

**VERZOEKSCRIFT
TOT SCHORSING EN Vernietiging van een Beslissing van het BIPT
(Wet dd. 17 januari 2003, art. 2, §§ 1 tot 4 ; Ger. W., art. 19, al. 2)**

OFFICIELE VERSIE

**AAN DE VOORZITTER, KAMERVOORZITTERS EN RAADSHEREN
HOF VAN BEROEP VAN BRUSSEL
JustitiePaleis
Poelaertplein
1000 BRUSSEL**

GEEFT MET EERBIED TE KENNEN :

De N.V. **3 STARSNET**, waarvan zetel gevestigd is te 1200 BRUSSEL, Gulledelle, 92, KBO 0.440.985.457, vertegenwoordigd door de haar raad van bestuur,

VERZOEKSTER,

Hebbende als raadsman :

Mr. Marc LOVENIERS, advocaat te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan, 132,

TEGEN :

Het **BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE**, « BIPT », waarvan zetel gevestigd te 1000 BRUSSEL, Albert II-laan, 1000 BRUXELLES, Ellipse Building, 35, Gebouw C,

VERWEERSTER,

WAT VOLGT :

1. BESLISSING VAN HET BIPT WAARTEGEN HUIDIG BEROEP WORDT INGESTELD :

Besluit van de Raad van het BIPT van 25 augustus 2016 betreffende de wholesaletarieven voor gespreksafgiftediensten op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie (hierna genoemd "*het Besluit dd. 25 augustus 2016*" of "*het bestreden Besluit*")

2. PLAATS, DATUM EN UUR VAN DE INLEIDINGSZITTING :

Hof van Beroep van Brussel, 18 kamer (N), zetelend te JustitiePaleis, Poelaertplein, 1000 BRUSSEL, zaal 0.F, op 2 november 2016, om 9 uur.

3. CODE AARD VAN DE ZAAK

I.1.a

4. VOORWERP VAN DE VORDERING

Middels huidig verzoekschrift vraagt N.V. 3STARSNET:

- Alvorens recht te doen :
 - overeenkomstig artikel 2, § 4 van de wet van 17 januari 2003 de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016, en wel tot en met er ten gronde geoordeeld is over huidige vordering;
 - hetzij tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing;
 - hetzij, ondergeschikt, tot en met de datum waarop PROXIMUS de operatoren op de markt definitief een efficiënte IP interconnectie-architectuur voor de transmissie van spraak kan aanbieden, en in ieder geval ten laatste op 31 december 2018;
 - overeenkomstig artikel 19, al. 2, Ger. W. de de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016, en wel tot en met er ten gronde geoordeeld is over huidige vordering;
 - hetzij tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing;
 - hetzij, ondergeschikt, tot en met de datum waarop PROXIMUS de operatoren op de markt definitief een efficiënte IP interconnectie-architectuur voor de transmissie van spraak kan aanbieden, en in ieder geval ten laatste op 31 december 2018;
- Ten gronde, de algehele vernietiging van het Besluit van 25 augustus 2016 :
 - In hoofdorde:

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

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

en een gestage verlaging van het maximum interconnectietarief wordt gefaseerd in de tijd, coherent met het percentage van spraak-interconnectie-traffic dat migreert ;

Voor het overige verzoekt S.A. N.V. 3STARSNET dat er geoordeeld wordt in rechte over de kosten, welke ten laste dienen te worden gelegd van het BIPT. De rechtsplegingsvergoeding kan worden begroot op 1.440,00 € (basisbedrag voor niet in geld waardeerbare vorderingen).

5. BEVOEGDHEID RATIONE MATERIAE EN RATIONE TEMPORIS

De bevoegdheid *ratione materiae* van Uw Hof is gegrond op artikel 2, §1 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.

6. ONTVANKELIJKHEID – BELANG EN HOEDANIGHEID – NALEVING VAN DE TERMIJNEN

N.V. 3STARSNET, verzoekster, beschikt over de vereiste hoedanigheid en het vereiste belang in de zin van de artikelen 17 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek, om huidige vordering in te leiden :

- N.V. 3STARSNET wordt door het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 vermeld als een operator beschikkende over een aanmerkelijke machtspositie waarop dit besluit moet worden toegepast¹ ;
- Het BIPT heeft het bestreden Besluit rechtstreeks betekend aan N.V. 3STARSNET op 29 augustus 2016. Het bestreden Besluit werd ook gepubliceerd op de website van het BIPT op de 30 augustus 2016.

N.V. 3STARSNET heeft bovendien huidige vordering ingesteld binnen de termijn van 60 dagen, zoals voorzien in artikel 2, § 2, van voormelde wet van 17 januari 2003.

7. UITEENZETTING VAN DE MIDDELEN

A. DE FEITEN

1. De vordering van N.V. 3STARSNET is gericht tegen het Besluit van 25 augustus 2016, dewelke de interconnectietarieven vastlegt tussen de operatoren.

Eerst brengt N.V. 3STARSNET kort de context in herinnering waarbinnen dit besluit is genomen (A.1.).

¹ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 9 en 173.

Vervolgens omschrijft N.V. 3STARSNET kort de marktsituatie, haar eigen positie binnen deze markt, en de rol van interconnectie. N.V. 3STARSNET omschrijft ook de gevolgen die het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 voor haar teweeg brengt (A.2.).

A.1. ALGEMEEN KADER - INTERCONNECTIE

1. DE EUROPESE AANBEVELING DD. 7 MEI 2009

2. Op **7 mei 2009**, heeft de Europese Commissie een aanbeveling 2009/396/EG aangenomen inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (hierna "*de Aanbeveling dd. 7 mei 2009*"). De Europese Commissie raadt daarin de lidstaten aan om een gemeenschappelijke aanpak aan te nemen voor de controle van de gespreksafgiftetarieven (zowel vast als mobiel).

Die Aanbeveling verwijst expliciet naar artikel 13 van de Richtlijn 2002/19/EG ("toegang").

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

- Artikel 1: de gespreksafgiftetarieven moeten in principe symmetrisch zijn en het (enige) kostenniveau van een efficiënt geachte operator weerspiegelen: "*dienen zij [= de NRI's] afgiftetarieven vast te stellen die gebaseerd zijn op de kosten van een efficiënte exploitant. Dit houdt in dat deze ook symmetrisch zouden zijn.*"
- Artikelen 2 en 3: het kostenniveau van de efficiënte kosten moet worden bepaald door middel van een model van het type "bottom-up LRIC", met de mogelijkheid tot een eventuele verzoening met de resultaten van modellen van het "top-down" type;
- Artikel 4: de modelvorming van de kosten moet rekening houden met "*de efficiënte technologieën die beschikbaar zijn in de voor het model relevante periode. Het kerngedeelte van zowel vaste als mobiele netwerken zou derhalve in principe gebaseerd kunnen worden op Next-Generation-Network (NGN).*"
- Artikel 6: de methode voor de berekening van de kosten moet van het type "zuivere LRIC" (in het Engels "*pure LRIC*") zijn, wat betekent dat alleen nog de "*vermijdbare kosten*" die overeenstemmen met het hypothetische geval van een operator die de gespreksafgiftdienst niet zou verstrekken, kunnen worden terugverdiend via de gespreksafgiftetarieven. De gemeenschappelijke kosten van de onderneming (algemene kosten, kosten van de vergunningen, minimale dekking, commerciële kosten, enz.) en de kosten die gemeenschappelijk zijn aan verschillende diensten (bijvoorbeeld de gespreksafgifte en de gespreksopbouw of spraak) mogen niet langer worden meegeteld in de berekening van de kosten van de dienst voor gespreksafgifte;
- Artikel 7: de methode van economische afschrijvingen ("economic depreciation") waarbij het niveau van de afschrijvingen gelinkt wordt aan de vraag (verkeersvolume) is aanbevolen.

2. HET BESLUIT DD. 2 MAART 2012 – ANALYSE VAN DE MARKT VOOR GESPREKSAFGIFTE OP HET OPENBARE TELEFOONNETWERK VERZORGD OP EEN VASTE LOCATIE ("FTR")

3. Op **2 maart 2012**, heeft het BIPT een besluit aangenomen betreffende gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie (hierna "*het Besluit dd. 2 maart 2012*").

Deze gespreksafgiftemarkt was opgenomen als "markt 3" in de lijst van de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector.

Het BIPT heeft beslist om over te gaan tot een analyse van de "markt voor gespreksafgifte op vaste netwerken".

In het kader van deze analyse hebben de kwantitatieve en kwalitatieve criteria in hoofdzaak erop gewezen dat:

- elke operator over een monopolie beschikt voor de levering van gespreksafgifte op zijn eigen netwerk (100% marktaandeel);
- de drempels voor toetreding tot de gespreksafgiftemarkten elke derde operator verhinderen om de markten in kwestie te betreden;
- het tegengewicht van de kopers onvoldoende is om een efficiënte druk uit te oefenen op de gespreksafgiftetarieven.

N.V. 3STARSNET is aangewezen als één van de operatoren die over een "sterke machtspositie" beschikt voor de wholesalelevering van gespreksafgifte op het vaste openbare telefoonnetwerk.

4. Om buitensporige tarieven te vermijden heeft het BIPT de volgende verplichtingen aan de operatoren met een dergelijke "sterke machtspositie" opgelegd:

- toegang en interconnectie;
- transparantie;
- non-discriminatie;
- prijscontrole;
- systeem voor kostentoerekening (enkel voor PROXIMUS).

Wat specifiek de prijscontrole betreft, heeft het Besluit dd. 2 maart 2012 de mogelijkheid afgeschaft die tot dan toe voor de alternatieve operatoren beschikbaar was om een marge van (maximaal) 15% te factureren bovenop de voor PROXIMUS vastgelegde gespreksafgiftetarieven.

Deze afschaffing had tot doel dat er voortaan tussen de operatoren symmetrische tarieven zouden worden gehanteerd wegens omstandigheden die vastgesteld waren op de markt en overeenkomstig de aanbeveling van de Europese Commissie van 7 mei 2009 betreffende vaste en mobiele gespreksafgiftetarieven.

Wat betreft specifiek de technologische keuze voor interconnectie tussen vaste operatoren, heeft het BIPT geen beslissing genomen.

5. Het Besluit van 2 maart 2012 heeft verschillende symmetrische tarieven vastgelegd.

In dit Besluit dd. 2 maart 2012 bepaalt het BIPT dat:

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

360.1 De huidige tariefverschillen tussen de FTR-tarieven van de Belgische vaste operatoren vallen volledig weg op de 1e dag van de maand volgend op de publicatie van dit besluit

(symmetrie). Vanaf dat moment zullen de maximumtarieven die toepasselijk zijn voor alle operatoren de tarieven zijn die momenteel gelden voor Belgacom:

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

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

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

Deze tarieven zijn opgesteld op basis van een "top-down" model. Ze waren dus nog niet gebaseerd op het gebruik van een "bottom-up" model en de kosten waren niet bepaald aan de hand van de toepassing van een "zuivere" LRIC-methode. Op dat ogenblik werd immers een openbare raadpleging gehouden over het NGN/NGA-kostenmodel.

3. HET BESTREDEN BESLUIT DD. 25 AUGUSTUS 2016 – WHOLESALETARIEVEN VOOR GESPREKAFGIFTEDIENSTEN OP HET OPENBARE TELEFOONNETWERK VERZORGD OP EEN VASTE LOCATIE – HET BESTREDEN BESLUIT

6. Op 25 augustus 2016, heeft het BIPT een besluit aangenomen betreffende de wholesaletarieven voor gespreksafgiftediens ten op het openbare telefoonnetwerk verzorgd op een vaste locatie (hierna "het Besluit dd. 25 augustus 2016" of "het bestreden Besluit").

In dit besluit stoelt het BIPT haar positie op een NGN/NGA-kostenmodel, dat werd gerealiseerd door de onderneming ANALYSYS MASON.²

Uit het bestreden Besluit blijkt dat, voor de uitwerking van dat model, het BIPT zich heeft gebaseerd onder meer op volgende elementen:

- **het theoretisch begrip "efficiënte operator" met verwijzing naar de N.V. PROXIMUS:**

"De efficiënte operator wordt bij voorkeur op het model van PROXIMUS gestoeld, aangezien het NGN/NGA-model is bedoeld om de tarieven van een brede waaier van vaste-netwerkdiensten te bepalen die PROXIMUS aanbiedt op de wholesalemarkten en niet alleen het gespreksafgiftetarief. Deze aanpak garandeert dat de gespreksafgiftetarieven symmetrisch zijn en dat ze de kosten van een efficiënte operator weerspiegelen zoals opgelegd door het besluit van 2 maart 201240."³

- **de interconnectie-architecturen TDM en IP en het aantal interconnectiepunten⁴ :**

De TDM-interconnectie-architectuur is een bestaande architectuur ("legacy").

² Besluit dd. 25 augustus 2016, § 45.

³ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 46. Zie ook : §§ 48.

⁴ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 54.

De IP-architectuur wordt, op haar beurt, beschouwd als een “doelarchitectuur”⁵. Het betreft een toekomstige interconnectie-architectuur.

- “56. *Het kostenmodel maakt het mogelijk om de interconnectie-interfaces op basis van de TDM-technologie enerzijds en de IP-technologie anderzijds te modelleren. In beide gevallen is de corearchitectuur van het netwerk gelijkaardig en stemt ze overeen met een netwerk van de nieuwe generatie. Enkel de interconnectie-interfaces verschillen en, desgevallend, worden de gateway-media (MGW - die de IP in de core omzetten naar TDM) op de rand van het netwerk geplaatst in het kader van een TDM-interconnectie in de plaats van IP-routers ("Peering Routers", die de IP-interconnectie verzorgen). Bovendien kan dankzij het model een geleidelijke overgang worden verzekerd van een TDM-interconnectie naar een IP-interconnectie over een gegeven periode.*
57. *Het traditionele TDM-spraaknetwerk ("legacy") van PROXIMUS wordt momenteel gemigreerd naar een architectuur op basis van IP:*
- 57.1. *De telefooncentrales en hun TDM-apparatuur zullen geleidelijk aan buiten dienst worden gesteld tegen 2018 en de lokale interconnectiepunten ("Local Access Point") zullen achterhaald raken. Er wordt eveneens voorzien in de migratie van de huidige zonale toegangspunten (AAP - Area Access Points) over de periode 2015-2018 om in 2018 slechts drie paar interconnectiepunten over te houden die de toegang tot drie zones mogelijk maken (Vlaanderen, Brussel en Wallonië)⁴⁷.*
- 57.2. *De MGW's zullen geïnstalleerd worden in de nieuwe zonecentra over de periode 2015-2018 vóór een geleidelijke migratie naar een IP-interconnectie die gepland is over de periode 2018-2019.*
58. *Het BIPT meent dat een overgang van een TDM-interconnectie naar IP redelijk is vanuit het standpunt van de gemodelleerde efficiënte operator. Wat betreft de kostenmodellering meent het BIPT overigens dat het niet onredelijk is dat de overgang van de gemodelleerde efficiënte operator geleidelijk gebeurt over een periode van drie jaar, met name 2015-2018. Het BIPT acht dat deze periode redelijk is, meer bepaald in het licht van de praktijken vastgesteld in andere buurlanden. In Frankrijk heeft ARCEP een overgangperiode van 30 maanden opgelegd tussen de invoering van een IPinterconnectie en de sluiting van een TDM-interconnectie. In Duitsland zien we dat de historische operator momenteel een buitendienststelling van zijn TDM-interconnectie plant drie en een half jaar na de verplichting om de IP-interconnectie te verstrekken.”*

De analyse uitgevoerd door het BIPT wordt als dusdanig voorgesteld als een prognostische analyse. Het BIPT stoelt zich op de mogelijkheid voor PROXIMUS om **zijn netwerk van TDM naar IP** om te zetten:

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

In ieder geval verwerpt het BIPT de idee een effectieve omzetting naar een IP-interconnectie-architectuur op te leggen:

- “63. *In zijn reactie op de raadpleging stelt een alternatieve operator dat PROXIMUS een IP-interconnectieaanbod zou moeten voorstellen. Het BIPT verduidelijkt dat dit besluit tot doel heeft de afgiftetarieven te bepalen. Nieuwe interconnectieverplichtingen vastleggen zoals de IP-interconnectie overstijgt het kader van dit besluit dat het van kracht zijnde marktanalysebesluit tot uitvoer brengt.”⁶*

⁵ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 68.

⁶ Zie ook Besluit dd. 25 augustus 2016, § 124.

- **De kost van verscheidene netwerkelementen :**

De analyse van het BIPT onderscheidt activa die variabel zijn in functie van de opname van het uitgaand verkeer van andere activa⁷.

7. Het BIPT zal op basis van dat model, in punt 5.4. van haar besluit de interconnectietarieven bepalen die ze verwacht toe te passen, zich baserend op verscheidene elementen :

- De tarifiering van de gespreksafgiftedienst op lokaal niveau⁸ :
- De differentiëring in de tarifiering van de gespreksafgiftedienst op regionaal en nationaal niveau⁹ :
- Een eventueel glide path voor de verschillende interconnectieniveaus¹⁰ :

Het BIPT verwerpt het idee van een “glide path” (of overgangperiode in de toepassing van tarieven) door zich te baseren op een vergelijking tussen de evolutie van de mobiele gespreksafgiftetarieven en de thans opgelegde daling van de vaste gespreksafgiftetarieven :

“Het BIPT stelt vast dat de door dit besluit opgelegde tariefverlagingen veel kleiner zijn in absolute waarde dan deze vereist door het marktanalysebesluit van het BIPT betreffende de mobiele gespreksafgifte van 2010 in het kader waarvan, volgens de operatoren, dalingen van 2,68 eurocent tot 5,75 eurocent per minuut werden vereist van bij zijn inwerkingtreding. In het kader van dit besluit ziet het BIPT geen objectieve redenen om een minder strikt overgangsstelsel toe te passen dan dat voor de mobiele operatoren in 2010.”¹¹

- De vergelijking met de kosten van PROXIMUS¹² :
- De vergelijking met de 'zuivere LRIC'-tarieven van andere landen van de EU¹³ :
- De asymmetrische situatie¹⁴ .

8. Op basis hiervan, bepaalt het BIPT dat :

- de vaste afgiftetarieven opgelegd aan de operatoren met een sterke machtspositie op deze markt (incl. N.V. 3STARSNET), dienen conform te zijn de principes uiteengezet in deel 5.4 van het Besluit ;
- deze tarieven voor vaste gespreksafgifte (prijs per belminuut) zijn de volgende:

Interconnectieniveau	Gespreksafgiftetarief (€/minuut)
Lokaal	0,092
Intra Access Area	0,092
Extra Access Area	0,092

- de tarieven vastgelegd in dit besluit vervangen de tarieven die werden opgelegd door het Besluit dd. 2 maart 2012 (§ 360).

⁷ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 88 en volg.

⁸ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 115-116.

⁹ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 118 en volg.

¹⁰ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 130 en volg.

¹¹ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 133.

¹² Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 142 en volg.

¹³ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 156 en volg.

¹⁴ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 167 en volg.

9. Het Besluit dd. 25 augustus 2016 treedt in werking op **1 november 2016**.

4. RECENTE ONTWIKKELINGEN OP HET EUROPEES NIVEAU

10. Op 14 september 2016 heeft de Europese Commissie een wetgevend voorstel gepresenteerd ter hervorming van het Europees regelgevend kader voor elektronische communicatie (herziening van het regelgevend kader voor telecommunicatie).

Dit voorstel zal in de komende periode onderwerp zijn van onderhandeling met het Europees Parlement en de Raad (vertegenwoordiging van de EU Lid-Staten, waaronder België). Een eerste bespreking in het Europees Parlement werd gehouden op 11 oktober 2016.

Opmerkelijk in het wetgevend voorstel is het voorgestelde artikel 73.4, dat een tarief voor wholesale gespreksafgifte voor vaste spraaktelefonie aanduidt van 0,14c/min, hetgeen significant hoger is dan het Besluit van het BIPT (0,092c/min) dat door N.V. 3STARSNET wordt bestreden :

“ In applying paragraph 2, the Commission shall ensure that the single voice call termination rate in mobile networks shall not exceed 1.23 €cent per minute and the single voice call termination rate in fixed networks shall not exceed 0.14 €cent per minute. The Commission shall take into account the weighted average of maximum termination rates in fixed and mobile networks established in accordance with the principles provided in the first subparagraph of paragraph 1 applied across the Union when setting the single maximum termination rate for the first time.”¹⁵.

A.2. TOESTAND VAN N.V. 3STARSNET – IMPACT VAN DE NIEUWE TARIEVEN

1. MARKTSTRUCTUUR VOOR VASTE SPRAAKTELEFONIE IN BELGIË (ZAKELIJKE MARKT)

11. Op **16 juni 2016**, heeft het BIPT zijn jaarlijks statistisch verslag (jaargang 2015) gepubliceerd¹⁶.

Hieruit blijkt (pagina 15 onderaan), voor wat betreft de markt voor vaste spraaktelefonie uitgedrukt in aantal aansluitingen, dat het marktaandeel van PROXIMUS 77.5% bedraagt op de zakelijke markt (markt waarop ondernemingen en openbare diensten worden bediend - licht dalend), en 53% op de residentiële markt (markt waarop consumenten worden bediend - licht stijgend). Uitgedrukt in volume/minuten (pagina 17 onderaan) is het marktaandeel van PROXIMUS op de zakelijke markt 70-80%, en hebben slechts twee andere operatoren een marktaandeel dat boven de 10% uitstijgt (Telenet en Mobistar [nu Orange]), terwijl alle andere operatoren (waaronder de N.V. 3STARSNET) gezamenlijk minder dan 10% marktaandeel vertegenwoordigen. In het algemeen neemt het trafiekvolume voor vaste spraaktelefonie sterk af (pagina 16).

De structuur van de zakelijke markt is dus gekenmerkt door één zeer grote operator (PROXIMUS), twee kleine operatoren, en een dozijn zeer kleine operatoren, waaronder de N.V. 3STARSNET.

In totaal heeft het BIPT 17 operatoren, waaronder de N.V. 3STARSNET, aangewezen als operatoren die over een sterke machtspositie beschikken voor de wholesalelevering van gespreksafgifte op het vaste openbare telefoonnetwerk (§ 9 van het bestreden Besluit van het BIPT).

¹⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code, http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=17188.

¹⁶ BIPT statistieken 2015: <http://www.bipt.be/nl/operatoren/telecom/statistieken/publicaties/situatie-van-de-elektronische-communicatiesector-2015>

2. MARKTPOSITIE VAN N.V. 3STARSNET

12. De N.V. 3STARSNET is een kleine maar sterk groeiende operator van openbare telefoondiensten en andere spraakdiensten op de Belgische markt (vaste spraaktelefonie). Nagenoeg de totaliteit van de klanten van de N.V. 3STARSNET zijn zakelijke klanten, in het bijzonder in het segment van kleine tot middelgrote ondernemingen en organisaties. Het marktaandeel van 3 N.V. 3STARSNET bedraagt minder dan 1% van de Belgische markt voor vaste spraaktelefonie.

Het feit dat het spraakverkeer van N.V. 3STARSNET een sterke groei kent, en in het bijzonder de inkomende spraak-interconnectie-trafiek vanwege andere operatoren (hun klanten telefoneren naar de klanten van N.V. 3STARSNET), is een essentiële factor in deze beroepsprocedure.

Onderstaande figuur [1] toont de groei, uitgedrukt in minuten, van de inkomende spraak-interconnectie-trafiek van N.V. 3STARSNET.

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

N.V. 3STARSNET verwacht in het laatste kwartaal van 2016, in 2017, 2018 en 2019, een nog significant sterkere groei, inclusief van de inkomende spraak-interconnectie-trafiek (die gegenereerd wordt door klanten van andere operatoren die telefoneren naar de klanten van N.V. 3STARSNET).

3. TECHNOLOGISCHE ONTWIKKELING

13. Voor de afwikkeling van spraak-interconnectie-trafiek met elkaar gebruiken de Belgische operatoren sinds de liberalisering van de telecomsector de circuit-geschakelde Time Division Multiplexing (TDM) technologie.

Iedereen in de sector gaat ervan uit dat deze technologie op korte termijn zal worden vervangen door pakket-geschakelde Internet Protocol (IP) technologie. In een aantal buurlanden is de transitie naar IP-interconnectie reeds aan de gang.

Echter, en dit is essentieel, is het een feit dat PROXIMUS als grootste Belgische operator vooralsnog geen IP-interconnectie aanbiedt voor de afwikkeling van spraak-interconnectie-trafiek. Een commercieel operationele IP-interconnectie tussen PROXIMUS en N.V. 3STARSNET wordt niet verwacht voor 2018-2019.

4. TECHNISCH-ECONOMISCHE IMPLICATIES VOOR DE N.V. 3STARSNET

14. Gezien de groei van N.V. 3STARSNET, en zijn verwachte verdere sterke groei in de komende jaren, moet N.V. 3STARSNET investeren in netwerkcapaciteit (kapitaalinvesteringen) en moet N.V. 3STARSNET terugkerende kosten dragen (operationele kosten, inclusief personeelskosten) om de groei van inkomende spraak-interconnectie-trafiek aan te kunnen.

Gezien het marktaandeel van PROXIMUS (70-80% in volume voor vaste spraaktelefonie voor zakelijke klanten), liggen de oproepen van de klanten van PROXIMUS aan de oorsprong van de overgrote meerderheid van de inkomende spraak-interconnectie-traffic van N.V. 3STARSNET.

In concreto betekent dit dat N.V. 3STARSNET en PROXIMUS hun interconnectiecapaciteit met elkaar moeten uitbreiden, om de benodigde interconnectie-capaciteit te voorzien.

Voor N.V. 3STARSNET betekent dit:

- aankoop van poorten op zijn eigen schakelcentrale (kapitaalinvesteringen),
- onderhoudskosten voor zijn eigen schakelcentrale (operationele kosten),
- personeelskosten (operationele kosten – inclusief gespecialiseerd personeel voor interconnectie/wholesale gespreksafgifte bij N.V. 3STARSNET).

15. Aangezien de trafficvolumes bij N.V. 3STARSNET al bij al relatief klein zijn (ondanks de sterke groei), wegen de kapitaalinvesteringen en operationele kosten (in het bijzonder personeelskosten) voor interconnectie/wholesale gespreksafgifte bij N.V. 3STARSNET zeer zwaar op de minuutkosten voor wholesale gespreksafgifte.

Het bestreden Besluit van het BIPT betreft specifiek de maximum minuuttarieven die operatoren (waaronder N.V. 3STARSNET) aan elkaar mogen aanrekenen voor inkomende spraak-interconnectie-traffic (wholesale gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie).

N.V. 3STARSNET constateert dat de door het BIPT vastgestelde maximum minuuttarieven voor wholesale gespreksafgifte het voortbestaan van N.V. 3STARSNET direct bedreigen. Dit wordt hierna verder uiteengezet. N.V. 3STARSNET reikt hierna ook oplossingen aan om tot een betere regeling te komen, in het belang van de eindklant (zakelijke klant/consument).

Dit is het geval omdat N.V. 3STARSNET moet investeren en operationele kosten moet dragen die te maken hebben met de TDM technologie die binnen 2-3 jaar zal worden uitgefaseerd. Bijgevolg kunnen de gemaakte kapitaalinvesteringen niet, of enkel op heel korte termijn, worden afgeschreven, moet gespecialiseerd personeel worden gerekruteerd, enz. Bovendien zal N.V. 3STARSNET (net zoals alle andere operatoren) gedurende een periode zowel TDM and IP technologie in parallel operationeel moeten houden.

16. Het bestreden Besluit van het BIPT betreft specifiek het maximum minuuttarief dat operatoren (waaronder N.V. 3STARSNET) aan elkaar mogen aanrekenen voor inkomende spraak-interconnectie-traffic (wholesale gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie).

Het bestreden Besluit verlaagt op drastische wijze de eerder van toepassing zijnde maximum minuuttarieven naar een enkel maximum minuuttarief van 0,092€ c /min¹⁷.

N.V. 3STARSNET constateert dat het door het BIPT vastgestelde maximum minuuttarief voor wholesale gespreksafgifte het voortbestaan van N.V. 3STARSNET direct bedreigt. Dit is het geval omdat dit maximum minuuttarief veel lager ligt dan de kost die N.V. 3STARSNET in werkelijkheid moet dragen, in zijn objectieve situatie waarin er geen alternatief is voor het investeren in een technologie die binnen 2-3 jaar wordt uitgefaseerd.

¹⁷ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 170.

17. N.V. 3STARSNET heeft een accountant verzocht om de impact te analyseren van het nieuwe maximum minuut*tarief* op haar situatie. De conclusies van deze deskundige zijn de volgende:

- De cijfers van de jaarrekening voor **2015** van N.V. 3STARSNET zijn als volgt (in K€), waarbij de gerealiseerde cijfers vergeleken worden met de situatie waarin het nieuwe maximum minuut*tarief* (in de tabellen aangeduid als 'FTR' (fixed termination rate)) van toepassing zou zijn (figuur [2]):

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

- De vooruitzichten voor **2016** geven eenzelfde beeld te zien (figuur [3]):

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

Hieruit blijkt duidelijk dat N.V. 3STARSNET verplicht wordt om met groot structureel verlies te werken in de komende 2-3 jaar, hetgeen het voortbestaan van de onderneming direct bedreigt.

18. Anderzijds heeft de deskundige een projectie gemaakt van de kosten die N.V. 3STARSNET zal moeten dragen om een overgang mogelijk te maken van de TDM-architectuur naar de IP-architectuur.

De eerste tabel geeft de kosten weer waartoe N.V. 3STARSNET zich dient te verbinden om de TDM-architectuur te behouden tot en met het einde van het jaar 2019.

Behoud van de TDM technologie (in €) in verhouding met de groei:

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

De tweede tabel toont de kosten die zullen moeten worden gedragen voor de overstap naar de IP-architectuur.

Overstap en behoud van de IP technologie (in €):

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

19. Inzake de impact van het Besluit van 25 augustus 2016 op 3STARSNET concludeert de deskundige:

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

B. DISCUSSIE

20. Middels huidig verzoekschrift vraagt N.V. 3STARSNET:

- Alvorens recht te doen :

- overeenkomstig artikel 2, § 4 van de wet van 17 januari 2003 de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016, en wel tot en met er ten gronde geoordeeld is over huidige vordering;
 - overeenkomstig artikel 19, al. 2, Ger. W. de de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016, en wel tot en met er ten gronde geoordeeld is over huidige vordering;
- Ten gronde, de algehele vernietiging van het Besluit van 25 augustus 2016.

Voor het overige verzoekt S.A. N.V. 3STARSNET dat er geoordeeld wordt in rechte over de kosten, welke ten laste dienen te worden gelegd van het BIPT. De rechtsplegingsvergoeding kan worden begroot op 1.440,00 € (basisbedrag voor niet in geld waardeerbare vorderingen).

B.1. MIDDELEN TOT SCHORSING VAN DE TENUITVOERLEGGING VAN HET BESLUIT DD. 25 AUGUSTUS 2016

21. Onder huidig punt zal verzoekster aantonen dat het besluit van 25 augustus 2016 volledig dient opgeschort te worden tot aan de tussenkomende uitspraak tot vernietiging van het voormelde besluit.

Hier toe zal verzoekster aantonen:

- Dat het besluit van 25 augustus 2016 ernstige onwetigheden en/of onregelmatigheden bevat die de vernietiging ervan tot gevolg kunnen hebben (B.1.1) (“*ernstige middelen*”);
- Dat verzoekster is blootgesteld aan een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel in geval van onmiddellijke uitvoering van het besluit van 25 augustus 2016 (B.1.2.)

B.1.1. “ERNSTIGE MIDDELEN” – SCHENDING VAN DE FUNDAMENTELE VORMVEREISTEN OP STRAFFE VAN NIETIGHEID

1. GEBREK AAN ONDERZOEK NAAR DE “UP-TO-DATE” MARKT (ART. 55, § 1, WEC - ART. 16.6, A) RICHTLIJN 2002/21/EG “KADER”

a. Herhaling van de beginselen

22. Artikel 16 van de Richtlijn 2002/21/EG (“Kader”) bepaalt:

- “1. *De nationale regelgevende instanties voeren een analyse uit van de relevante in de aanbeveling vermelde markten, en houden daarbij rekening met de in de aanbeveling genoemde markten, met maximale inachtneming van de richtsnoeren. De lidstaten zorgen ervoor dat deze analyse, in voorkomend geval, in samenwerking met de nationale mededingingsinstanties wordt uitgevoerd.*
2. *Wanneer een nationale regelgevende instantie krachtens leden 3 en 4 van dit artikel, artikel 17, van Richtlijn 2002/22/EG (universeledienstenrichtlijn), of artikel 8 van Richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn) moet bepalen of ten aanzien van ondernemingen verplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken, bepaalt zij*

overeenkomstig de richtsnoeren op basis van haar analyse volgens lid 1 van dit artikel of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is.

(...)

4. Wanneer een nationale regelgevende instantie vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt afzonderlijk of gezamenlijk aanmerkelijke macht op de markt in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als bedoeld in lid 2 van dit artikel of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.

(...)

6. Voor de in de leden 3 en 4 genoemde maatregelen gelden de procedures van de artikelen 6 en 7. De nationale regelgevende instanties voeren een analyse uit van de relevante markt en delen conform artikel 7 de corresponderende ontwerpmaatregel mee:

- a) **binnen drie jaar na de aanneming van een eerdere maatregel met betrekking tot die markt.** De termijn kan in uitzonderlijke gevallen echter met maximaal nog eens drie jaar worden verlengd wanneer de NRI daartoe bij de Commissie een gemotiveerd verzoek heeft ingediend en de Commissie binnen één maand geen bezwaar heeft gemaakt tegen de verlenging;
- b) voor markten waarvoor nog niet eerder kennisgeving is gedaan bij de Commissie, binnen twee jaar na goedkeuring van een herziene aanbeveling inzake relevante markten of;
- c) voor lidstaten die onlangs zijn toegetreden tot de Unie, binnen twee jaar na hun toetreding.

(...)"

23. Artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG ("Kader") moet in samenhang worden gelezen met de punten 20 en 129 van de Richtsnoeren 2002/C-165/03:

"20. Wanneer een NRI krachtens artikel 16 van de kaderrichtlijn een marktanalyse uitvoert, dient zij een prospectieve, structurele beoordeling van de relevante markt te maken op basis van de bestaande marktvoorwaarden. De NRI moet onderzoeken of de markt in de toekomst concurrerend zal zijn en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend is, gelet op de op redelijke termijn te verwachten of te voorspellen marktontwikkelingen. Bij de vaststelling van de termijn dient te worden gelet op de specifieke kenmerken van de markt en het vermoedelijke tijdstip van de volgende analyse van de betrokken markt door de NRI. De NRI's dienen bij hun analyse rekening te houden met gegevens uit het verleden, wanneer dergelijke gegevens relevant zijn voor de ontwikkelingen op die markt in de nabije toekomst."

(...)

"129. De markten in de sector elektronische communicatie zijn dynamisch en de structuur ervan verandert snel. De NRI's moeten erop toezien dat de beoordeling van de concurrentiesituatie, de openbare raadpleging en het aanmerken van marktpartijen als ondernemingen met aanzienlijke marktmacht binnen een redelijke termijn worden uitgevoerd. Onnodige vertraging in het besluitvormingsproces zou nadelige gevolgen kunnen hebben voor de belangstelling van ondernemingen om in de relevante markt te investeren, en daardoor ook voor de belangen van de consument."

De marktanalyse die wordt uitgevoerd door een NRI moet inderdaad gestoeld zijn op de situatie van de relevante markt.

Die marktanalyse is mogelijks toekomstgericht daar waar zij rekening kan houden met de vermoedelijke evolutie van de relevante markt.

Evenwel, om te vermijden dat een marktanalyse niet te oud is en/of niet de actuele toestand van de relevante markt weerspiegelt, bepaalt artikel 16.6 dat de duur ervan beperkt is tot maximum drie jaar.

Uit deze bepaling vloeit dus voort dat in het geval dat drie jaar of meer is verstreken sinds de vorige maatregel, de NRI een nieuwe marktanalyse dient uitgevoerd te hebben en zijn ontwerpmaatregelen te hebben meegedeeld aan de Europese Commissie, de andere NRIs en BEREC.

24. De analyse van een relevante markt, uitgevoerd overeenkomstig artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG ("kader"), maakt een **noodzakelijke voorwaarde** uit om een NRI toe te laten de maatregelen zoals bepaald in de artikelen 9 tot 13 van Richtlijn 2002/19/EG ("toegang") te definiëren en te nemen.

Zo verwijst artikel 16.6 van Richtlijn 2002/21/EG ("Kader") naar artikel 16.4 van diezelfde richtlijn, dat bepaalt:

- "4. *Wanneer een nationale regelgevende instantie vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt afzonderlijk of gezamenlijk aanmerkelijke macht op de markt in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als bedoeld in lid 2 van dit artikel of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.*"

Artikel 16.4 van Richtlijn 2002/21/EG ("kader") verwijst zelf naar artikel 8 van Richtlijn 2002/19/EG ("toegang").

Artikel 8.2 van Richtlijn 2002/19/EG ("toegang") bepaalt dat:

- "Wanneer een overeenkomstig artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) verrichte marktanalyse uitwijst dat een exploitant een aanmerkelijke macht op een specifieke markt bezit, leggen de nationale regelgevende instanties hem, waar passend, de in de artikelen 9, 10, 11, 12 en 13 van deze richtlijn genoemde verplichtingen op."

Artikel 13 van deze laatste Richtlijn 2002/19/EG ("toegang") bepaalt de mogelijkheden voor de NRI om de toepasselijke prijzen te reglementeren op de relevante markt die voorwerp uitmaakte van een analyse.

25. Uit voormelde bepalingen volgt dat de regelingen inzake prijzen van een relevante markt, overeenkomstig artikel 13 van Richtlijn 2002/19/EG ("toegang") alleen mogelijk zijn indien zij uit een analyse van die markt volgen en dat één of meerdere operatoren geacht worden te beschikken over een aanzienlijke machtspositie op die markt.

Logischerwijze, indien geen enkele marktanalyse werd uitgevoerd of indien de laatste analyse van een bepaalde relevante markt niet meer geldig is, aangezien deze buiten de termijn werd uitgevoerd zoals voorzien in artikel 16.6 van Richtlijn 2002/21/EG ("Kader"), dan is een dergelijke prijsreglementering voor dezelfde markt niet langer mogelijk.

Zoniet, dan zou dat strijdig zijn met de verplichting opgelegd aan de NRI's door artikel 8.5., a) van Richtlijn 2002/21/EG ("Kader"):

- "5. *Bij het nastreven van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde beleidsdoelstellingen passen de nationale regelgevende instanties objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen toe, onder meer op de volgende wijze:*

- a) *zij bevorderen de voorspelbaarheid van de regelgeving door te zorgen voor een consistente aanpak in de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden” (...)*”

26. Naar Belgisch nationaal recht is de voorafgaandelijke voorwaarde om over een “up-to-date” marktanalyse te beschikken opgenomen in artikel 55, § 1, Wet dd. 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna “WEC »).

Artikel 55, § 1, WEC herneemt dezelfde termijnen zoals opgenomen in artikel 16.6 Richtlijn 2002/21/EG (“Kader”):

“§1. *Overeenkomstig § 4 voert het Instituut een analyse van de relevante markten, rekening houdend met de markten opgesteld in de Aanbeveling uit om te bepalen of zij daadwerkelijk concurrentieel zijn. Het houdt daarbij zoveel mogelijk rekening met de door de Europese Commissie gepubliceerde richtsnoeren. De informatie-uitwisseling nodig voor die analyse gebeurt overeenkomstig artikel 137, § 2.*

Het Instituut voert deze marktanalyse uit overeenkomstig de artikelen 140 tot 143/1 :

- a) *binnen drie jaar volgend op de aanneming van een voorafgaand besluit van het Instituut betreffende die markt. Die termijn kan evenwel uitzonderlijk worden verlengd met maximaal drie bijkomende jaren wanneer het Instituut aan de Europese Commissie een met redenen omkleed voorstel tot verlenging heeft gedaan en zij geen bezwaar heeft gemaakt in de maand die volgt op deze kennisgeving;*
- b) *binnen twee jaar volgend op de aanneming door de Europese Commissie van een herziene aanbeveling inzake relevante markten, voor markten die nog niet werden genotificeerd aan de Europese Commissie.*

Wanneer het Instituut zijn marktanalyse niet binnen de in het tweede lid vastgestelde termijn heeft uitgevoerd, kan het aan BEREK assistentie vragen om de analyse van de relevante markt af te werken en specifieke verplichtingen op te leggen. In dit geval raadpleegt het Instituut de Europese Commissie, BEREK en de nationale regelgevende instanties van de lidstaten binnen de zes maanden, conform artikel 141.”

Eenmaal het BIPT de analyse heeft uitgevoerd van een relevante markt kan het verscheidene verplichtingen opleggen aan operatoren met een sterke machtspositie op die relevante markt, overeenkomstig artikel 55, § 3, al. 1 WEC:

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

Een van deze verplichtingen betreft het toepassen van gereguleerde prijzen door het BIPT, overeenkomstig artikel 62 WEC.

27. Conform de rechtspraak van Uw Hof dienen de beslissingen van het BIPT die tot voorwerp hebben een markt te reguleren gegrond te zijn op een analyse uitgevoerd binnen de termijn zoals bepaald in artikel 16.6 Richtlijn 2002/21/EG (“Kader”) en in artikel 55, § 1, al. 1 WEC.

In haar arrest van 29 juni 2016 verduidelijkt het Hof als volgt dat:

“Hoewel de toepasselijke regelgeving niet voorziet in een in casu relevante uitzondering op de verplichting tot raadpleging van de Europese Commissie en de bestreden beslissing derhalve dien aangemeld te worden, moet bijkomend worden gewezen op art. 16.6 (a) van de Kaderrichtlijn, dat het volgende bepaalt :

Voor de in de leden 3 en 4 genoemde maatregelen gelden de procedures van de artikelen 6 en 7. De nationale regelgevende instanties voeren een analyse uit van de relevante markt en delen conform artikel 7 de corresponderende ontwerpmaatregel mee:

- a) binnen drie jaar na de aanneming van een eerdere maatregel met betrekking tot die markt. De termijn kan in uitzonderlijke gevallen echter met maximaal nog eens drie jaar worden verlengd wanneer de NRI daartoe bij de Commissie een gemotiveerd verzoek heeft ingediend en de Commissie binnen één maand geen bezwaar heeft gemaakt tegen de verlenging;
 - b) voor markten waarvoor nog niet eerder kennisgeving is gedaan bij de Commissie, binnen twee jaar na goedkeuring van een herziene aanbeveling inzake relevante markten of;
 - c) voor lidstaten die onlangs zijn toegetreden tot de Unie, binnen twee jaar na hun toetreding.
- (..)

Uit deze bepaling vloeit dus voort dat in het geval drie jaar of meer is verstreken sinds de vorige maatregel, de nationale regelgevende instanties een nieuwe marktanalyse dienen uit te voeren en hun ontwerpmaatregel dienen mee te delen aan de Europese Commissie.

Deze verplichting wordt bevestigd door de Europese Commissie. (...) De Commissie wijst het BIPT er echter dat er drieënhalf jaar verstreken zijn tussen de aanmelding van de oorspronkelijke maatregel bij de Commissie op 5 december 2006 en de goedkeuring van de niet-aangemelde correctivemaatregel. De technologie en de concurrentievoorwaarden kunnen snel en gevoelig evolueren over een periode van drie jaar. In toepassing van artikel 16, paragraaf 6, punt a) van de Kaderrichtlijn moeten de NRI's een analyse van de relevante markt uitvoeren en de ermee overeenstemmende ontwerpmaatregel aanmelden, conform artikel 7 van de voormelde richtlijn, binnen de drie jaar volgend op de goedkeuring van een eerdere maatregel betreffende deze markt.'

(...)

Het verstrijken van een tijdsperiode van meer dan drie jaar vereist dat de beslissing wordt voorgelegd aan de Europese Commissie en dat zij daaraan voorafgaand ook op afdoende wijze geactualiseerd wordt, rekening houdend met alle relevante gegevens inzake gewijzigde marktomstandigheden en technologische evoluties.¹⁸

Het Hof bepaalt ook dat de actualisering van de marktanalyse **een substantiele vormvereiste** uitmaakt die moet worden gerespecteerd op straffe van nietigheid van de beslissingen genomen in strijd met deze vormvereiste.

b. Toepassing op de huidige zaak

28. *In casu*, dient in herinnering gebracht te worden dat het bestreden besluit van 25 augustus 2016 voortgaat en zich baseert op de beslissing van 2 maart 2012 van de analyse van de markt 3.

Uw Hof zal vaststellen dat de ene beslissing meer dan drie jaar volgt op de andere.

De marktanalyse van 2 maart 2012 kan bijgevolg niet meer als geldig worden beschouwd.

Het BIPT heeft deze termijn van 3 jaar niet gerespecteerd, en de Europese Commissie heeft het BIPT hierop gewezen:

“De Commissie heeft het BIPT uitgenodigd om een nieuwe analyse te maken van de wholesalemarkt voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie en om deze zo spoedig mogelijk aan haar te notificeren.”¹⁹

¹⁸ Brussel, 18^{de} k., 29 juni 2016, A.R. 2015/AR/196, nr. 40 en 41.

¹⁹ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 27.

Hieruit volgt bovendien dat het besluit van 25 augustus 2016 evenmin als geldig kan worden beschouwd, aangezien dit besluit werd genomen in strijd met een fundamentele vormvereiste.

Het besluit van 25 augustus 2016 kan derhalve worden vernietigd op basis van dit eerste middel.

29. Dit eerste middel maakt een ernstig middel uit in de zin van artikel 2 § 4, Wet dd. 17 januari 2003 Wet 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.

Dit eerste middel laat de opschorting van de tenuitvoerlegging toe van het bestreden besluit van 25 augustus 2016.

Dit eerste middel laat eveneens toe deze beslissing te vernietigen.

30. De implicaties hiervan zijn cruciaal:

- het BIPT heeft nagelaten om te heronderzoeken wat de werkelijke marktstructuur is, en in het bijzonder of operatoren (inclusief de N.V. 3STARSNET) al dan niet een sterke machtspositie hebben op de relevante markt (en dus of de N.V. 3STARSNET al dan niet onderwerp dient te zijn van regelgeving op het gebied van gespreksafgifte), en
- het BIPT stelt in het bestreden Besluit onterecht dat het niet kan ingrijpen op de technische modaliteiten van de interconnectie²⁰.

Indien het BIPT de wettelijk bepaalde 3-jarige cyclus van marktanalyses zou hebben gerespecteerd, zou het:

- eventueel tot een andere conclusie zijn gekomen i.v.m. de machtsposities van operatoren, en
- vooral in staat zijn geweest om in te grijpen op de technische modaliteiten van de interconnectie. Het BIPT zou bijvoorbeeld een aanbod van IP-interconnectie hebben kunnen verplichten (in het bijzonder vanwege PROXIMUS, en desgevallend vanwege alle operatoren met een sterke machtspositie) vanaf een realistisch bepaalde datum, en de maximumtarieven voor wholesale gespreksafgifte daarmee effectief in verband hebben kunnen brengen.

2. GEBREK AAN RAADPLEGING VAN DE MEDEDINGINGSAUTORITEIT (ART. 55, §§ 3, 4 EN 4/1 EN ART. 62)

a. Herhaling van de beginselen

31. Artikel 55, § 3, WEC, bepaalt in algemene bewoordingen dat het BIPT, na de analyse van een relevante markt, maatregelen mag nemen beschreven in de artikelen 58 tot 65/1 WEC ten aanzien van operatoren met een sterke machtspositie.

“§ 3. *Wanneer het Instituut vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrentieel is, identificeert het overeenkomstig § 4 elke operator die op die markt afzonderlijk of*

²⁰ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 63 en 78.

gezamenlijk met één of meer andere operatoren over een sterke machtspositie beschikt, en beslist het tot de oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen als beschreven in de artikel en 58 tot 65/1, op die het gepast acht.

Een operator wordt geacht een sterke machtspositie op een relevante markt te hebben, wanneer hij, alleen of samen met anderen, een aan machtspositie gelijkwaardige positie bezit, dit wil zeggen een economische kracht die hem in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten of consumenten te gedragen.

(...)"

Artikel 62, § 1, WEC verduidelijkt meer in het bijzonder dat het BIPT een beslissing kan nemen inzake prijscontrole ten aanzien van deze operatoren met een sterke machtspositie éénmaal de marktanalyse werd uitgevoerd:

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

Artikel 62, § 1 WEC verwijst expliciet naar artikel 55, § 4/1 WEC dat het BIPT verplicht elke ontwerpbeslissing gestoeld op artikel 62, § 1 WEC ter kennis te brengen aan de Mededingingsautoriteit:

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

32. Uit de rechtspraak van Uw Hof volgt dat de vormvereiste van voorafgaandelijke kennisgeving van een beslissing van het BIPT aan de Mededingingsautoriteit een verplichte vormvereiste uitmaakt, waarvan de miskenning wordt gesanctioneerd met de nietigheid van de beslissing.

Deze vormvereiste dient bovendien te worden nageleefd voor elke beslissing, ongeacht de eerder genomen beslissingen van het BIPT.

In haar arrest van 29 juni 2016 preciseert Uw Hof inderdaad *mutatis mutandis* dat:

"29. **De wetgever heeft geen enkele uitzondering voorzien op de voorafgaande raadpleging van de Mededingingsautoriteit.**

(...)

31. *Op grond van art. 55, §§ 3 en 4 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie kan enkel worden besloten dat een nieuwe beslissing een nieuwe raadpleging van de Mededingingsautoriteit vereist, ongeacht de reden van de vernietiging en de inhoud het eerder verstrekte advies van de Mededingingsautoriteit. Evenmin komt het aan de regulator toe de opportuniteit van de raadpleging te beoordelen.*

32. **De raadpleging van de Mededingingsautoriteit betreft een substantiële vormvereiste, waarvan de schending de nietigheid van de akte tot gevolg heeft (zie: arrest van het**

*hof van 30 juni 2006 in de zaak gekend onder het rolnummer 2003/AR/2474, randnr. 53).*²¹

b. Toepassing op de huidige zaak

33. *In casu* volgt uit §§ 29 en volgende van het bestreden besluit van 25 augustus 2016 dat deze werd genomen op basis van de artikelen 55, §§ 3 en 4/1, en 62, §1 WEC.

Er heeft echter nooit een kennisgeving plaatsgevonden van dit besluit aan de Mededingingsautoriteit.

Voorts kan het feit dat het besluit van 2 maart 2012 daadwerkelijk ter kennis werd gebracht aan de Mededingingsautoriteit niet worden beschouwd als afdoende.

Aan de ene kant, zoals Uw Hof verduidelijkt in het voormelde arrest, bestaat er geen enkele uitzondering op de verplichting om de Mededingingsautoriteit te raadplegen. Elke nieuwe beslissing vereist de kennisgeving aan de Mededingingsautoriteit, ongeacht voorgaande beslissingen of adviezen van de Mededingingsautoriteit.

Aan de andere kant gaat het besluit van 2 maart 2012 meer dan 4 jaar vooraf aan het bestreden besluit van 25 augustus 2016. Rekening houdend met deze tijdsperiode kan het advies van de Mededingingsautoriteit niet langer actueel worden geacht.

34. Dit tweede middel betreft derhalve een ernstig middel, ten gevolge waarvan zowel de opschorting als de nietigheid van het bestreden besluit van 25 augustus 2016 gegrond zijn.

3. GEEN REKENING GEHOUDEN MET DE OPMERKINGEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE (ART. 141, § 1, 3°, EN 141, § 2 WEC – ART. 7.3. EN 7.7. RICHTL. 2002/21 “KADER”)

a. Herhaling van de beginselen

35. Het opleggen van de verplichting inzake prijscontrole vloeit voort uit het recht van de EU, en meer bepaald uit de artikelen 8.2. en 13 van Richtlijn 2002/19/EG (“toegang”).

Artikel 7.3 van Richtlijn 2002/21/EG (“kader”) bepaalt dat elke beslissing genomen op basis van artikel 8 van Richtlijn 2002/19/EG (“toegang”) – bijgevolg met inbegrip van de beslissingen inzake prijscontrole – voorwerp dient uit te maken van een kennisgeving aan de Europese Commissie en aan de andere regelgevende instanties:

“Indien de nationale regelgevende instantie, naast de raadpleging als bedoeld in artikel 6, voornemens is een maatregel te nemen die:

- a) valt onder de artikelen 15 of 16 van de onderhavige richtlijn, de artikelen 5 of 8 van Richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn) of artikel 16 van Richtlijn 2002/22/EG (universelemediarichtlijn); en*
- b) van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten,*

stelt zij de Commissie en de nationale regelgevende instanties in de andere lidstaten in kennis van de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel, overeenkomstig artikel 5, lid

²¹ Brussel, 18ste kam., 29 juni 2016, A.R. 2015/AR/196, nr. 29 en volg.

3, en stelt zij de Commissie en de andere nationale regelgevende autoriteiten daarvan in kennis. Nationale regelgevende instanties en Commissie kunnen de betrokken nationale regelgevende instantie hun opmerkingen meedelen binnen maximaal één maand of binnen de in artikel 6 genoemde termijn indien deze langer is. De periode van één maand kan niet worden verlengd.”

Artikel 7.7 van Richtlijn 2002/21/EG (“kader”) verduidelijkt bovendien dat:

“De betrokken nationale regelgevende instantie houdt zoveel mogelijk rekening met opmerkingen van andere nationale regelgevende instanties, BEREC en de Commissie en kan, uitgezonderd in de in de leden 4 en 5, onder a), genoemde gevallen, de uiteindelijke ontwerpmaatregel goedkeuren en, in voorkomend geval, aan de Commissie meedelen.”

36. De artikelen 7.3 en 7.7 van Richtlijn 2002/21/EG (“kader”) zijn omgezet in Belgisch recht door middel van artikel 141 WEC.

Artikel 141 WEC voorziet ook in de voorafgaandelijke raadpleging van de Europese Commissie:

“§ 1. **Voorzover een ontwerpbeslissing van het Instituut invloed kan hebben op de handel tussen de lidstaten en erop gericht is :**

(...)

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

(...)

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

§ 3. **Wanneer overeenkomstig artikel 143, § 2 of artikel 143/1, § 4, de ontwerpbeslissing is gewijzigd, start het Instituut een openbare raadpleging overeenkomstig artikel 140 en stelt het opnieuw de Europese Commissie in kennis van het gewijzigde ontwerp overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 1.**

§ 4. **De definitieve beslissingen, waarvan de ontwerpen bedoeld worden in paragraaf 1, worden ter kennis gebracht van de Europese Commissie en van BEREC.”**

37. Ingevolge het voormelde arrest van 29 juni 2016 is de vormvereiste van voorafgaande kennisgeving van een beslissing van het BIPT aan de Europese Commissie eveneens een verplichte vormvereiste, waarvan de niet-naleving wordt gesanctioneerd met de nietigheid van de beslissing van het BIPT.

In het voormelde arrest oordeelde Uw Hof als volgt:

“40. De aanmelding bij de Europese Commissie betreft een substantieel vormvoorschrift waarvan de naleving moet gezien worden in het kader van de doelstellingen die worden geformuleerd in de Kaderrichtlijn en de Toegangsrichtlijn, meer bepaald 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 een duurzame mededinging, interoperabiliteit van elektronische communicatiediensten en voordelen voor de consument.

Aangezien naar Belgisch bestuursrecht de schending van een substantiële vormvereiste vervat in een regel van national recht, de nietigheid tot gevolg heeft, behoort de sanctie dezelfde te zijn wegens schending van een communautaire substantiële formaliteit (zie :

*arrest van het hof van 30 juni 2006 in de zaak onder het rolnummer 2003/AR/2474, randnr. 53.*²²

Hoewel dit arrest niet de vraag nagaat met betrekking tot de inachtnaam van het BIPT van de door de Europese Commissie geformuleerde opmerkingen, volgt hieruit desalniettemin dat dit arrest het essentieel karakter benadrukt van de uitwisselingen tussen het BIPT en de Europese Commissie.

Het BIPT moet inderdaad **“zeer zorgvuldig”** rekening houden met de opmerkingen van de Europese Commissie. Dit volgt uit artikel 3quater van Richtlijn 2002/21/EG (“kader”).

“De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de aanneming van hun beslissingen voor hun nationale markten zeer zorgvuldig rekening houden met door BEREK gegeven adviezen en gemeenschappelijk standpunten.”

Dit wordt overigens ook in herinnering gebracht door de overwegingen 28 en 37 van Richtlijn 2002/21/EG (“kader”). Overweging 28 brengt zodoende in herinnering dat de NRI – zorgvuldig – rekening dient te houden met de richtsnoeren van de Commissie:

“Wanneer de nationale regelgevende instanties bepalen of een onderneming een aanmerkelijke marktmacht heeft op een specifieke markt, dienen zij te handelen overeenkomstig de Gemeenschapswetgeving en de richtsnoeren van de Commissie zorgvuldig in acht te nemen.”

Overweging 37 luidt als volgt:

“Nationale regelgevende instanties werken op transparante wijze met elkaar en met de Commissie samen om te zorgen voor de consequente toepassing in alle lidstaten van de bepalingen van deze richtlijn en van de bijzondere richtlijnen.”

Het in acht nemen van de opmerkingen van de Commissie maakt meer en meer een essentiële vereiste uit, waardoor de Europese Commissie wordt aanzien als de garant voor de correcte en coherente toepassing van Europees recht door de Lidstaten en hun autoriteiten zoals de NRI's.

b. Toepassing op de huidige zaak

38. *In casu*, volstaat het in herinnering te brengen dat het bestreden besluit van 25 augustus 2016 het vervolg uitmaakt van het besluit van 2 maart 2012.

In dit besluit van 2 maart 2012 oordeelde het BIPT noodzakelijk om de Europese Commissie te raadplegen, in toepassing van artikel 7.3. van Richtlijn 2002/21/EG (“kader”) en van artikel 141 WEC²³. Door dusdanig te handelen beschouwde en erkende het BIPT dat de verschillende maatregelen met betrekking tot markt 3, waarvan sprake in onderhavig geding, maatregelen zijn die de handel tussen de Lidstaten van de Europese Unie kunnen beïnvloeden.

Het opleggen van maatregelen inzake prijscontrole voor deze markt 3, door middel van het bestreden besluit van 25 augustus 2016 betreft bijgevolg evenzeer een maatregel die de handel tussen de Lidstaten van de Europese Unie kan beïnvloeden.

Daarom heeft het BIPT de ontwerpbeslissing inderdaad ter kennis gegeven aan de Europese Commissie op 18 juli 2016²⁴.

²² Brussel, 18ste kam., 29 juni 2016, A.R. 2015/AR/196, nr. 40.

²³ Besluit dd. 2 maart 2012, §§ 94 - 97.

²⁴ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 26.

39. Het antwoord van de Commissie van 15 juli 2016 herhaalt uitdrukkelijk het grote belang dat wordt gehecht aan het uitvoeren van marktanalyses op regelmatige basis:

“The Commission notes that the notified draft measure concerns only the specification of the price control obligation imposed on the operators found with significant market power in the 2012 market analysis. Pursuant to Article 16(1) a) of the Framework Directive, NRAs shall carry out an analysis of a relevant market within three years from the adoption of a previous measure relating to that market. Exceptionally, that period may be extended for up to three additional years, where the national regulatory authority has notified a reasoned proposed extension to the Commission and the Commission has not objected within one month of the notified extension. The Commission has not been notified of a reasoned proposed extension within the three years from the adoption of the previous measure on the wholesale call termination on individual public telephone networks provided at a fixed location in Belgium.

The Commission notes that IBPT plans to review its market analysis in the course of 2017, which implies that the relevant market review would be delayed by a minimum of two years. The Commission would like to recall in this respect that the failure by a national regulatory authority to analyse a market at regular intervals may affect competition and reduce legal certainty for economic operators as to regulatory conditions. Against this background, the Commission urges IBPT to carry out a new market analysis and notify it under Article 7 as soon as possible in order to comply with the requirements under Article 16(1) a) of the Framework Directive.”²⁵

40. Het BIPT heeft niettemin beslist om zich te distantiëren van de opmerkingen van de Commissie.

In de punten 27 en 28 van het bestreden besluit oordeelt het BIPT inderdaad dat:

- “27. De Commissie heeft het BIPT uitgenodigd om een nieuwe analyse te maken van de wholesalemarkt voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie en om deze zo spoedig mogelijk aan haar te notificeren.
28. De Commissie vindt overigens dat een enig gespreksafgiftetarief dat gebaseerd is op de kosten die worden gedragen door een hypothetische efficiënte operator voldoet aan de bepalingen van het regelgevingskader alsook aan deze van de Aanbeveling over de gespreksafgiftetarieven, en vraagt het BIPT om zijn definitieve maatregel dienovereenkomstig te wijzigen, namelijk door het nationale gespreksafgiftetarief in overeenstemming te brengen met de lokale en regionale gespreksafgiftetarieven vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe tarieven.”

Zoals hierboven verduidelijkt heeft het BIPT besloten geen nieuwe marktanalyse uit te voeren, ondanks het expliciete verzoek van de Commissie. Het BIPT achtte het mogelijk om reeds een definitieve maatregel te bepalen, niettegenstaande dit verzoek.

Bovendien, in tegenstelling tot wat het BIPT schrijft, heeft de Commissie niet gevraagd (“asks”) aan het BIPT maar met aandrang verzocht (“urges”) om een nieuwe marktanalyse uit te voeren.

41. Bovendien legt het BIPT in het bestreden besluit niet uit waarom het nodig werd geacht afstand te doen van dit verzoek van de Commissie. Ze legt evenmin de reden uit waardoor het niet “mogelijk” zou zijn om de opmerking van de Europese Commissie te volgen. Het bestreden besluit van 25 augustus 2016 is geenszins gemotiveerd op deze punten.

Door zodoende te handelen lijkt het BIPT niet **“zeer zorgvuldig”** gehandeld te hebben door het verzoek van de Europese Commissie ongemotiveerd naast zich neer te leggen.

Het besluit van 25 augustus 2016 maakt bijgevolg inbreuk op artikel 141, § 2, WEC *juncto* artikel 7.7. van Richtlijn 2002/21/EG.

²⁵ https://circabc.europa.eu/sd/a/489cea7b-87d4-4575-8c87-80b50a6f0484/BE-2016-1875%20Adopted_publication_EN.pdf.

42. Het derde middel betreft derhalve een ernstig middel ten gevolge waarvan zowel de opschorting als de nietigheid van het bestreden besluit van 25 augustus 2016 gegrond zijn.

4. GEBREK AAN TRANSPARENTIE - SCHENDING VAN ARTIKEL 6 VAN RICHTLIJN 2002/21/EG (“KADER”) -

a. Herhaling van de beginselen

43. Artikel 6, al. 1 en 2, van Richtlijn 2002/21/EG (“kader”) bepaalt :

“Raadpleging en transparentie

Behalve in gevallen die vallen onder artikel 7, lid 9, artikel 20 of artikel 21, zorgen de lidstaten ervoor dat, wanneer de nationale regelgevende instanties voornemens zijn krachtens deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen maatregelen te nemen, dan wel wanneer zij voornemens zijn krachtens artikel 9, leden 3 en 4, beperkingen vast te stellen die een belangrijke impact op de betrokken markt hebben, de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen.

De nationale regelgevende instanties publiceren hun nationale raadplegingsprocedures.”

44. Naar Belgisch recht wordt deze bepaling aangevuld met de artikelen 139 en 140 WEC en met het artikel 14, § 2, 1°, Wet met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.

De artikelen 139 en 140 voorzien in voorafgaande consultatieprocedures ten aanzien van maatregelen genomen op basis van de artikelen 55 tot 68 WEC. Artikel 139 verwijst expliciet naar artikel 14, § 2, 1°, Wet met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, dat bepaalt:

“In het kader van zijn bevoegdheden:

- 1° *kan het Instituut op een niet discriminerende wijze alle onderzoeken en openbare raadplegingen organiseren ; het moet dergelijke openbare raadplegingen organiseren zodat het rekening houdt met de standpunten van de eindgebruikers, consumenten (met inbegrip van met name consumenten met een handicap), fabrikanten en ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbieden over aangelegenheden die verband houden met alle eindgebruikers- en consumentenrechten met betrekking tot openbare elektronische-communicatiediensten, met name wanneer zij een belangrijke invloed hebben op de markt; deze raadplegingen waarborgen dat bij de besluitvorming van het Instituut inzake vraagstukken die verband houden met de rechten van eindgebruikers en consumenten wat openbare elektronische-communicatiediensten betreft het op passende wijze rekening houdt met de belangen van de consumenten op het gebied van elektronische communicatie.”*

45. Deze bepalingen dienen in samenhang te worden gelezen met artikel 32 van de Grondwet, dat bepaalt :

“Ieder heeft het recht elk bestuursdocument te raadplegen en er een afschrift van te krijgen, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald door de wet, het decreet of de regel bedoeld in artikel 134.”

Volgens het Grondwettelijk Hof is het recht om elk bestuursdocument te raadplegen een grondrecht waarvan beperkingen enkel strikt kunnen worden geïnterpreteerd:

“Door te bepalen, in artikel 32 van de Grondwet, dat elk bestuursdocument – begrip dat volgens de Grondwetgever zeer ruim moet worden geïnterpreteerd - in de regel openbaar is, heeft de Grondwetgever het recht op openbaarheid van de bestuursdocumenten ingeschreven als een grondrecht. Uitzonderingen op het beginsel van de openbaarheid van de bestuursdocumenten zijn

slechts mogelijk onder de voorwaarden vastgesteld door de wet, het decreet of de ordonnantie. Zij moeten worden verantwoord en moeten beperkend worden geïnterpreteerd (Parl. St., Senaat, 1991-1992, nr. 100-49/2°, p. 9).²⁶

46. Het geheel van voormelde bepalingen geeft de operatoren de mogelijkheid om, in verschillende stadia, hun standpunt te laten gelden omtrent de maatregelen die het BIPT in hun hoofde zou kunnen nemen, ten einde de markt te reglementeren waarin zij opereren.

In dit kader is het essentieel dat de operatoren beschikken over alle nuttige informatie. Bij gebreke hieraan heeft een consultatie geen enkele zin, gezien het advies van de operatoren alleen maar onvolledig kan zijn.

b. Toepassing op de huidige zaak

47. Het bestreden Besluit van het BIPT, en het consultatietraject dat eraan is voorafgegaan, toont aan dat het kostenmodel dat het BIPT hanteert niet (of tenminste niet na 2011/2012) ter beschikking is gesteld van de betrokken partijen.

Dit blijkt duidelijk uit paragrafen 196 (Orange) en 205 (Platform) van het bestreden Besluit van het BIPT, die elk het BIPT op dit specifieke punt bekritisieren.

“196. Orange merkt op dat het feit van niet over uitvoerige informatie te beschikken over het kostenmodel het verhindert om uitvoerige informatie te verschaffen en de juistheid van het model en van zijn hypothesen te beoordelen. Orange nodigt het BIPT uit om rekening te houden met de kostenelementen van andere operatoren die over een groot spraaknetwerk op een eigen infrastructuur beschikken (en niet alleen PROXIMUS) om de kosten van een efficiënte operator te bepalen.

(...)

205. Het Platform kan geen elementen aanreiken wat betreft de variabilisatie van de kosten van sommige activa, omdat de operatoren niet over het kostenmodel beschikken. Het is duidelijk dat de nieuwe voorgestelde tarieven in de lijn liggen van de Europese benchmark.”

48. Het gebrek aan volledige, transparante informatie over het kostenmodel stelt operatoren in de onmogelijkheid om hun standpunt op betekenisvolle wijze te delen.

De verplichte consultatie, voorzien in de voormelde bepalingen, is derhalve zonder voorwerp.

Deze situatie betreft een ernstige nalatigheid en maakt de procedure aan tot het aannemen van het Besluit van 25 augustus 2016 ongeldig.

49. Dit vierde middel betreft derhalve een ernstig middel ten gevolge waarvan zowel de opschorting als de nietigheid van het bestreden besluit van 25 augustus 2016 gegrond zijn.

²⁶ GwH 15 september 2004, nr. 150/2004, , *Amén*. 2005, afl. 2, 129, noot [HACHEZ, I](#); *A.P.M.* 2004, afl. 8, 179; *Arr. C.A.* 2004, afl. 4, 1691; <http://www.const-court.be> (22 september 2004); *B.S.* 19 oktober 2004.

B.1.2. “ERNSTIGE MIDDELEN” - SCHENDING VAN ARTIKEL 8 VAN RICHTLIJN 2002/21/EG (“KADER”) – SCHENDING VAN DE BEGINSLEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

1. GEBREK AAN EFFECTIEVE CONCURRENTIE (ART. 8.2., B), EN 8.5 RICHTLIJN 2002/21/EG (“KADER”))

a. Herhaling van de toepasselijke beginselen

50. Artikel 8.2 van Richtlijn 2002/21/EG (“Kader”) bepaalt dat:

“2. *De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:*

(...)

b) *zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is, met inbegrip van de doorgifte van inhoud;”*

Dit artikel wordt aangevuld door artikel 8.5, c) van voormelde richtlijn:

“5. *Bij het nastreven van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde beleidsdoelstellingen passen de nationale regelgevende instanties objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen toe, onder meer op de volgende wijze:*

(...)

c) *zij beschermen de concurrentie in het belang van de consument, en bevorderen waar nodig een op infrastructuur gebaseerde concurrentie;”*

51. In Belgisch nationaal recht is de inhoud van deze bepalingen omgezet in artikel 8/1, §1, c) WEC:

“§ 1. *Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet op het Instituut rusten, ziet het Instituut erop toe dat objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen worden toegepast, onder meer op de volgende wijze :*

(...)

c) *het beschermt de concurrentie in het belang van de consument, en bevordert waar nodig een op infrastructuur gebaseerde concurrentie;”*

b. Toepassing op de huidige zaak

52. Zoals het BIPT zelf aanduidt in paragraaf 36 van het bestreden Besluit van het BIPT, moet de regulator rekening houden met de door het regelgevingskader beoogde doelstellingen, met name met betrekking tot de concurrentie in het belang van de consument (inclusief zakelijke consumenten).

Het bestreden Besluit van het BIPT faalt op dit cruciale criterium om drie redenen :

- Het bestreden Besluit dd. 25 augustus 2016 bedreigt direct het voortbestaan van kleine operatoren zoals N.V. 3STARSNET, die precies de operatoren zijn die de goedkoopste tarieven aan eindgebruikers aanbieden (b.1.).
- Het Besluit van 25 augustus 2016 maakt de intrede op de markt van nieuwe operatoren moeilijk, zo niet onmogelijk (b.2.).
- Het Besluit van 25 augustus 2016 bedreigt indirect de markt van de communicatiediensten met toegevoegde waarde ("VAS") (b.3.).

b.1. Bedreiging voor de alternatieve operatoren

53. In het Besluit van 25 augustus 2016 heeft het BIPT het maximum minuuttarief drastisch verminderd tot 0,00092 € (of 0,092 €c) door zich te stelen op verschillende parameters.

Dit nieuwe, verlaagde maximum minuuttarief werd, onder andere, bepaald door rekening te houden met de overgang van de bestaande interconnectie-architectuur – TDM – naar de toekomstige interconnectie-architectuur – IP. In het Besluit van 25 augustus 2016 verduidelijkt het BIPT dat deze overgang zal doorgevoerd worden in 2018²⁷.

Dit nieuwe maximum minuuttarief is bovendien bepaald door zich te baseren op de situatie van PROXIMUS²⁸, die over een marktaandeel beschikt van 70 tot 80 % van de markt voor zakelijke spraaktelefonie (uitgedrukt in minuten).

Daarnaast merken we op dat het nieuwe maximum minuuttarief, opgelegd door het BIPT, een zekere bedreiging vormt voor het voortbestaan van operatoren waarvan de situatie grondig verschilt van deze van PROXIMUS, namelijk operatoren die, zoals N.V. 3STARSNET, slechts over +/- 1 % beschikken van de markt voor zakelijke spraaktelefonie (uitgedrukt in minuten), en op de markt groeien.

Het door het BIPT opgelegde en drastisch gewijzigde maximum minuuttarief is niet in overeenstemming met de werkelijke kosten (kapitaalinvesteringen en recurrente operationele kosten) die de N.V. 3STARSNET (en andere kleine groeiende operatoren) in de praktijk moeten dragen om op de markt te kunnen opereren.

- In verhouding met de inkomsten uit vaste interconnectie moeten de kleinste operatoren meer recurrente kosten dragen (personeel, onderhoud van infrastructuur, enz.) dan de machtigste operator, meer bepaald PROXIMUS, om aanwezig te blijven om de markt van de vaste interconnectie, en op de markt voor spraaktelefonie.
- Daarentegen zijn de kleinste operatoren in de praktijk verplicht om zich aan te sluiten op de architectuur van PROXIMUS, aangezien de overgrote meerderheid van hun inkomend interconnectieverkeer afkomstig is van PROXIMUS (klanten van PROXIMUS die telefoneren naar de klanten van de andere operatoren). Deze operatoren moeten de bestaande situatie ondergaan en moeten meer bepaald de TDM architectuur behouden zolang PROXIMUS niet effectief is overgeschakeld naar een IP architectuur. Hieruit vloeit voort dat de kleinste operatoren verplicht zijn en zullen zijn om eveneens de recurrente kosten verbonden aan het behoud van de TDM architectuur te dragen tot aan de overgang naar de IP architectuur.

²⁷ Besluit dd. 25 augustus 2016, §§ 57-59, 71 en 168.

²⁸ Besluit dd. 25 augustus 2016, Bijlage B, punt 1.1.1.

- Ten slotte moeten de kleinste operatoren die verplicht zijn zich aan te sluiten op de architectuur van PROXIMUS noodzakelijke investeringen doen om de overgang naar de IP architectuur te verwezenlijken, alsook minstens tot en met 2018-2019 het behoud van de TDM architectuur bekostigen.

Er is derhalve een onevenwicht in het geheel van deze kosten, gelet op de teruggeschroefde inkomsten uit het vaste interconnectieverkeer door het Besluit van 25 augustus 2016.

Het drastisch gewijzigde maximum minuuttarief maakt het *a priori* onmogelijk voor N.V. 3STARSNET (en andere kleine groeiende operatoren) om op de markt te kunnen blijven bestaan en/of groeien.

Het verdwijnen van de kleinste operatoren versterkt de positie van de operator of van de enkele operatoren die in de markt blijven. Deze verdwijning vermindert de concurrentie tussen operatoren en is, uiteindelijk, nadelig voor de eindgebruiker.

54. Wat meer in het bijzonder N.V. 3STARSNET betreft is een schatting gemaakt van de kosten voor het behoud van de TDM technologie en de overstap naar de IP technologie:

Behoud en uitbreiding van de TDM technologie (in €) in verhouding met de groei:

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

Overstap en behoud van de IP technologie (in €):

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

55. Anderzijds heeft N.V. 3STARSNET de firma DETECON CONSULTING gevraagd om de kosten van N.V. 3STARSNET te bepalen volgens de methoden FDC en BU-LRIC, deze laatste zijnde de aangeraden methodologie door de Aanbeveling van 7 mei 2009.

DETECON CONSULTING onderlijnt dat :

“The carried out costing exercises demonstrates that the proposed pure LRIC FTR (0,0009 €/minute) based on a bottom-up LRIC modelling approach, calculated for an hypothetical efficient operator, is not appropriate and do not reflect the cost structure of 3STARSNET, even considering network related costs only.

The application of the proposed pure LRIC FTR (0,0009 € / minute) will not allow 3STARSNET to cover operational costs as well as future investments.

Therefore we consider the proposed pure LRIC FTR by BIPT harmful for fair competition in the telecommunications market in Belgium”

Vrije vertaling :

“De uitgevoerde kostensoefening toont aan dat de voorgestelde zuivere LRIC FTR (0,0009 €/minuut) gebaseerd op een bottom-up LRIC model, berekend voor een hypothetisch efficiënte operator, niet geschikt is en niet de kostenstructuur van 3STARSNET weerspiegelt, zelfs met betrekking tot netwerkgerelateerde kosten alleen.

De toepassing van de voorgestelde zuivere LRIC FTR (0,0009 €/minuut zal 3STARSNET niet toelaten om operationele kosten alsook toekomstige investeringen te dekken.

Dientengevolge beschouwen wij het voorgestelde zuivere LRIC FTR door BIPT schadelijk voor eerlijke mededinging in de telecommunicatiemarkt in België.

56. Ten slotte is de negatieve impact van het Besluit van 25 augustus 2016 versterkt door het feit dat het BIPT geen verplichting noch precieze timing heeft willen opleggen voor de overgang naar de IP architectuur.

Deze vraag is nochtans ondubbelzinning opgeworpen door CODITEL en DESTINY.

CODITEL merkt op:

“181. Coditel vindt dat Proximus vanaf 1 januari 2016 een IP-interconnectieaanbod zou moeten doen om een tijdelijke inefficiëntie te voorkomen die zich zou voordoen indien de invoering van een IP-interconnectie zou plaatsvinden in een tweede fase na de migratie van het TDM-netwerk.

182. Proximus zou ook vanaf 1 januari 2016 de routing van de gesprekken naar zijn IPabonnees mogelijk moeten maken (voornamelijk abonnees van de DSL-aanbiedingen) via een IP-interconnectie tegen de tarieven voor vast-gespreksafgifte zoals die door het BIPT worden bepaald.”

DESTINY stelt vast:

“191. Bovendien vraagt Destiny al lange tijd dat Proximus een IP-interconnectie zou opzetten. Door het feit dat Proximus een dergelijke interconnectie dus pas in 2018 zal invoeren, is Destiny dan ook verplicht om in SS7-apparatuur te investeren.”²⁹

Het BIPT beweert dat het in het bestreden Besluit van het BIPT niet bij machte is om IP-interconnectie op te leggen (aan Proximus en/of aan andere/alle operatoren met een sterke machtspositie) :

“63. In zijn reactie op de raadpleging stelt een alternatieve operator dat Proximus een IPinterconnectieaanbod zou moeten voorstellen. Het BIPT verduidelijkt dat dit besluit tot doel heeft de afgiftetarieven te bepalen. Nieuwe interconnectieverplichtingen vastleggen zoals de IP-interconnectie overstijgt het kader van dit besluit dat het van kracht zijnde marktanalysebesluit tot uitvoer brengt.”

N.V. 3STARSNET vraagt aan het Hof van Beroep om deze bewering te verifiëren.

Het Besluit van 2 maart 2012, waarvan het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 het gevolg is, liet het BIPT inderdaad toe om precieze interconnectie verplichtingen op te leggen aan de verschillende operatoren, hetzij PROXIMUS, hetzij andere operatoren³⁰. Het BIPT kon bovendien beroep doen op artikel 61, § 1, WEC, dat haar de macht gaf om interconnectieverplichtingen op te leggen aan verschillende operatoren op een bepaalde markt.

In de huidige situatie lijkt het duidelijk dat het verplicht stellen van IP-interconnectie aan PROXIMUS een concurrentiebevorderende maatregel zou zijn, die uiteindelijk in het belang is van de consument (inclusief de zakelijke consument).

Door zich te onthouden zulks te doen creëert het BIPT een situatie strijdig met het belang van de consument, en uiteindelijk een incoherente situatie : de operatoren moeten interconnectietarieven

²⁹ « SS7-apparatuur » zijn andere termen voor « TDM-apparatuur ».

³⁰ Besluit dd. 2 maart 2012, punt 6.4., §§ 248 en volg.

toepassen bepaald op basis van een IP-architectuur die nog niet beschikbaar is bij PROXIMUS, en groeiende operatoren moeten investeren en kosten maken in de TDM-architectuur die binnenkort wordt uitgefaseerd door PROXIMUS.

57. N.V. 3STARSNET verduidelijkt hieromtrent dat, in een gelijkaardige situatie, de Europese Commissie ANACOM, de Portugese toezichthouder, heeft berispt een interconnectietarief FTR bepaald te hebben zonder de machtige operatoren op de interconnectie-markt een verplichting op te leggen een IP-interconnectie te voorzien.

In haar Beslissing van 12 augustus 2013, gericht aan ANACOM brengt de Commissie in herinnering:

“ANACOM does not intend to impose an access obligation on SMP operators with regard to IP interconnection on SMP (which is part of the market defined), explaining that such an access obligation is not yet necessary. As there are still several operators that rely on traditional interconnection and are currently migrating towards an IP interconnection network, ANACOM considers that there is a need for a proper environment allowing for this migration to happen. Therefore it proposes to apply an additional obligation on PTC, requiring the submission of a technical offer for IP access and interconnection within a period of 12 months after the implementation of the currently proposed decision, after which ANACOM will assess the need to impose further obligations.”

De Commissie vervolgt door te verduidelijken dat het gebrek aan precieze timing en aan de verplichting om een IP interconnectie te voorzien een **beperking van de mededinging** uitmaakt:

*“While recognising that terminating operators in general have an economic interest to interconnect, **the Commission is of the view that, in the absence of an explicitly imposed access obligation, even a general interconnection obligation that might arise from the Portuguese legislation would not allow for a swift resolution of eventual access problems compared to a more specific access obligation imposed as a result of a market analysis.***

(...)

*In any event, as no non-discrimination obligation is imposed on the alternative operators, the Commission is very concerned by the fact that there is no safeguard in place which would prevent SMP operators to apply different terms and conditions on interconnecting operators. **As a result, the Commission is of the view that the lack of an access obligation for IP interconnection is neither technologically neutral, as provided in Article 8(1) of the Framework Directive, nor conducive to ensuring that there is no distortion or restriction of competition in wholesale markets for voice call termination at fixed location, as is required under Article 8(2) (b) of the Framework Directive.***

(...)

In the light of the above, at this stage, the Commission takes the view that different treatment of operators, which de facto results from the different stages of their very network developments, whereas all have monopoly in their respective termination market characterised by the same competition problems infringes Article 8(4) of the Access Directive in conjunction with Articles 8 and 16(4) of the Framework Directive. Consequently, the draft measure does not appear to be compatible with EU law ”

Vrije vertaling :

*“Hoewel het erkend wordt dat terminating operatoren over het algemeen een economisch belang hebben om met elkaar te interconnecteren, is **de Commissie van mening dat, bij gebreke aan een expliciet opgelegde toegangsverplichting, zelfs een algemeen opgelegde interconnectieverplichting die zou kunnen voortvloeien uit de Portugese wetgeving een***

snelle oplossing van eventuele toegangsproblemen niet mogelijk zou maken in vergelijking met een meer specifieke toegangsverplichting opgelegd ten gevolge van een marktanalyse.

(...)

*In ieder geval, aangezien geen non-discriminatie verplichting is opgelegd aan de alternatieve operatoren, is de Commissie zeer bezorgd over het feit dat er geen waarborg bestaat dewelke de SMP operatoren zou verhinderen verschillende basisvoorwaarden toe te passen op interconnectie-operatoren. **Bijgevolg is de Commissie van oordeel dat het gebrek aan een toegangsverplichting voor IP interconnectie noch technologisch neutraal is, zoals voorzien door artikel 8(1) van de Kaderrichtlijn, noch bevorderlijk om te garanderen dat er geen verhindering of beperking van mededinging in de groothandelsmarkten van gespreksafgifte op vaste locatie, zoals vereist onder artikel 8(2) (b) van de Kaderrichtlijn.***

(...)

In het licht van het bovenstaande, in dit stadium, oordeelt de Commissie dat de verschillende behandeling van operatoren, dewelke de facto volgt uit de verschillende fases van hun eigen netwerkontwikkelingen, terwijl allen beschikken over een monopolie in hun onderscheiden gespreksafgiftemarkten gekenmerkt door dezelfde mededingingsrechtelijke problemen, een inbreuk uitmaakt op artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn jo. artikel 8 en 16(4) van de Kaderrichtlijn. Bijgevolg is de ontwerpmaatregel niet in overeenstemming met EU recht.”

b.2. Toegangsbelemmering voor nieuwe operatoren

58. De feitelijke elementen omschreven onder het vorige punt resulteren eveneens in een toegangsbelemmering voor nieuwe operatoren.

Indien het Besluit van 25 augustus 2016 in werking treedt zullen de nieuwe operatoren zowel de verlaagde interconnectietarieven van 0,0092 € per minuut als de recurrente en niet recurrente interconnectiekosten van TDM technologie moeten dragen. Deze laatste kosten kunnen hetzij noodzakelijke investeringen zijn om de overgang van de TDM architectuur naar de IP architectuur te verzekeren tot en met 2018-2019, hetzij de transitkosten die de reeds geïnterconnecteerde operatoren hen kunnen opleggen.

Rekening houdend met de situatie van PROXIMUS, zullen deze kosten worden verdubbeld, vandaar dat een nieuwe operator, in zijn lanceringsperiode, een TDM-architectuur zal moeten uitrollen vooraleer de overgang naar de IP-architectuur volledig wordt verwezenlijkt door PROXIMUS.

Deze situatie ontraadt de toegang van nieuwe operatoren en versterkt de positie van de operator of van enkele operatoren die in de markt blijven. Het bemoeilijken van toetreding tot de markt vermindert de concurrentie tussen operatoren en is, uiteindelijk, nefast voor de werking van de interne markt en voor de eindgebruiker.

In de voormelde Beslissing van de Europese Commissie van 12 augustus 2013 met betrekking tot ANACOM, had de Commissie gewezen op het gevaar voor nieuwkomers om interconnectietarieven FTR te bepalen zonder tegelijkertijd te voorzien in interconnectieverplichtingen:

“The Commission notes that, normally, terminating operators (in the fixed networks), independently of their size or retail market shares have monopoly positions in their respective wholesale markets for voice call termination. In this particular case ANACOM also concluded that all operators providing termination services at a fixed location have SMP, i.e. they are in position to act independently of their competitors and customers. Therefore, they are also in a position to refuse access to certain operators (e.g. new entrants, including those established in other Member States)

forcing them to interconnect indirectly and thereby bearing additional costs resulting from the need to buy transit services.

The Commission, as a consequence, believes that different regulation of voice call termination in fixed networks (where competitive conditions and competition problems are the same) may increase the costs for the provision of fixed services and lower the ability of other operators and service providers (including those established in other Member States) to provide electronic communication services in Portugal.

In the light of the above, at this stage, the Commission takes the view that notified regulatory measure would create a barrier within the single market.”

Vrije vertaling :

“De Commissie merkt op dat, normaal gezien, terminating operatoren (in vaste netwerken), onafhankelijk van hun grootte of kleinhandelsmarktaandeel monopolieposities hebben in hun respectievelijke groothandelsmarkten voor gespreksafgifte. In deze welbepaalde zaak besloot ANACOM ook dat alle operatoren die afgiftdiensten voorzien op een vaste locatie SMP hebben, i.e. ze zijn in een positie om onafhankelijk van hun concurrenten en klanten te handelen. Daarom staan ze ook in een positie om bepaalde operatoren toegang te weigeren (bv. nieuwkomers, met inbegrip van deze gevestigd in andere Lidstaten) hen te dwingen om indirect te interconnecteren en daarbij bijkomende kosten dragen volgend uit de noodzaak om transitdiensten te kopen.

De Commissie, bijgevolg, gelooft dat verschillende regelgeving van gespreksafgifte in vaste netwerken (waar concurrentievoorwaarden en concurrentieproblemen gelijk zijn) de kosten kunnen doen toenemen voor de voorziening van vaste diensten en verminderen de mogelijkheid van andere operatoren en dienstverleners (met inbegrip van deze gevestigd in een andere Lidstaten) om elektronische communicatiediensten aan te bieden in Portugal.

In het licht van het bovenstaande, in dit stadium, is de Commissie van oordeel dat de aangegeven regelgevende maatregel een beperking binnen de interne markt uitmaakt.”

b.3. Bedreiging voor de markt van de communicatiediensten met toegevoegde waarde (“VAS”)

59. N.V. 3STARSNET beschikt over een marktaandeel van minder dan 1% op de kleinhandelsmarkt voor spraaktelefonie (zakelijke klanten), en op de daarmee verbonden markt voor wholesale vaste gespreksafgifte. Zoals hierboven uiteengezet wordt de aanwezigheid van N.V. 3STARSNET op de kleinhandelsmarkt bedreigd door het Besluit van 25 augustus 2016 inzake de gerelateerde markt voor wholesale vaste gespreksafgifte. Daarnaast beschikt N.V. 3STARSNET ook over de tweede plaats op de kleinhandelsmarkt van de communicatiediensten met toegevoegde waarde (met name de oproepen door middel van betaalnummers).

Het verdwijnen van N.V. 3STARSNET van de vaste interconnectiemarkt en, meer algemeen, de bedreiging van haar financieel voortbestaan als gevolg van het bestreden besluit van het BIPT, zullen een impact hebben op de markt van de communicatiediensten met toegevoegde waarde.

Het verdwijnen van N.V. 3STARSTNET versterkt de positie van de operatoren die overblijven op de markt van de communicatiediensten met toegevoegde waarde. Deze verdwijning vermindert de concurrentie tussen operatoren en is, uiteindelijk, nefast voor de eindgebruiker.

C. SCHENDING VAN HET VERTROUWENSBEGINSSEL (ART. 8.5, A), RICHTL. 2002/21/EG (“KADER”)

a. Herhaling van de toepasselijke beginselen

60. Artikel 8.5, a) van Richtlijn 2002/21/EG (“Kader”) bepaalt dat:

- “5. *Bij het nastreven van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde beleidsdoelstellingen passen de nationale regelgevende instanties objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen toe, onder meer op de volgende wijze:*
- a) ***zij bevorderen de voorspelbaarheid van de regelgeving door te zorgen voor een consistente aanpak in de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden*** (...)”

Artikel 8/1, § 1, 1°, WEC herneemt deze verplichting in Belgisch nationaal recht:

- “§ 1. *Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet op het Instituut rusten, ziet het Instituut erop toe dat objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen worden toegepast, onder meer op de volgende wijze ;*
- a) ***het bevordert de voorspelbaarheid van de regelgeving door te zorgen voor een consistente aanpak in de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden;***”

61. De verplichting die voortvloeit uit deze bepalingen kan worden vergeleken met de beginselen van behoorlijk bestuur, van rechtszekerheid, en van de eerbiediging van de legitieme verwachtingen (of van het vertrouwensbeginsel).

Deze beginselen hebben een legislatieve waarde. In haar arrest van 27 maart 1992 erkent het Hof van Cassatie hun bestaan en definieert ze als volgt:

“(…) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten; (...). Dat het recht op rechtszekerheid onder meer inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid; dat daaruit volgt dat de door de overheid opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van de burger in de regel moeten worden gehonoreerd.”³¹

In een ander arrest van 14 juni 1999 heeft het Hof van Cassatie zelfs geoordeeld dat:

“(…) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten; dat dit onder meer inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op de openbare diensten en erop moet kunnen rekenen dat zij regels in acht nemen en een standvastig beleid volgen dat de burger niet anders kan opvatten;”³².

62. Ten slotte kan deze verplichting eveneens benaderd worden vanuit het beginsel van behoorlijk bestuur dewelke vereist dat het bestuur oordeelt binnen een redelijke termijn.

Het beginsel van behoorlijk bestuur is sedert geruime tijd erkend zowel in het Belgisch recht als in het Unierecht als een algemeen rechtsbeginsel³³.

³¹ Cass., 27 maart 1992, AR nr. 6.891, te raadplegen op www.juridat.be.

³² Cass., 14 juni 1999, AR nr. S.980093.N, te raadplegen op www.juridat.be.

³³ Zie : A. LEROUXE, “Le délai raisonnable, un nouveau principe d'ordre public ?”, *A.P.T.*, 2015, p. 293 e.v.; F. CLAUSEN, “Le juge de l'Union et le délai raisonnable”, *R.D.E.*, 2012, p. 451 e.v.

Het beginsel vereist van de administratie – in het algemeen – te handelen en te beslissen binnen een redelijke termijn, ongeacht of haar bevoegdheid is onderworpen aan een termijn van orde of niet³⁴. M. FUNCK verduidelijkt als volgt:

“C’est donc à l’administration qu’il s’impose. Même lorsque celle-ci n’est pas tenue d’agir par un délai pour statuer, elle doit agir avec célérité : sa décision doit intervenir dans un délai raisonnable. Ce délai prend cours à partir du moment où elle dispose de tous les éléments pour statuer.

Le caractère déraisonnable peut résulter de sa seule durée.

Mais souvent, l’administré ne dénonce pas la longueur du délai pour elle-même. Ce qui rend le délai déraisonnable, c’est la situation créée par l’administration, durant toute la période antérieure à la décision : soit l’administré a été laissé dans l’incertitude, soit il a adapté son comportement à l’inaction de l’administration. Dans ce dernier cas, le principe du délai raisonnable constitue alors un corollaire du principe de confiance légitime et de sécurité juridique : lorsque l’administration laisse une situation perdurer, l’écoulement du temps crée une croyance dans le chef de l’administré quant à l’existence ou l’étendue de ses droits ; l’institution ne respecte pas les principes de bonne administration lorsqu’elle prend une décision par laquelle elle revient sur une situation qu’elle a accréditée et qu’elle a laissée perdurer alors qu’elle était en mesure de la contrôler si ses services avaient été normalement organisés.”³⁵

Vrije vertaling:

“De verplichting wordt dus opgelegd aan het bestuur. Zelfs indien deze niet gehouden is door een termijn om te handelen dient ze te handelen met spoed: de beslissing dient genomen te worden binnen een redelijke termijn.

Het onredelijk karakter kan volgen uit de duur alleen.

Maar vaak klaagt de bestuurde voor zichzelf niet de duur van de termijn aan. Wat de termijn onredelijk maakt is de situatie gecreëerd door het bestuur, tijdens de ganse periode voor de beslissing; hetzij wordt de bestuurde in de onzekerheid gelaten, hetzij heeft hij zijn gedrag aangepast aan de nalatigheid van het bestuur. In dat laatste geval is het beginsel van redelijke termijn een gevolg van het vertrouwensbeginsel en van rechtszekerheid: als het bestuur een situatie laat aanslepen creëert het verloop van tijd een verwachting in hoofde van de bestuurde met betrekking tot het bestaan of de reikwijdte van zijn rechten; de instelling leeft de beginselen van behoorlijk bestuur niet na indien ze een beslissing neemt waardoor ze terugkomt op een situatie die ze heeft toegestaan en dewelke ze heeft laten voortbestaan hoewel ze in staat was om te controleren of haar diensten op normale wijze georganiseerd waren.”

Het redelijk of onredelijk karakter, afhankelijk van het aangenomen standpunt, wordt strenger beoordeeld afhankelijk van het feit of de akte of de beslissing die het bestuur dient te nemen de belangen van de bestuurde kan schaden. Er wordt meer bepaald rekening gehouden met het effect van de termijn die het bestuur heeft laten verstrijken op de mogelijkheid van de bestuurde om nuttig gebruik te maken van zijn rechten³⁶.

“Le principe du délai raisonnable s’applique lorsque l’acte à prendre est une décision défavorable à l’administré : sanction disciplinaire ou administrative, mesure d’ordre, renvoi d’un étranger bénéficiant jusqu’alors d’un titre de séjour, annulation sur recours administratif d’une autorisation délivrée en premier degré.”³⁷

Vrije vertaling:

“Het beginsel van de redelijke termijn is van toepassing indien de uit te voeren handeling een negatieve beslissing voor de bestuurde inhoudt: disciplinaire of administratieve sanctie, maatregel

³⁴ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, éd. 3, Brussel, Larcier, 2008, p. 1040, nr. 583 ; zie ook : J. CONRATD, “Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d’Etat”, *A.P.T.*, 1999, p. 272.

³⁵ Zie : J.-F. FUNCK, “Prescription et délai raisonnable en sécurité sociale : questions d’actualité”, in *Questions spéciales de droit social, Hommage à M. DUMONT*, C.U.P., 2014, n° 27.

³⁶ Zie ook : E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Brussel, Bruylant, 2009, p. 282 en geciteerde ref.

³⁷ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2006, v° *Délai raisonnable*, p. 82.

van orde, terugsturen van een vreemdeling die tot dan in het bezit was van een verblijfstitel, vernietiging bij administratief beroep van een toelating verleend in eerste instantie.”

63. De niet naleving van deze beginselen kan grond uitmaken tot vernietiging van een administratieve beslissing.

De schending van deze beginselen betreft bijgevolg eveneens een ernstig middel, in de zin van artikel 2, § 4, Wet 17 januari 2003.

b. Toepassing op de huidige zaak

64. *In casu* dient te worden vastgesteld dat het bestreden besluit van 25 augustus 2016 manifest deze beginselen schendt.

Het BIPT heeft dit besluit inderdaad genomen zonder rekening te houden met de herzieningsperiodes die nochtans zijn voorzien in artikel 16.6 Richtlijn 2002/21/EG (“Kader”) en artikel 55, §1 WEC.

Het BIPT heeft bovendien in dit besluit van 25 augustus 2016 vaste gespreksafgiftetarieven vastgelegd, door zich te baseren op een marktanalyse die werd afgesloten door haar beslissing van 2 maart 2012.

Het nalaten rekening te houden met deze termijnen is een inbreuk op het principe van de redelijke termijn.

65. Overigens heeft het BIPT het principe van legitiem vertrouwen miskend.

In het Besluit van 2 maart 2012 verduidelijkt het BIPT dat:

“Het BIPT zal met name de eventuele noodzaak onderzoeken van een glide path naar een tarief dat gebaseerd is op de zuiver incrementele kosten, [...]”³⁸

Het BIPT hield zo voor dat de vaste operatoren beroep zouden kunnen doen op een overgangperiode om de toekomstige vaste interconnectietarieven (“FTR”) toe te passen.

Echter, in het Besluit van 25 augustus 2016 heeft het BIPT besloten om drastisch en abrupt de van kracht zijnde tarieven sinds het Besluit van 2 maart 2012 te verminderen. Het verminderen van de tarieven is doorgevoerd zonder dat de operatoren de mogelijkheid hadden om de vermindering van de vaste interconnectietarieven (“FTR”) progressief te integreren in hun eigen tarieven en de hieruit voortvloeiende financiële schok te beperken.

N.V. 3STARSNET wijst in dit opzicht op het feit dat het Besluit van het BIPT incoherent is om twee redenen:

- a. Aan de ene kant heeft het BIPT in meerdere beslissingen een *glide path* toegepast, dat degressief was voor de mobiele interconnectietarieven (“MTR”) ³⁹. In één van haar beslissingen, van 11 augustus 2006, verduidelijkt het BIPT dat het instellen van een degressief glide path verantwoord is omwille van de noodzaak het financieel evenwicht

³⁸ Besluit dd. 2 maart 2012, § 363.

³⁹ Zie Besluit dd. 10 augustus 2010 houdende vernieuwing van het besluit van 11 augustus 2006 betreffende de analyse van markt 16 : gespreksafgifte op elk mobiel netwerk ; besluit dd. 11 augustus 2006 betreffende de analyse van markt 16 : gespreksafgifte op elk mobiel netwerk.

niet te verstoren van de mobiele operatoren ten gevolge van het invoeren van nieuwe interconnectietarieven:

“Het BIPT stelt voor dat de verplichting tot kostenbasering op geleidelijke wijze wordt doorgevoerd door middel van een glide path dat gespreid wordt over 2006-2008, en een jaarlijkse plafonddprijs omvat. Het geleidelijke karakter van deze correctiemaatregel is gerechtvaardigd door de noodzaak om het financieel evenwicht van mobiele operatoren op middellange termijn niet op een ongepaste manier te verstoren (...)”⁴⁰

Het BIPT voegt eveneens toe dat het de meest geschikte oplossing is:

“Het Instituut is van oordeel dat dit glide path de geschikte toepassing vormt van het principe van kostenbasering voor de verschillende operatoren. Dit mechanisme houdt immers rekening met de huidige niveaus van terminatielasten en past op homogene wijze voor alle operatoren een lineaire verlaging toe om de lasten te bereiken die overeenstemmen met de kosten van de verschillende operatoren op het einde van de analyseperiode (d.i. 2008), zoals ze uit het kostenmodel zijn bebleken. Die aanpak ligt in de lijn van de “top-down” benadering van kostenbasering die sedert 1998 is toegepast op de meeste historische operatoren in Europa en bevordert de doelstellingen van het nieuwe regelgevingskader. Die is immers gerechtvaardigd omdat ze de ontwikkeling van een gezonde en billijke concurrentie bevordert op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en –diensten en evenredig omdat zij rekening houdt met de bijzondere voorwaarden van de verschillende operatoren, met name de derde operator die in het verleden nooit onderworpen is aan een regulering ex ante, terwijl geleidelijk aan het kostenniveau van een efficiënte dienstverlening wordt benaderd.”⁴¹

Bij Besluit van 25 augustus 2016 weerhoudt het BIPT geen equivalente noodzaak om het financieel evenwicht van vaste operatoren niet te verstoren. Het BIPT keert zich af van elk glide path, door enkel volgende elementen in overweging te nemen:

- i. Het overschrijden van de deadline vastgelegd bij Aanbeveling van 7 mei 2009⁴²;
- ii. De bescherming van de consumenten, die dienen te genieten van tarieven die gebaseerd zijn op kosten⁴³;
- iii. Het afstemmen van de reguleringsmechanismen van de vaste- en mobiele-gespreksafgiftediensten⁴⁴;
- iv. Reglementaire coherentie⁴⁵.

Deze argumenten zijn betwistbaar en irrelevant.

Het volstaat bovendien te benadrukken dat de mobiele interconnectietarieven “MTR” werden gedeeld door **2**⁴⁶, terwijl de oude vaste interconnectietarieven “FTR” werden gedeeld door **1,78** (0,164 €c / 0,092 €c voor het lokale afgiffeniveau) of zelfs door **10,13** (0,932 € / 0,092 € voor Extra Access Area).

In percentages zal de invoering van de nieuwe “FTR” tarieven op deze manier grotere verstoringen veroorzaken dan de invoering van “MTR” tarieven. PROXIMUS heeft dit bovendien benadrukt in haar reactie op de nationale raadpleging⁴⁷.

Daarnaast, zelfs in absolute waarden, brengt het nieuwe maximum minuuttarief eveneens zeer grote verstoringen met zich mee voor de betrokken operatoren. De

⁴⁰ Besluit dd. 11 augustus 2006 betreffende de analyse van markt 16 : gespreksafgifte op elk mobiel netwerk, p. 91.

⁴¹ *Id.*, pp. 103-104.

⁴² Besluit dd. 25 augustus 2016, § 138.

⁴³ *Id.*, § 140.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Besluit dd. 11 augustus 2006 betreffende de analyse van markt 16 : gespreksafgifte op elk mobiel netwerk, pp. 91-92.

⁴⁷ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 134.

vastgestelde verlagingen gaan van **0,072 €** (0,164 €c - 0,092 €c) tot **0,84 €** (0,932 €c - 0,092 €c) per minuut.

Tenslotte, als we de aanpak van het BIPT toepassen, dewelke erin bestaat deze absolute waarden te vermenigvuldigen met het volume van het interconnectieverkeer tussen operatoren⁴⁸, kunnen we even goed hevige verstoringen constateren naargelang de operatoren. Ter herinnering, de markt voor spraaktelefonie voor zakelijke klanten wordt gekenmerkt door een structuur waarin PROXIMUS veruit het meest aanzienlijke martaandeel bezit, gevolgd door twee minder belangrijke operatoren en een tiental alternatieve operatoren met een zeer klein marktaandeel.

Het was overigens niet mogelijk om te redeneren – zoals het BIPT heeft gedaan⁴⁹ - door enkel naar de situatie van PROXIMUS te verwijzen om de mogelijkheid van een *glide path* uit te sluiten. Het was noodzakelijk om rekening te houden met de situatie van alle operatoren op de desbetreffende markt en met de impact van de tariefdaling op al deze operatoren.

- b. Anderzijds, in het Besluit van 25 augustus 2016 heeft het BIPT een nieuw maximum minuu^ttarief bepaald op basis van een marktstudie uit 2012 en van een IP-architectuur die, volgens het BIPT, slechts definitief beschikbaar zou zijn op het PROXIMUS netwerk vanaf 2018-2019.

In dit Besluit vermeldt het BIPT inderdaad dat:

- “57. *Het traditionele TDM-spraaknetwerk ("legacy") van PROXIMUS wordt momenteel gemigreerd naar een architectuur op basis van IP46:*
- 57.1. *De telefooncentrales en hun TDM-apparatuur zullen geleidelijk aan buiten dienst worden gesteld tegen 2018 en de lokale interconnectiepunten ("Local Access Point") zullen achterhaald raken. Er wordt eveneens voorzien in de migratie van de huidige zonale toegangspunten (AAP - Area Access Points) over de periode 2015-2018 om in 2018 slechts drie paar interconnectiepunten over te houden die de toegang tot drie zones mogelijk maken (Vlaanderen, Brussel en Wallonië)⁴⁷.*
- 57.2. *De MGW's zullen geïnstalleerd worden in de nieuwe zonecentra over de periode 2015-2018 vóór een geleidelijke migratie naar een IP-interconnectie die gepland is over de periode 2018-2019.*
58. *Het BIPT meent dat een overgang van een TDM-interconnectie naar IP redelijk is vanuit het standpunt van de gemodelleerde efficiënte operator. Wat betreft de kostenmodellering meent het BIPT overigens dat het niet onredelijk is dat de overgang van de gemodelleerde efficiënte operator geleidelijk gebeurt over een periode van drie jaar, met name 2015-2018. Het BIPT acht dat deze periode redelijk is, meer bepaald in het licht van de praktijken vastgesteld in andere buurlanden. In Frankrijk heeft ARCEP een overgangperiode van 30 maanden opgelegd tussen de invoering van een IPinterconnectie en de sluiting van een TDM-interconnectie. In Duitsland zien we dat de historische operator momenteel een buitendienststelling van zijn TDM-interconnectie plant drie en een half jaar na de verplichting om de IP-interconnectie te verstrekken.*
59. *De duur van deze periode is overigens vergelijkbaar met deze waarin PROXIMUS voorziet voor de buitendienststelling van zijn TDM-netwerk, met name 2015-2018. PROXIMUS beoogt een overgang naar de IP-interconnectie in een tweede fase tegen 2018-2019 na in een eerste fase MGW's te hebben ingevoerd in zijn netwerk. Dit zou een tijdelijke inefficiëntie kunnen vormen, onvermijdbaar indien tegelijk een IP-interconnectie zou worden ingevoerd en het TDM-netwerk buiten dienst zou worden gesteld in plaats van in een tweede overgangsfase.”*

⁴⁸ *Id.*, § 135.

⁴⁹ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 136.

De gekozen timing voor de vermindering van interconnectietarieven komt niet overeen met de timing noodzakelijk voor de omzetting van een TDM-architectuur naar een IP-architectuur. Het nieuwe maximum minuuttarief zal in werking treden op 1 november 2016, hoewel de IP-interconnectie met PROXIMUS slechts definitief bruikbaar zal zijn in 2018-2019.

66. Tenslotte, door abrupte een drastisch verlaagd maximum minuuttarief op te leggen aan N.V. 3STARSNET, dat in werking dient te treden op 1 november 2016, laat het besluit van 25 augustus 2016 een uiterst korte tijdspanne aan de door dit besluit geïmplementeerde operatoren om de nodige investeringen te verwezenlijken en/of om de maatregelen, de technieken of de organisatie te bepalen die de negatieve effecten zouden kunnen opvangen van deze daling.

De aanpak van het BIPT is bijgevolg niet conform de gedragsnorm bepaald in artikel 8/1, § 1, 1°, WEC noch conform de beginselen van behoorlijk bestuur vermeld hierboven.

67. Om deze reden, is het eveneens gegrond om het besluit van 25 augustus 2016 in eerste instantie op te schorten, en in tweede instantie te vernietigen.

B.1.3. “ERNSTIGE MIDDELEN” - SCHENDING VAN DE ARTIKEL 62, § 1, WEC

1. HERHALING VAN DE BEGINSLEN

68. Artikel 13.1 Richtlijn 2002/19/CE (“toegang”) bepaalt :

*“ Een nationale regelgevende instantie kan overeenkomstig artikel 8 verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoe-rekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers. **Om investeringen door de exploitant in nieuwegeneratienetwerken ook aan te moedigen, houden de nationale regelgevende instanties rekening met de door de exploitant gedane investeringen, en laten zij toe dat hij een redelijke opbrengst krijgt uit zijn kapitaalbreng, waarbij zij de specifieke risico's van een bepaald nieuw netwerkproject waarin wordt geïnvesteerd in aanmerking nemen.** “*

Dit artikel moet gelezen worden met considerans 20 van die Richtlijn :

*“Prijscntrole kan noodzakelijk zijn wanneer uit de analyse van een specifieke markt blijkt dat er sprake is van inefficiënte concurrentie. Eventueel kan worden volstaan met een relatief kleine ingreep, zoals het opleggen van een bij regelgeving vastgestelde verplichting dat de prijzen voor carriëselectie tijdelijk moeten zijn, zoals bepaald in Richtlijn 97/33/EG, maar er kunnen ingrijpendere maatregelen nodig zijn zoals de verplichting om, wanneer de prijzen kostengeoriënteerd zijn, volledige verantwoording over deze prijzen af te leggen ingeval de concurrentie onvoldoende sterk is om te voorkomen dat buitensporige prijzen worden toegepast. Met name dienen exploitanten met een aanzienlijke marktmacht zich ervan te onthouden zodanige prijzen te hanteren dat het verschil tussen hun detailprijzen en de interconnectieprijzen die zij aanrekenen aan concurrenten die op detailhandelsniveau vergelijkbare diensten aanbieden, onvoldoende is om een duurzame concurrentie te waarborgen. Wanneer een nationale regelgevende instantie de kosten berekent die worden verricht om een dienst tot stand te brengen waarvoor krachtens deze richtlijn een machtiging is verleend, **is het wenselijk een redelijke opbrengst toe te staan uit het geïnvesteerde kapitaal, met inbegrip van relevante arbeidskosten en bouwkosten, indien***

nodig na aanpassing van de waarde van het kapitaal aan de actuele waarde van de activa en de efficiëntie van de bedrijfsvoering. De methode voor het terugverdienen van de kosten moet aangepast zijn aan de omstandigheden, rekening houdend met de noodzaak om efficiëntie en duurzame concurrentie te bevorderen en de voordelen voor de consumenten te maximaliseren.

69. In Belgisch recht bepaalt artikel 62, § 1, WEC :

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

Wanneer het Instituut een van deze verplichtingen aan een operator oplegt, wordt rekening gehouden met de kosten verbonden aan efficiënte dienstverlening

Om investeringen door de operator in nieuwegeneratienetwerken aan te moedigen, houdt het Instituut rekening met de door de operator gedane investeringen, en staat het toe dat hij een redelijke opbrengst krijgt uit zijn gepaste kapitaalbreng, waarbij alle risico's die specifiek verband houden met een bepaald nieuw netwerkproject in beschouwing worden genomen”

2. TOEPASSING OP DE HUIDIGE ZAAK

a. Het BIPT houdt geen rekening met de werkelijke marktstructuur (rekening houden met het investeringsrisico van alle betrokken operatoren)

70. Zoals het BIPT zelf aanduidt in paragraaf 31 van het bestreden Besluit, verplicht artikel 62 § 1, al. 3, WEC het BIPT om rekening te houden met de kapitaalinvesteringen van operatoren (*[...] staat het toe dat hij een redelijke opbrengst krijgt uit zijn gepaste kapitaalbreng, waarbij alle risico's die specifiek verband houden met een bepaald nieuw netwerkproject in beschouwing worden genomen.*).

Aangezien het bestreden Besluit van het BIPT van toepassing is op essentie alle operatoren (17 operatoren, waaronder N.V. 3STARSNET), is het BIPT verplicht om rekening te houden met de investeringen van al deze operatoren.

Het BIPT dient dus rekening te houden met de *werkelijke* investeringen die worden vereist van ALLE 17 operatoren die het reguleert, niet enkel met de investeringsnoden van de hypothetisch efficiënte operator (gebaseerd op PROXIMUS⁵⁰).

Geen enkel element in het bestreden Besluit van het BIPT laat toe om te concluderen dat het BIPT rekening heeft gehouden (en a fortiori op adequate wijze rekening heeft gehouden), met de werkelijke marktstructuur en met de investeringen vanwege andere operatoren dan PROXIMUS, en in het bijzonder met de investeringen die genoodzaakt zijn door zeer kleine operatoren die groeien, zoals N.V. 3STARSNET.

In het geval van N.V. 3STARSNET komt het bestreden Besluit van het BIPT erop neer dat N.V. 3STARSNET moet investeren in technologie die binnen 2-3 jaar zal worden uitgefaseerd, en dat N.V. 3STARSNET die investering nooit zal kunnen recupereren. Dit is aberrant, en kan onmogelijk in overeenstemming zijn met de intentie van de wetgever.

⁵⁰ Besluit dd. 25 augustus 2016, bijlage B, punt 1.1.1.

b. Het BIPT houdt geen rekening met de werkelijke technische situatie (rekening houden met de objectieve situatie inzake interconnectie)

71. Zoals het BIPT zelf aanduidt in paragraaf 34 van het bestreden Besluit, kan/moet het BIPT in zijn besluiten rekening houden met wijzigingen “*door technische evoluties, marktontwikkelingen, aanpassingen in de reglementering, aanpassingen aan kosten en prijzen, enz.*”

Geen enkel element in het bestreden Besluit van het BIPT laat toe om te concluderen dat technische evoluties effectief zijn opgetreden (bv. een aanbod van IP-interconnectie vanwege PROXIMUS – dat tot op heden afwezig is), significante marktontwikkelingen zijn gebeurd (quod non, het marktaandeel van PROXIMUS blijft onveranderd bijzonder hoog – zie BIPT statistieken 2015 hierboven geciteerd), of andere aanpassingen hun beslag hebben gekend.

Desalniettemin beslist het BIPT in het bestreden Besluit om de wholesale gespreksafgiftetarieven voor ALLE operatoren drastisch te wijzigen.

N.V. 3STARSNET bestrijdt dat het BIPT over objectieveerbare redenen beschikt, en objectieveerbare redenen heeft gearticuleerd, om de wholesale gespreksafgiftetarieven ad interim te wijzigen, vooraleer het BIPT een nieuwe marktanalyse heeft uitgevoerd, waartoe het binnen de wettelijke termijn verplicht was, en waarvoor het BIPT de wettelijke termijn niet heeft gerespecteerd – zie infra).

Het BIPT heeft eveneens de uitgesproken standpunten van CODITEL (paragraaf 181) en DESTINY (paragraaf 191) genegeerd (paragraaf 63), door simpelweg het volgende te stellen:

“Nieuwe interconnectieverplichtingen vastleggen zoals de IP-interconnectie overstijgt het kader van dit besluit dat het van kracht zijnde marktanalysebesluit tot uitvoer brengt”⁵¹.

N.V. 3STARSNET is van mening dat indien het BIPT binnen de wettelijk verplichte termijn een nieuwe marktanalyse had uitgevoerd, het BIPT duidelijk wel in staat zou geweest zijn om dergelijke verplichting op te leggen, en zouden kapitaalsinvesteringen en kosten die door N.V. 3STARSNET (en misschien andere operatoren) niet recupereerbaar zijn niet benodigd zijn.

N.V. 3STARSNET heeft hierboven (punt B.1.2., b.1.) ook aan het hof gevraagd om te onderzoeken of het BIPT in staat is om in het bestreden besluit in te grijpen op de interconnectie-technologie/architectuur. N.V. 3STARSNET is van mening dat het BIPT wel bevoegd was om een beslissing op basis van artikel 61, § 1, WEC te nemen.

72. Om deze reden, is het eveneens gegrond om het besluit van 25 augustus 2016 in eerste instantie op te schorten, en in tweede instantie te vernietigen.

⁵¹ Besluit dd. 25 augustus 2016, § 63.

B.1.4. “ERNSTIGE MIDDELEN” – NALATEN REKENING TE HOUDEN MET DE SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE BELGISCHE MARKT – INCOHERENTIE VAN HET MODEL WEERHOUDEN DOOR HET BIPT

1. HET BIPT HOUDT GEEN REKENING MET DE BELGISCHE SPECIFICITEITEN

a. Herhaling van de beginselen

73. Artikel 19, § 2, van Richtlijn 2002/21/EG (“kader”) bepaalt :

“Wanneer de Commissie een aanbeveling doet overeenkomstig lid 1, handelt zij in overeenstemming met de in artikel 22, lid 2, bedoelde raadplegingsprocedure.

De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van hun taken zoveel mogelijk rekening houden met dergelijke aanbevelingen. Wanneer een nationale regelgevende instantie besluit om een aanbeveling niet op te volgen, brengt zij de Commissie daarvan op de hoogte met vermelding van de motivering van haar standpunt.”

74. Op 15 september 2016 heeft het Europees Hof van Justitie uitspraak gedaan in de zaak C-28/15 over een prejudiciële vraag van het Nederlandse College van beroep voor het bedrijfsleven (CBB) – dat dezelfde rol van beroepsinstantie vervult als het Hof van Beroep van Brussel in België.

De uitspraak betreft specifiek de problematiek van vaste en mobiele wholesalelevering van gespreksafgifte. Het Europees Hof van Justitie bevestigt in zijn uitspraak niet alleen dat nationale regelgevende instanties, maar ook de rechtbank in een beroepsprocedure, gerechtigd zijn om af te wijken van de relevante Aanbeveling van 7 mei 2009, wanneer zij relevante specifieke nationale kenmerken identificeren.

“Bijgevolg kan een nationale rechter in het kader van de rechterlijke toetsing van een op grond van de artikelen 8 en 13 van de toegangsrichtlijn door een NRI vastgesteld besluit slechts afwijken van aanbeveling 2009/396 indien hij van oordeel is dat redenen verband houdend met de feitelijke omstandigheden van het geval, en met name met de specifieke kenmerken van de markt van de betrokken lidstaat, dat vereisen, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 78 van zijn conclusie.”⁵²

b. Toepassing op de huidige zaak

75. Zoals het BIPT zelf aanduidt in paragraaf 40 van het bestreden Besluit van 25 augustus 2016, zijn specifieke nationale omstandigheden een belangrijk element dat de nationale regelgevende instantie (in België het BIPT) kan inroepen in zijn besluitvorming, inclusief om desgevallend af te wijken van de Aanbeveling van 7 mei 2009.

Het BIPT heeft niet of onvoldoende rekening gehouden met specifieke nationale kenmerken in België. N.V. 3TARSNET verwijst in het bijzonder naar:

- De specifieke marktstructuur in België, die zeer asymmetrisch is (één bijzonder grote operator (PROXIMUS – 70-80% van de zakelijke markt voor vaste telefonie uitgedrukt in minuten),

⁵² H.v.J.E.U., 15 september 2016, KPN en and./ACM, § 42, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183366&pageIndex=0&doclang=NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1617817>.

twee veel kleinere operatoren, en een significant aantal zeer kleine operatoren, waaronder het groeiende 3StarsNet (17 operatoren in totaal), en,

- de technologische transitie van TDM-interconnectie naar IP-interconnectie, in de huidige periode (transitieperiode tot +/-2019).

Nergens in het bestreden Besluit van het BIPT is sprake van de asymmetrische marktstructuur, en/of van groeiende alternatieve operatoren die moeten investeren/kosten moeten maken in TDM-interconnectie die zij nooit (laat staan moeilijk) ooit zouden kunnen recupereren, gezien de technologische transitie naar IP-interconnectie.

In paragrafen 44.1, 44.3, 44.5 van het bestreden Besluit van het BIPT verwijst het BIPT naar:

- *“het (enige) kostenniveau van een efficiënt geachte operator”*,
- *“de modelvorming van de kosten moet rekening houden met de invoering van de netwerken van de nieuwe generatie (NGN) wat het kernnetwerk (“core network”) betreft”*, en
- *“de methode van economische afschrijvingen (“economic depreciation”) waarbij het niveau van de afschrijvingen gelinkt wordt aan de vraag (verkeersvolume)”*.

Elk van deze parameters kunnen door het BIPT niet enkel op een puur hypothetische basis worden bepaald (het BIPT duidt verder in het bestreden Besluit zelf aan dat de hypothetisch efficiënte operator enkel en alleen is gebaseerd op Proximus).

N.V. 3TARSNET vraagt het Hof van Beroep om deze kwestie te onderzoeken en te beoordelen : heeft het BIPT al dan niet rekening gehouden met de relevante specifieke nationale kenmerken, en in het bijzonder met de 'David en Goliath' situatie die in werkelijkheid de marktstructuur in België reflecteert?

N.V. 3STARSNET is van mening dat dit niet het geval is geweest.

76. Om deze reden, is het eveneens gegrond om het besluit van 25 augustus 2016 in eerste instantie op te schorten, en in tweede instantie te vernietigen.

2. HET BIPT KOSTENMODEL VAN EEN ‘HYPOTHETISCH EFFICIËNTE OPERATOR’ GEBASEERD OP PROXIMUS IS INADEQUAAT VOOR DE BELGISCHE MARKT, DIE GEKENMERKT IS DOOR DE AANWEZIGHEID VAN ÉÉN ZEER GROTE OPERATOR (PROXIMUS), EN MEER DAN EEN DOZIJN ZEER KLEINE OPERATOREN, WAARONDER 3STARSNET

77. Het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 gaat expliciet uit van een kostenmodel voor een operator die sterk gelijkt op PROXIMUS (inclusief zijn aanwezigheid op alle telecommunicatiemarkten) met een technologietraject dat enkel en alleen de aankondigingen van PROXIMUS reflecteert.

Dit blijkt duidelijk uit paragraaf 46 van het bestreden Besluit:

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

Het BIPT kostenmodel dat PROXIMUS als referentie beschouwt (kostenmodel dat niet ter inzage beschikbaar is gemaakt voor betrokken partijen – zie infra) kan geenszins de structuur van de Belgische markt vertegenwoordigen.

Dit is in het bijzonder het geval omdat de marktstructuur in België gekenmerkt is door de aanwezigheid van één zeer grote operator (PROXIMUS), en de aanwezigheid van zeer kleine (maar groeiende) operatoren, zoals N.V. 3STARSNET. In andere EU Lid-Statens is de marktstructuur significant verschillend, omdat concurrenten van de ex-monopolist een veel sterkere marktpositie hebben kunnen bereiken.

Voetnoot 40 van het bestreden Besluit van het BIPT toont ook aan dat het BIPT onterecht weigert om aandacht te besteden aan de werkelijke structuur van de Belgische markt, en zich als dusdanig onttrekt aan zijn verantwoordelijkheden.

N.V. 3STARSNET merkt hierbij op dat de enige verwijzing in de Aanbeveling van 7 mei 2009 naar een *hypothetische operator* terug te vinden is in Overweging 11 – en dus niet in de eigenlijke tekst van de Aanbeveling – en dat deze Overweging expliciet verwijst naar een verificatie ten opzichte van de werkelijke (niet hypothetische) situatie:

“Omdat een bottom-up model hoofdzakelijk is gebaseerd op afgeleide gegevens — netwerkkosten worden bijvoorbeeld berekend aan de hand van informatie van verkopers van apparatuur —, zouden reguleringsinstanties de resultaten van een bottom-up model wellicht willen vergelijken met de resultaten van een top-down model om met de meest degelijke resultaten te kunnen komen en grote verschillen in exploitatiekosten, kapitaalkosten en kostentoewijzing tussen een hypothetische en een echte exploitant te vermijden. Om mogelijke tekortkomingen van het bottom-up model zoals informatieasymmetrie vast te stellen en te verbeteren, kan de NRI de resultaten van een aanpak op basis van een bottom-up model vergelijken met die van een overeenkomstig top-down model waarbij gebruik wordt gemaakt van gecontroleerde gegevens.”

78. In de praktijk kiest het BIPT ervoor om enkel hypothetisch te werken, met een kostenmodel dat een hypothetisch toekomstige situatie voor PROXIMUS in het vooruitzicht stelt (de grootste operator die alle marktsegmenten bestrijkt).

Het BIPT heeft geen rekening gehouden met de *specifieke nationale kenmerken* in België (in het bijzonder de marktstructuur die aantoont dat de situatie van PROXIMUS (70-80% marktaandeel voor spraaktelefonie op de zakelijke markt, triple/quadruple play integratie op de consumentenmarkt) totaal verschillend is van die van alternatieve operatoren, en nota bene degene die zich specialiseren in bepaalde marktsegmenten, zoals N.V. 3STARNET.

N.V. 3STARSNET merkt op dat PROXIMUS zelf overigens ernstige bezwaren uitdrukt over de kostenmodellering van het BIPT – zie A.5 van het bestreden Besluit van het BIPT.

Het resultaat is dat het BIPT geen enkele rekening houdt met de situatie van kleine maar groeiende ‘challengers’ op de Belgische markt voor openbare telefoondiensten en andere spraakdiensten (vaste spraaktelefonie).

Het bestreden Besluit van het BIPT resulteert in een extreem risico dat kleine groeiende ‘challengers’ zoals 3StarsNet van de markt zullen worden uitgesloten. Dit is het geval omdat zij de kosten van hun groei niet zullen kunnen dragen aangezien zij worden verplicht om verder te investeren in de oude TDM technologie (de enige technologie die Proximus vooralsnog ondersteunt) zonder enige mogelijkheid om hun investeringen en gerelateerde kosten op een redelijke termijn te recupereren. Dit kan verder worden verklaard op basis van het bestreden Besluit van het BIPT, dat ervan uitgaat dat de transitie naar IP-interconnectie bij Proximus is gepland voor 2018-2019, maar daarop ongepast anticipeert.

79. Om deze reden, is het eveneens gegrond om het besluit van 25 augustus 2016 in eerste instantie op te schorten, en in tweede instantie te vernietigen.

3. **HET BIPT KOSTENMODEL VAN EEN 'HYPOTHETISCH EFFICIËNTE OPERATOR' GEBASEERD OP PROXIMUS HOUDT GEEN REKENING MET DE WERKELIJKE KOSTEN VAN (ALLE) ANDERE OPERATOREN, IN HET BIJZONDER WHOLESALE-COMMERCIALISERINGS-KOSTEN**

80. In het bestreden Besluit van het BIPT komen de wholesale-commercialiserings-kosten enkel ter sprake in paragrafen 86 en 108. De verwijzingen naar BRIO betekenen: '*Belgacom Reference Interconnect Offer*'.

In de praktijk lijkt dit te betekenen dat de kosten van het relevante personeel van PROXIMUS op één of andere manier in het BIPT kostenmodel zijn opgenomen.

Over het 'gewicht' daarvan in het kostenmodel bestaat echter geen enkele duidelijkheid, aangezien het van toepassing zijnde kostenmodel niet beschikbaar is (zie *infra*).

De situatie van andere/kleinere operatoren (of een 'hypothetisch efficiënte operator') - bij wie het 'gewicht' van de wholesale-commercialiseringskosten evident (veel) groter moet zijn dan bij PROXIMUS, gezien de discrepantie tussen de trafiekvolumes van PROXIMUS en alle andere operatoren in België, is fundamenteel onduidelijk in het bestreden Besluit van het BIPT.

Op basis van het bovenstaande kan en moet het Hof van Beroep zich de vraag stellen of het BIPT de juiste aanpak volgt, door zich expliciet te baseren op de '*BRIO*', die duidelijk enkel en alleen de situatie bij PROXIMUS (veruit de grootste operator in België) vertegenwoordigt, en of/hoe dit de situatie bij alternatieve operatoren zoals N.V. 3STARSNET vertegenwoordigt, die proportioneel veel grotere wholesale-commercialiseringskosten moeten dragen, in proportie tot de spraak-interconnectie-trafiek die zij vertegenwoordigen.

[N.B. In het Groot-Hertogdom Luxemburg, een markt waar de ex-monopolist Post een marktaandeel voor vaste spraaktelefonie heeft dat gelijkaardig is aan dat van Proximus in België, heeft de nationale regelgevende instantie (ILR Luxembourg) expliciet rekening gehouden met de wholesale-commercialiserings-kosten van de operatoren. In een aantal andere EU Lid-Staten is eveneens rekening gehouden met dergelijke wholesale-commercialiserings-kosten].

81. Om deze reden, is het eveneens gegrond om het besluit van 25 augustus 2016 in eerste instantie op te schorten, en in tweede instantie te vernietigen.

4. **HET BIPT KOSTENMODEL VAN EEN 'HYPOTHETISCH EFFICIËNTE OPERATOR', GEBASEERD OP PROXIMUS, HOUDT ENKEL REKENING MET DE TECHNOLOGISCHE TRANSITIE VAN PROXIMUS ZELF, EN HOUDT GEEN REKENING MET HET FEIT DAT PROXIMUS GEEN IP-INTERCONNECTIE VOOR ALTERNATIEVE OPERATOREN ZAL REALISEREN VOOR DE JAREN 2018-2019**

82. Het geheel van het bestreden Besluit van het BIPT, in het bijzonder paragrafen 46-63, gaat enkel uit van de situatie van PROXIMUS, zonder enige rekening te houden met de technisch-economische situatie van andere operatoren op de Belgische markt, zoals 3StarsNet, aan wie het bestreden Besluit van het BIPT desondanks exact dezelfde verplichtingen inzake een maximum minuuttarief oplegt.

Deze werkwijze van het BIPT, die in essentie weigert om rekening te houden met de technisch-economische situatie van alle concurrenten van PROXIMUS, moet door het Hof van Beroep worden verworpen.

Art. 62, §1 van de Wet op de elektronische communicatie impliceert dat rekening moet worden gehouden met het investeringsrisico van **ALLE** door het BIPT gereuleerde operatoren (de 17 operatoren die door het bestreden Besluit van het BIPT direct zijn betrokken).

83. Om deze reden, is het eveneens gegrond om het besluit van 25 augustus 2016 in eerste instantie op te schorten, en in tweede instantie te vernietigen.

5. HET BIPT KOSTENMODEL VAN EEN 'HYPOTHETISCH EFFICIËNTE OPERATOR', GEBASEERD OP PROXIMUS, RESULTEERT IN EEN TARIEF DAT STERK AFWIJKT VAN EEN BEREKENING VAN DE KOSTEN VAN 3STARSNET

84. N.V. 3STARSNET is van mening dat het BIPT in zijn Besluit geen objectieve basis heeft vastgesteld voor de bepaling van het relevante maximum minuuttarief.

- Ten eerste heeft N.V. 3STARSNET gevraagd aan de firma DETECON CONSULTING om de kost voor N.V. 3STARSNET te bepalen volgens de methoden FDC en BU-LRIC, deze laatste zijnde de aangeraden methodologie door de Aanbeveling van 7 mei 2009.

DETECON CONSULTING stelt vast dat het interconnectietarief "FTR" dewelke bepaald diende te worden op basis van de eigen gegevens van N.V. 3STARSNET 0,31 €c / minuut bedraagt, in plaats van 0,092 €c / minuut voorzien in het bestreden Besluit van 25 augustus 2016. Met andere woorden, het interconnectietarief BU-LRIC verantwoordt voor N.V. 3STARSNET zou 3,36 maal hoger moeten liggen dan het tarief bepaald door het BIPT.

DETECON CONSULTING onderlijnt dat :

"The carried out costing exercises demonstrates that the proposed pure LRIC FTR (0,0009 €/minute) based on a bottom-up LRIC modelling approach, calculated for an hypothetical efficient operator, is not appropriate and do not reflect the cost structure of 3STARSNET, even considering network related costs only."

Vrije vertaling :

"De uitgevoerde kosten oefening toont aan dat het voorgestelde zuivere LRIC FTR (0,0009 €/minuut) gebaseerd op een bottom-up LRIC model, berekend voor een hypothetisch efficiënte operator, niet geschikt is en niet de kostenstructuur van 3STARSNET weergeeft, zelfs met betrekking tot netwerkgerelateerde kosten alleen."

- Ten tweede, het tarief "FTR" van 0,092 €c / minuut bepaald door het BIPT blijkt nog uiterst laag in vergelijking met het tarief dat de Europese Commissie vooropstelt in haar voorstel van Richtlijn voor een Europese Code voor elektronische communicatie. Artikel 73.4 van dat voorstel verduidelijkt inderdaad dat het tarief "FTR" niet hoger kan zijn dan 0,14 €c / minuut:

"In applying paragraph 2, the Commission shall ensure that the single voice call termination rate in mobile networks shall not exceed 1.23 €cent per minute and the single voice call termination rate in fixed networks shall not exceed 0.14 €cent per minute. The Commission shall take into account the weighted average of maximum termination rates in fixed and mobile networks established in

*accordance with the principles provided in the first subparagraph of paragraph 1 applied across the Union when setting the single maximum termination rate for the first time.*⁵³.

Het BIPT lijkt derhalve een lager tarief te willen opleggen dan de objectief bepaalde tarieven, hetzij op basis van de gegevens eigen aan een operator zoals N.V. 3STARSNET, hetzij op basis van de gemiddelde gegevens van toezichthouders van over gans de Europese Unie.

85. Om deze reden, is het eveneens gegrond om het besluit van 25 augustus 2016 in eerste instantie op te schorten, en in tweede instantie te vernietigen.

B.2. MAATREGELEN ALVORENS RECHT TE DOEN - SCHORSING

86. N.V. 3STARSNET is een 'challenger' op de Belgische markt voor openbare telefoondiensten en andere spraakdiensten (vaste spraaktelefonie), voornamelijk in het segment van kleine tot middelgrote ondernemingen en organisaties.

N.V. 3STARSNET biedt vaak de goedkoopste prijs die in België beschikbaar is aan deze eindgebruikers, en aan zijn wederverkopers, en wenst dit te blijven kunnen doen.

N.V. 3STARSNET is van mening dat een andere aanpak vanwege het BIPT mogelijk en noodzakelijk is, om de concurrentie op de Belgische markt te vrijwaren, hetgeen uiteindelijk in het belang is van de eindgebruikers op de korte, middellange, en lange termijn.

Als dusdanig is N.V. 3STARSNET niet *a priori* tegen regulering door het BIPT van een maximum minuuttarief dat operatoren (waaronder N.V. 3STARSNET) aan elkaar mogen aanrekenen voor inkomende spraak-interconnectie-trafiek (wholesale gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie). N.V. 3STARSNET is zelfs niet *a priori* tegen een sterke verlaging van het tarief.

Het probleem is dat het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 geen of onvoldoende rekening houdt met de technisch-economische realiteit in de huidige periode, in het bijzonder de aankomende technologische transitie van TDM-interconnectie naar IP-interconnectie.

Eveneens houdt het bestreden Besluit van het BIPT geen of onvoldoende rekening met de economische situatie van de diverse operatoren in de huidige periode, in het bijzonder het feit dat Proximus pas in 2018-2019 IP-interconnectie zal aanbieden, en het feit dat N.V. 3STARSNET als kleine groeiende operator moet investeren en kosten maken die niet op langere termijn zullen kunnen worden afgeschreven/gerecupereerd. Het feit dat het BIPT een model van een hypothetisch efficiënte operator hanteert is geen geldig excuus om geen of onvoldoende rekening te houden met de techno-economische realiteit.

Uit de paragrafen 181 en 191 van het bestreden Besluit van 25 augustus, blijkt duidelijk dat andere kleinere operatoren, CODITEL en DESTINY, pleiten voor een verplichting op Proximus om IP-interconnectie aan te bieden alvorens een verlaagd maximumtarief door het BIPT verplicht wordt gesteld.

N.V. 3STARSNET zou zelf op relatief korte termijn kunnen overstappen naar IP-interconnectie voor de afwikkeling van inkomende spraak-interconnectie-trafiek (hoewel dit significante kapitaalinvesteringen vereist voor N.V. 3STARSNET – waarmee N.V. 3STARSNET reeds rekening houdt in zijn geprojecteerde kosten voor de komende jaren - (zie punt A.2.4. van huidig

⁵³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code, http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=17188.

verzoekschrift), en zo tot een rationelere kostenstructuur komen voor de komende 2-3 jaar. Dit is echter niet mogelijk zolang PROXIMUS, de belangrijkste bron van inkomende spraak-interconnectie-traffic van N.V. 3STARSNET, zelf de overstap naar IP-interconnectie niet maakt (door PROXIMS gepland voor 2018/2019).

87. In het kader van het contentieux van de opschorting bestaat het concrete voorstel van N.V. 3STARSNET uit de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016,

- hetzij tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing;
- hetzij, ondergeschikt, tot en met de datum waarop PROXIMUS de operatoren op de markt definitief een efficiënte IP interconnectie-architectuur kan aanbieden, en in ieder geval ten laatste op 31 december 2018;

Deze oplossing beantwoordt zowel aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 2, § 4, Wet van 17 januari 2003 als aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 19, al. 2, van het Gerechtelijk Wetboek.

B.2.1. “ERNSTIGE EN MOEILIJKE TE HERSTELLEN NADELEN”

88. Onder punt A.2.4. hieronder, heeft N.V. 3STARSNET de noodzakelijke investeringskosten beschreven om over te gaan tot de omschakeling van de TDM-architectuur naar de IP-architectuur.

Tijdens de jaren 2017 tot 2019, zal N.V. 3STARSNET de kosten moeten dragen voor het behoud en de uitbreiding van de TDM-architectuur en tegelijkertijd nieuwe kosten moeten maken voor de omschakeling naar de IP-architectuur.

Voor de jaren 2017 tot 2019 heeft N.V. 3STARSNET een evaluatie gemaakt op basis van een redelijk te verwachten groei van haar verkeer tijdens de eerste drie volgende jaren.

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

DETECON CONSULTING bepaalt in haar rapport dat het interconnectietarief bepaald door het BIPT in haar Besluit van 25 augustus 2016 N.V. 3STARSNET niet zal toelaten om operationele kosten te dekken noch de investeringskosten voor de omschakeling naar een IP-interconnectie architectuur:

“the application of the proposed pure LRIC FTR (0,0009 € / minute) will not allow 3STARSNET to cover operational costs as well as future investments.”

Vrije vertaling:

“de toepassing van de voorgestelde zuivere LRIC FTR (0,0009 € / minuut) zal voor 3STARSNET niet volstaan om haar operationele en haar toekomstige investeringen te dekken.”

89. Verder, onder punt A.2.4. hierboven heeft N.V. 3STARSNET genoegzaam bewijs geleverd van de zwaarwichtige gevolgen van de toepassing van het nieuwe maximum minuuttarief bepaald in het bestreden Besluit van 25 augustus 2016.

Indien het nieuwe maximum minuuttarief toegepast zou worden vanaf 1 januari 2015, over heel 2015:

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

Indien het nieuwe maximum minuuttarief toegepast zou worden vanaf 1 januari 2016, over heel 2016:

[CONFIDENTIELE GEGEVENS]

90. De onmiddellijke uitvoering van het Besluit van 25 augustus 2016 maakt derhalve een een uiterst grote bedreiging uit voor N.V. 3STARSNET.

- Haar marktpositie is rechtstreeks bedreigd. N.V. 3STARSNET zal bovendien aanzienlijke verliezen lijden, in plaats van winst.
- Haar cliënteel is rechtstreeks bedreigd : N.V. 3STARSNET zal niet langer in staat zijn om concurrentiële tarieven aan te bieden aan zijn klanten.
- Haar interconnectiekosten zullen onmiddellijk vermenigvuldigd worden met 9,22 voor het jaar 2017.

Daarenboven kan N.V. 3STARSNET onmogelijk worden vergeleken met de andere operatoren waar het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 betrekking op heeft, zoals, bijvoorbeeld, PROXIMUS, ORANGE, KPN, TELENET, BRUTELE, CODITEL, COLT⁵⁴. N.V. 3STARSNET is "Klein Duimpje" tegenover deze andere operatoren.

- N.V. 3STARSNET beschikt over beperkte financiële en materiële middelen. Haar middelen laten haar niet toe het hoofd te bieden aan de negatieve gevolgen van het Besluit van 25 augustus 2016 tot in 2018-2019, eenmaal de overschakeling naar de IP-architectuur is verwezenlijkt bij PROXIMUS.
- N.V. 3STARSNET kan de financiële gevolgen van het Besluit van 25 augustus 2016 niet financieren middels andere activiteiten, aangezien zij geen "double-play" of "triple-play" speler is op de consumentenmarkt. De activiteit van N.V. 3STARSNET is rechtstreeks afhankelijk van de vaste interconnectie.

Het bestaan van N.V. 3STARSNET is dus **ernstig en rechtstreeks** bedreigd.

91. N.V. 3STARSNET bewijst derhalve het bestaan van een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel in de zin van artikel 2, § 2, Wet 17 januari 2003.

B.2.2. AFWEGING VAN DE IN HET GEDING ZIJNDE BELANGEN

92. De opschorting van het Besluit vindt plaats in het belang van de markt, van alle operatoren, met inbegrip van N.V. 3STARSNET, alsook van de eindgebruikers.

⁵⁴ Zie Besluit dd. 25 augustus 2016, § 9.

93. Het belang van de relevante markt bestaat erin om, zo snel als mogelijk, een overgang naar de IP-architectuur te bewerkstelligen om zo een meer efficiënte dienstverlening te kunnen aanbieden aan de eindgebruikers.

Dit aanbod is echter alleen mogelijk als de operatoren over voldoende inkomsten beschikken afkomstig van de voormelde markt om de nodige investeringen te dragen voor deze omschakeling. De onmiddellijke toepassing (en zonder glide path) van het nieuwe maximum minuuttarief maakt het niet mogelijk om de nodige investeringen te dragen, zelfs niet, zoals N.V. 3STARSNET heeft aangetoond, de kosten verbonden aan het behoud van de historische TDM-architectuur tot aan de effectieve overgang naar de IP-architectuur.

94. Het belang van de relevante markt bestaat ook uit het behoud van een effectieve concurrentie tussen de verschillende operatoren op de relevante markt en op daarmee gerelateerde markten, ongeacht hun grootte.

Er bestaat desalniettemin een aanzienlijk verschil tussen de operatoren, rekening houdend met de specificiteiten van de markt. De alternatieve operatoren worden in de praktijk verplicht te interconnecteren met PROXIMUS en de nodige termijnen te ondergaan voor de overgang naar de IP-architectuur, tot in 2018-2019.

Tot in 2018-2019 zullen de kleinste operatoren, en meer bepaald zij die in groei zijn, tegelijkertijd de vermindering van de inkomsten uit het vaste interconnectieverkeer moeten dragen, alsook de verhoging van hun financiële kosten voor het uitvoeren van deze overgang, rekening houdend met hun groei.

De verhoging van de financiële kosten werd aangetoond in het specifieke geval van N.V. 3STARSNET (zie punt A.2.4. van huidig verzoekschrift). Deze vaststellingen kunnen toegepast worden op andere operatoren: indien het Besluit van 25 augustus 2016 van kracht wordt op 1 november 2016 zullen deze operatoren, zoals N.V. 3STARSNET, de recurrente kosten moeten dragen van de bestaande TDM-architectuur (en, naargelang hun geval, investeren in hun groei door gebruik te maken van een technologie die overbodig wordt tussen nu en 2-3 jaar – die ze niet zullen kunnen terugvorderen) en blootgesteld zijn aan bijkomende kosten voor de omzetting naar de IP-architectuur.

95. Het belang van N.V. 3STARSNET bestaat erin haar economische activiteiten te ontplooiën in een daadwerkelijk concurrentiële en winstgevende omgeving.

Dit belang wordt niet bereikt door de uitvoering van het nieuwe maximum minuuttarief vanaf 1 november 2016.

In geval van toepassing van het Besluit van 25 augustus 2016 zal N.V. 3STARSNET van een winstgevende situatie in een deficitaire situatie vallen (zie punt A.2.4. van huidig verzoekschrift).

96. Het belang van de eindgebruikers bestaat erin over tarieven te beschikken, die zo laag mogelijk liggen, in technisch optimale omstandigheden alsook in omstandigheden waarbij effectieve concurrentie kan spelen tussen de operatoren.

Dit belang zou niet bereikt worden als het Besluit van 25 augustus 2016 toegepast moest worden vanaf 1 november 2016, aangezien het effect van dit Besluit het bestaan van “*challenge*” operatoren in volle groei in het gedrang zal brengen, door hen een kostenstructuur op te leggen die hen in een structureel deficitaire situatie drukt.

De IP-interconnectie architectuur is nog niet beschikbaar bij PROXIMUS en zal dit ook niet zijn tot in 2018-2019, wat tot gevolg heeft de "challenger" operatoren in volle groei te verplichten om te investeren/kosten te maken die ze niet kunnen dragen.

In het rapport van DETECON CONSULTING wordt bevestigd dat de toepassing van het nieuwe tarief van 0,092 € een bedreiging uitmaakt voor de marktwerking in België:

"Therefore, we consider the proposed pure LRIC FTR by BIPT harmful for fair competition in the telecommunications market in Belgium".

Vrije vertaling :

"Dientengevolge beschouwen wij het voorgestelde zuivere LRIC FTR door BIPT schadelijk voor eerlijke mededinging in de telecommunicatiemarkt in België."

B.3. TEN GRONDE – Vernietiging van het bestreden besluit

B.3.1. MIDDELEN TOT Vernietiging van het besluit dd. 25 augustus 2016

97. De middelen hierboven uiteengezet in punt B.1. betreffen eveneens middelen die resulteren in de zuivere en eenvoudige vernietiging van het bestreden besluit van 25 augustus 2016.

Voor het overige, in de mate dat N.V. 3STARSNET uitdrukkelijk is bedoeld in haar hoedanigheid van operator met een aanmerkelijke machtspositie op de markt van de vaste gespreksafgifte, beschikt ze over een daadwerkelijk, direct, concreet en legitiem belang om de vernietiging van dit besluit te verkrijgen.

B.3.2. MAATREGELEN TEN GROND - Vernietiging

98. N.V. 3STARSNET stelt in het kader van het vernietigingscontentieux volgende maatregelen voorop.

99. In hoofdorde:

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

De implicatie hiervan is dat N.V. 3STARSNET en andere groeiende operatoren geen onrecupereerbare investeringen/kosten moeten doen/maken in technologie die over 2-3 jaar wordt uitgefaseerd, *terwijl een verlaging van het maximumtarief te gepasten tijde wel kan doorgaan.* Deze oplossing zou dus concurrentiebevorderend zijn, hetgeen uiteindelijk een goede zaak zal zijn voor de eindgebruikers.

100. In ondergeschikte orde:

Het Hof van Beroep *annuleert* het bestreden Besluit van van 25 augustus 2016, en legt aan het BIPT op om een volledige marktanalyse uit te voeren (de cyclus respecterend die wettelijk

is bepaald in 55, § 1, WEC), waarin het BIPT aan PROXIMUS (en desgevallend andere/alle operatoren) oplegt om effectief IP-interconnectie voor de transmissie van spraak aan te bieden, *en een gestage verlaging van het maximum interconnectietarief wordt gefaseerd in de tijd, coherent met het percentage van spraak-interconnectie-trafiek dat migreert.*

De implicatie hiervan is dat N.V. 3STARSNET en andere groeiende operatoren geen onrecupereerbare investeringen/kosten moeten doen/maken in technologie die over 2-3 jaar wordt uitgefaseerd, *terwijl een gestage verlaging van het maximum interconnectietarief wordt gefaseerd in de tijd, coherent met het percentage van spraak-interconnectie-trafiek dat migreert.* Deze oplossing zou dus concurrentiebevorderend zijn, hetgeen uiteindelijk een goede zaak zal zijn voor de eindgebruikers.

101. De voorgestelde maatregelen strekken er eveneens toe het evenwicht van de belangen van de markt, van alle operatoren, van alle eindgebruikers en van het BIPT te garanderen.

OM DEZE EN ALLE REDENEN TE DOEN GELDEN IN DE LOOP VAN HET GEDING

BEHAGE HET HET HOF

- De N.V. 3STARSNET akte te verlenen van het huidig beroep tegen het bestreden Besluit dd. 25 augustus 2016 van het BIPT ;
- Onderhavig beroep toe te wijzen aan een kamer bestaande uit 3 raadsheren ;
- Onderhavig verzoekschrift te willen betekenen aan **Het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE**, "BIPT", waarvan zetel gevestigd te 1000 BRUSSEL, Albert II-laan, 1000 BRUXELLES, Ellipse Building, 35, Gebouw C,
- Het BIPT te laten weten dat het dient te verschijnen op de bovenvermelde datum, voor de 18^{de} kamer van het Hof van beroep te BRUSSEL,
- De vorderingen van de N.V. 3STARSNET ontvankelijk en gegrond te verklaren ;
- Bijgevolg :
 - Alvorens recht te doen :
 - o overeenkomstig artikel 2, § 4 van de wet van 17 januari 2003 de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016, en wel tot en met er ten gronde geoordeeld is over huidige vordering;
 - hetzij tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing;
 - hetzij, ondergeschikt, tot en met de datum waarop PROXIMUS de operatoren op de markt definitief een efficiënte IP interconnectie-architectuur kan aanbieden, en in ieder geval ten laatste op 31 december 2018;
 - o overeenkomstig artikel 19, al. 2, Ger. W. de de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016, en wel tot en met er ten gronde geoordeeld is over huidige vordering;

- hetzij tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing;
 - hetzij, ondergeschikt, tot en met de datum waarop PROXIMUS de operatoren op de markt definitief een efficiënte IP interconnectie-architectuur kan aanbieden, en in ieder geval ten laatste op 31 december 2018;
- Ten gronde:
- Vast te stellen dat het bestreden Besluit dd. 25 augustus 2016 op de door onderhavig beroep geviseerde punten door onwettigheid is aangetast, en bijgevolg
 - Het bestreden Besluit dd. 25 augustus 2016 in zijn geheel te vernietigen ;
 - In hoofdorde:

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

Het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 te vernietigen en aan het BIPT op te leggen om een volledige marktanalyse uit te voeren (de cyclus respecterend die wettelijk is bepaald in artikel 55, § 1, WEC), waarin het BIPT aan PROXIMUS (en desgevallend andere/alle operatoren) (en desgevallend andere/alle operatoren) oplegt om effectief IP-interconnectie voor de transmissie van spraak aan te bieden, *en een gestage verlaging van het maximum interconnectietarief wordt gefaseerd in de tijd, coherent met het percentage van spraak-interconnectie-trafiek dat migreert.*
- In ieder geval:
- N.V. 3STARSNET akte te verlenen van het recht haar vorderingen tot opschorting en tot vernietiging te wijzigen, overeenkomstig de artikelen 807 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek;
 - Het BIPT te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 1.440,00 €.

BRUSSEL, 17 oktober 2016.

Voor de N.V. 3STARSNET
Haar raadman,

Marc Loveniers