buitengewone openbare terechtzitting van de burgerlijke **achtste kamer** van het hof van beroep te Brussel, op

30 JUNI 2006

waar aanwezig waren en zitting hielden :

P. BLONDEEL,
B. LYBEER,
Ph. DE CLIPPEL,
K. BATSELIER,

Voorzitter,
Raadsheer,
Plaatsvervangend Raadsheer,
Griffier.



K. BATSELIER



Ph. DE CLIPPEL



B. LYBEER



P. BLONDEEL