



B I P T

**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

**VERNIEUWINGSBESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT
VAN 9 NOVEMBER 2011
TOT CORRECTIE VAN HET BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT
VAN 3 AUGUSTUS 2010
BETREFFENDE DE BRUO RENTAL FEE**

INHOUDSOPGAVE

1. INLEIDING.....	3
2. RAADPLEGINGSPROCEDURE.....	3
3. JURIDISCH KADER.....	3
4. EERBIEDIGING DOOR DIT BESLUIT VAN DE VOORWAARDEN BEOOGD IN 14, § 2, 6°, (1e ZIN) VAN DE STATUUTWET.....	4
5. BESLUIT	6
6. BEROEPSMOGELIJKHEDEN.....	8

1. INLEIDING

1. Naar aanleiding van een vordering tot nietigverklaring ingediend door Belgacom, heeft het hof van Brussel (hierna het hof) in zijn arrest van 29 juni 2011¹ het besluit van de Raad van het BIPT van 3 augustus 2010 betreffende de BRUO rental fee² (hierna het besluit van 3 augustus 2010) deels nietig verklaard.
2. Het hof heeft het betwiste besluit gedeeltelijk vernietigd omdat het de overheadkosten van het kostenmodel van 2007 niet indexeert en het geen rekening houdt met de collectieve bonussen voor de bepaling van de *mark-up* van de overheadkosten (zie dispositief van het arrest).
3. In beschouwing genomen dat het besluit van 3 augustus 2010 slechts gedeeltelijk werd vernietigd en dat alle elementen van dat besluit die niet werden vernietigd dus als geldig worden bevestigd door het hof, is het belangrijk te preciseren dat dit vernieuwingsbesluit uitsluitend tot doel heeft de twee voormelde punten te corrigeren die door het hof vernietigd zijn.

2. RAADPLEGINGSPROCEDURE

4. Aangezien het hof de procedure van nationale raadpleging niet heeft vernietigd, noch die van de raadpleging van de mediaregulators, die voorafgingen aan de aanneming van het besluit van 3 augustus 2010, dienen deze procedures niet te worden herbegonnen³.

3. JURIDISCH KADER

5. Dit besluit vindt zijn juridische grondslag in artikel 14, § 2, 6° (eerste zin), van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna Statuutwet) dat als volgt luidt:

¹ Brussel, 29 juni 2011, R.G. 2010/AR/2695, www.bipt.be.

² Verscheidene materiële fouten uit dat besluit werden met terugwerkende kracht gecorrigeerd door het vernieuwingsbesluit van de Raad van het BIPT van 10 november 2010.

³ P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 1195: "Indien blijkt dat de voorbereidende stukken niet onregelmatig werden verklaard, noch in de motieven noch in het dispositief tot vernietiging van het hoofdbesluit, moeten en kunnen deze niet worden overgedaan, tenzij er sprake is van dwingende redenen, reeds bestaande, geldige en goed aangegeven motieven, objectieve en aantoonbare redenen om deze opnieuw te beginnen." (vrije vertaling)

“In het kader van zijn bevoegdheden [...] 6° mag het Instituut mits de redenen voor de nietigverklaring worden geëerbiedigd en de omvang van het toepassingsgebied niet wordt gewijzigd, overgaan tot de vervanging van een door een rechterlijke autoriteit vernietigd besluit wanneer, wegens die nietigverklaring, één of meer doelstellingen beoogd in de artikelen 6 tot 8 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie niet langer worden gehaald”.

6. De verschillende elementen van dit artikel, worden hieronder nader bekeken.

4. EERBIEDIGING DOOR DIT BESLUIT VAN DE VOORWAARDEN BEOOGD IN 14, § 2, 6°, (1e ZIN) VAN DE STATUUTWET

7. De eerste voorwaarde waaraan moet worden voldaan opdat een vernieuwingsbesluit door het BIPT kan worden genomen in het kader van de Statuutwet is dat het gecorrigeerde besluit geheel of gedeeltelijk **vernietigd moet zijn door een rechterlijke autoriteit**.
8. Het besluit van 3 augustus 2010 werd door het hof gedeeltelijk vernietigd. Bijgevolg is de eerste voorwaarde vervuld.
9. De tweede voorwaarde waaraan moet worden voldaan opdat het BIPT een vernieuwingsbesluit kan nemen in het kader van de Statuutwet is het feit dat wegens de nietigverklaring van het besluit van het BIPT, **één of meer doelstellingen beoogd in de artikelen 6 tot 8 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie niet langer worden gehaald**.
10. Aangezien de nietigverklaring door het hof van de twee voormelde punten van het besluit van 3 augustus 2010 de facto heeft geleid tot de nietigverklaring van de tarieven, wordt beschouwd dat deze nooit hebben bestaan. Zonder een vernieuwingsbesluit met terugwerkende kracht zouden de oude tarieven (namelijk de tarieven van vóór het besluit van 3 augustus 2010) opnieuw moeten worden toegepast. Deze oude tarieven zijn echter niet meer op de kosten gebaseerd. Als deze zouden moeten worden gehanteerd, dan zouden de alternatieve operatoren verplicht zijn om Belgacom te hoge tarieven te betalen in vergelijking met de kosten van deze laatste, hetgeen de concurrentie kan belemmeren.

11. Er moeten daarom opnieuw kostengebaseerde tarieven worden vastgesteld, die het mogelijk maken om de doelstelling van de bevordering van de concurrentie⁴ te bereiken. De verplichting tot kostenbasering beoogt immers een dubbel doel:
- 1) erop toezien dat de relevante kosten van de SMP-operator zijn gedekt (in dit geval de relevante kosten voor het onderhoud en het behoud van het openbare netwerk) en dat hij een aanvaardbare marge krijgt, zodat de SMP-operator kan blijven investeren;
 - 2) voorkomen dat de SMP-operator op wholesaleniveau aan de alternatieve operatoren tarieven oplegt waardoor daadwerkelijke concurrentie ernstig wordt belemmerd of zelfs onmogelijk wordt.
12. Uit deze doelstellingen vloeit voort dat de kostenbasering een middel is om een eerlijke en efficiënte concurrentie te bewerkstelligen.
13. De derde voorwaarde waarin de Statuutwet inzake vernieuwingsbesluiten voorziet, wordt vervuld zodra de **omvang van het toepassingsgebied van het vernieuwde besluit niet is gewijzigd**.
14. Ook aan deze laatste voorwaarde is voldaan. Enkel de elementen van het besluit van 3 augustus 2010 die door het hof zijn vernietigd, zijn namelijk in het vernieuwingsbesluit gecorrigeerd.
15. Tot slot moet het vernieuwingsbesluit de **redenen voor de nietigverklaring in acht nemen**.
16. Ten eerste, heeft het hof het besluit van 3 augustus 2010 deels vernietigd wat de indexerings van de overheadkosten betreft. Het hof heeft geoordeeld dat het kostenmodel BRUO 2010 niet de correcte indexerings van de overheadkosten overnam van het kostenmodel 2007, zoals die aanbevolen was in het aangevochten besluit⁵. Het hof heeft met andere woorden geoordeeld dat terwijl het besluit van 3 augustus 2010 in die indexerings voorzag, deze niet was doorgevoerd in het kostenmodel.
17. Om rekening te houden met de redenen voor de nietigverklaring en om zeker over de meest recente cijfers te beschikken, zijn de overheadkosten van het kostenmodel voor 2007 in dit

⁴ Artikel 6 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

⁵ Punt 42 van het arrest.

besluit geïndexeerd op basis van de meest recente, gecontroleerde cijfers van Belgacom, die het aan het BIPT heeft meegedeeld, namelijk de cijfers van 2009.

18. Ten tweede, heeft het hof het besluit van 3 augustus 2010 gedeeltelijk vernietigd met als reden dat daarin ten onrechte de collectieve bonussen van de kostenbasis zijn uitgesloten om de *mark-up* voor de overheadkosten te bepalen. Het hof heeft de argumenten verworpen die het BIPT naar voren heeft geschoven om deze collectieve bonussen uit te sluiten. Volgens het hof zijn de collectieve bonussen niet opgenomen in de vergoeding van het geïnvesteerde kapitaal, maken ze dus geen deel uit van de WACC⁶ en bestaat er dus geen risico dat ze twee keer worden meegeteld in de berekening van de *rental fees*.

19. Om rekening te houden met de redenen voor de nietigverklaring heeft het BIPT daarom het besluit van 3 augustus 2010 op dat punt gecorrigeerd en de collectieve bonussen opgenomen in de kostenbasis om de *mark-up* voor de overheadkosten te bepalen. Het BIPT heeft rekening gehouden met de bedragen van die bonussen in 2010 zoals ze werden meegedeeld door Belgacom.

5. BESLUIT

20. Het BIPT beslist de volgende wijzigingen aan te brengen in het besluit van 3 augustus 2010:

Pagina 25, tabel in § 73

(in €)	LEX	SC
Direct CAPEX	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Indirect CAPEX	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Direct + Indirect OPEX	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Miscellaneous Repair Costs	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
BRUO Specific Costs	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Overhead	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Revenues Naked VDSL & Direct distribution	(vertrouwelijk)	
Total Unit Cost (per pair)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)

wordt vervangen door:

(in €)	LEX	SC
Direct CAPEX	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Indirect CAPEX	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Direct + Indirect OPEX	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Miscellaneous Repair Costs	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
BRUO Specific Costs	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)

⁶ WACC: Weighted Average Cost Of Capital (gewogen gemiddelde kapitaalkosten).

Overhead	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)
Revenues Naked VDSL & Direct distribution	(vertrouwelijk)	
Total Unit Cost (per pair)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)

Pagina 26, tabellen in § 74

BRUO Raw copper (in €)	LEX	SC	
Raw copper fee	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
Billing cost (incl. overhead)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
IT-cost	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	mark-up van 6%
TOTAL	€ 7,57	€ 5,66	

Shared Pair (in €)	LEX	SC	
Copper Contribution Cost	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
BRUO Specific Costs (incl. overhead)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
Broadband specific repair cost (incl. overhead)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
Billing cost (incl. overhead)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
IT-cost	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	mark-up van 6%
monthly splitter maintenance fee	€ 0,330	€ 0,330	
TOTAL	€ 0,87	€ 0,85	

worden vervangen door:

BRUO Raw copper (in €)	LEX	SC	
Raw copper fee	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
Billing cost (incl. overhead)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
IT-cost	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	mark-up van 6%
TOTAL	€ 8,03	€ 5,94	

Shared Pair (in €)	LEX	SC	
Copper Contribution Cost	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
BRUO Specific Costs (incl. overhead)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
Broadband specific repair cost (incl. overhead)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
Billing cost (incl. overhead)	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	
IT-cost	(vertrouwelijk)	(vertrouwelijk)	mark-up van 6%
monthly splitter maintenance fee	€ 0,330	€ 0,330	
TOTAL	€ 0,89	€ 0,85	

Pagina 27, tabel in § 76

	Vroeger tarief	Nieuw tarief
BRUO Raw Copper	€ 9,29	€7,57
BRUO Shared Pair	€ 0,52	€ 0,41
BRUO Shared Pair (incl. Splitter maintenance fee)	€ 0,85	€ 0,87

<u>wordt vervangen door:</u>	Vroeger tarief	Nieuw tarief
BRUO Raw Copper	€ 9,29	€ 8,03
BRUO Shared Pair	€ 0,52	€ 0,41
BRUO Shared Pair (incl. Splitter maintenance fee)	€ 0,85	€ 0,89

Pagina 27, tabel in § 77

	Nieuw tarief
BRUO Raw Copper	€ 5,66
BRUO Shared Pair	€ 0,38
BRUO Shared Pair (incl. Splitter)	€ 0,85

wordt vervangen door:

	Nieuw tarief
BRUO Raw Copper	€ 5,94
BRUO Shared Pair	€ 0,38
BRUO Shared Pair (incl. Splitter)	€ 0,85

21. De gecorrigeerde tarieven worden van kracht op 15 augustus 2010, namelijk op de datum waarop de tarieven vastgelegd in het besluit van 3 augustus 2010 van kracht werden.

6. BEROEPSMOGELIJKHEDEN

22. Overeenkomstig de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector hebt u de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep in te stellen bij het hof van beroep van Brussel, Poelaertplein 1, B-1000 Brussel. Het beroep wordt, op straffe van nietigheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep van Brussel binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit.

23. Het verzoekschrift wordt ingediend op de griffie van het gerecht in hoger beroep in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn. Het verzoekschrift bevat op straffe van nietigheid de vermeldingen van artikel 2, § 2, 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.

A. DESMEDT
Lid van de Raad

C. CUVELLIEZ
Lid van de Raad

C. RUTTEN
Lid van de Raad

L. HINDRYCKX
Voorzitter van de Raad