

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 212.579 van 8 april 2011

in de zaken I. A. 124.863/IX-3446
II. A. 126.286/IX-3480
III. A. 127.790/IX-3516
IV. A. 127.855/IX-3517
V. A. 134.134/IX-3736

In zake: I + II + III + V

de naamloze vennootschap van publiekrecht BELGACOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ludo Cornelis
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN
TELECOMMUNICATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sébastien Depré en Christophe Dubois
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 240
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij in de zaken A. 124.863/IX-3446 en 134.134/IX-3736:

de naamloze vennootschap TELENET OPERATIES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Alexandre Verheyden en Yvan Desmedt
kantoor houdende te 1200 Brussel
Brand Whitlocklaan 165
bij wie woonplaats wordt gekozen

En inzake: IV

de naamloze vennootschap TELENET OPERATIES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Alexandre Verheyden en Yvan Desmedt
kantoor houdende te 1200 Brussel
Brand Whitlocklaan 165
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN
TELECOMMUNICATIE

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sébastien Depré en Christophe Dubois
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 240
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de naamloze vennootschap van publiekrecht BELGACOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ludo Cornelis
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de beroepen

1. Het beroep, ingesteld op 2 augustus 2002 door de naamloze vennootschap van publiekrecht Belgacom, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 11 juni 2002 “waarbij het [Instituut] de terminatietarieven van Telenet voor 2002 als redelijk beschouwt, Belgacom ertoe verplicht om, overeenkomstig artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 29 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven, deze tarieven te accepteren en te betalen, en Belgacom opdracht geeft de bestreden beslissing te implementeren binnen een termijn van één maand na ontvangst van de brief van 11 juni 2002” (zaak A.124.863/IX-3446).

Het beroep, ingesteld op 3 september 2002 door de naamloze vennootschap van publiekrecht Belgacom, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 5 juli 2002 waarbij “de termijn tot implementatie van de beslissing bedoeld in artikel 6 van de beslissing van het Instituut van 11 juni 2002 [...] op 13 juli 2002 [wordt] verlengd met één maand”, maar die verlenging slechts van kracht blijft voor zover voldaan wordt “aan de volgende voorwaarde: Belgacom bezorgt het Instituut voor de eerste maal op 15 juli 2002, vervolgens op 22 juli 2002, en vervolgens wekelijks tot aan het verstrijken van de bijkomende termijn een verslag over de vorderingen in haar onderhandelingen met Telenet én de operatoren die gebruik maken van haar transitdienst en welke de overblijvende problemen zijn. Wanneer de onderhandelingen op een gegeven punt geen vooruitgang boeken, motiveert Belgacom op een deugdelijke wijze waarom dat het geval is” (zaak A. 126.286/IX-3480).

Het beroep, ingesteld op 7 oktober 2002 door de naamloze vennootschap van publiekrecht Belgacom, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 9 augustus 2002 waarin het Instituut weliswaar beslist dat “het internationaal inkomend verkeer, door Belgacom van een internationale operator ontvangen en via haar transitdienst overhandigd aan Telenet voor beëindiging op dit laatste netwerk, [slechts kan worden getarifieerd] conform de normaal gangbare BRIO-tarieven”, maar bevestigt dat de “verhoogde interconnectietarieven van Telenet wel kunnen worden toegepast m.b.t. het verkeer dat via nationale interconnectie overhandigd wordt aan Belgacom” (zaak A. 127.790/IX-3516).

Het beroep, ingesteld op 8 oktober 2002 door de naamloze vennootschap Telenet Operaties, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 9 augustus 2002 waarbij het Instituut “de verplichting oplegt aan Telenet om de normaal gangbare BRIO-tarieven toe te passen voor het internationaal inkomend verkeer, door Belgacom van een internationale operator ontvangen en via haar transitdienst overhandigd aan Telenet voor beëindiging op Telenet’s netwerk”, en “verklaart dat het ‘tromboning’ of ‘least cost routing’ verschijnsel niet belet wordt door de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven” (zaak A. 127.855/IX-3517).

Het beroep, ingesteld op 15 maart 2003 door de naamloze vennootschap van publiekrecht Belgacom, strekt tot de nietigverklaring van:

- de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 14 januari 2003 waarbij het Instituut “aan Belgacom verbod oplegt om de door Belgacom aan bepaalde categorieën van haar klanten aangeboden *least cost routing* of LCR-tarieven voor het afwickelen van nationaal interconnectieverkeer naar Telenet uit te breiden naar andere klanten of verdere tariefverlagingen door te voeren”,
- de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 7 februari 2003 “waarin het [Instituut] aan Belgacom de verplichting oplegt om het Instituut onmiddellijk op de hoogte te brengen van een vastgestelde of verwachte stijging van het getromboonde verkeer naar Telenet waardoor de toegestane limieten van 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet overstegen zouden worden en m.a.w. de door Belgacom aangeboden LCR-oplossingen beperkt worden tot 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet” (zaak A. 134.134/IX-3736).

II. Verloop van de rechtspleging

2. In alle vijf zaken heeft de verwerende partij een memorie van antwoord ingediend. In alle vijf zaken heeft de betrokken verzoekende partij een memorie van wederantwoord ingediend.

In de zaken A. 124.863/IX-3446 en A. 134.134/IX-3736 heeft de nv Telenet Operaties als tussenkomende partij een memorie ingediend. In de zaak A. 127.855/IX-3517 heeft de nv van publiekrecht Belgacom als tussenkomende partij een memorie ingediend.

Auditeur Luc Vermeire heeft een gemeenschappelijk verslag in de vijf zaken opgesteld.

Bij beschikking van 1 februari 2007 zijn de vijf zaken samengevoegd.

De nv van publiekrecht Belgacom heeft een gemeenschappelijke laatste memorie in de vijf zaken ingediend. De verwerende partij heeft in elk van de vijf zaken een laatste memorie ingediend. De nv Telenet Operaties heeft een laatste memorie ingediend in de drie zaken waarin zij als verzoekende partij of als tussenkomende partij optreedt.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2009.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Ludo Cornelis en Dirk Van Liedekerke, die verschijnen voor de nv van publiek recht Belgacom, advocaat Yvan Desmedt, die verschijnt voor de nv Telenet Operaties, en advocaten Kamain Man en Hans Van De Cauter, die loco advocaten Sébastien Depré en Christophe Dubois verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Normatief kader

A. Inleiding

3. Het voorliggende geschil heeft betrekking op de interconnectie zoals die ten tijde van de bestreden beslissingen (2002 en 2003) geregeld was in de telecommunicatiewetgeving en -reglementering. Die regelgeving is er gekomen ter omzetting van Europese richtlijnen, die in de loop van de jaren '90 uitgevaardigd werden met het oog op de liberalisering van de telecommunicatiesector. In België was die sector tot dan gekenmerkt door de monopoliepositie van Belgacom, een naamloze vennootschap van publiekrecht die ontstaan is uit de vroegere Regie voor Telegrafie en Telefonie.

Indien zowel de oproeper als de opgeroepene abonnee van dezelfde operator zijn, is geen interconnectie nodig. In het kader van een geliberaliseerde markt, waarbij er verscheidene operatoren kunnen zijn, en waarbij de oproeper en de opgeroepene dus abonnee kunnen zijn van verschillende operatoren, is het voor elke operator essentieel dat zijn abonnees gebruikers op het netwerk van een andere operator kunnen oproepen, en omgekeerd, vanaf een ander netwerk opgeroepen kunnen worden. Daartoe moeten de verschillende netwerken met elkaar verbonden zijn, hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks via een zogenaamd transitnetwerk. De technische handelingen die daartoe moeten leiden en de ermee verbonden betalingen die de operatoren daarvoor onderling doen, vormen de interconnectie.

In het geval van een rechtstreekse interconnectie wordt een oproep die start op één netwerk overgedragen aan een ander netwerk, waarbij dit laatste netwerk vervolgens instaat voor de afwikkeling ("terminatie") van de oproep tot zijn bestemming. Het voorliggende geschil heeft betrekking op de interconnectie tussen de netwerken van de nv Belgacom en de nv Telenet Operaties (hierna: Telenet). Het gaat meer bepaald om de verbindingen die worden gemaakt door een abonnee van Belgacom naar een abonnee van Telenet. De interconnectie heeft hier tot gevolg dat de oproep van de Belgacom abonnee door Belgacom wordt overgedragen aan Telenet, en dat Telenet vervolgens zorgt voor de afwikkeling ("terminatie") van de

oproep tot de opgeroepen Telenet abonnee. In een dergelijk systeem vraagt de operator van de oproeper (Belgacom) aan zijn abonnee de prijs voor de volledige oproep, en vraagt de operator die de terminatiedienst verzorgt (Telenet) aan de eerstgenoemde operator (Belgacom) een vergoeding voor de terminatiedienst. In het geval van een onrechtstreekse interconnectie verloopt de interconnectie via een derde netwerk. In het concrete geval waarbij een abonnee van Belgacom belt naar een abonnee van Telenet betekent dit dat de oproep van de Belgacom abonnee door Belgacom wordt overgedragen aan een derde operator, en dat die derde operator de oproep vervolgens overdraagt aan Telenet, dat dan voor de afwikkeling zorgt. Belgacom vraagt aan zijn abonnee de prijs voor de volledige oproep, de derde operator vraagt aan Belgacom een vergoeding voor de transitdienst, en Telenet vraagt aan de derde operator een vergoeding voor de terminatiedienst.

Voor een goed begrip van het geschil wordt hierna een overzicht gegeven van de belangrijkste aspecten van de relevante regelgeving.

B. Europese regelgeving

4. Op het Europese vlak dient melding gemaakt te worden van richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP). Zoals in artikel 1 van de richtlijn werd bepaald, strekte de richtlijn ertoe een regelgevingskader vast te stellen "teneinde in de Gemeenschap de interconnectie van telecommunicatienetwerken en met name de interoperabiliteit van telecommunicatiediensten te waarborgen, onder meer om het verstrekken van universele diensten in een open en door concurrentie gekenmerkte marktomgeving te kunnen garanderen". Onder "interconnectie" werd verstaan: "het fysiek en logisch verbinden van telecommunicatienetwerken die door dezelfde of een andere organisatie worden gebruikt om het de gebruikers van een organisatie mogelijk te maken te communiceren met die van dezelfde of van een andere organisatie of toegang te hebben tot diensten die door een andere organisatie worden verstrekt" (artikel 2, lid 1, a).

Bij artikel 3, lid 1, van de richtlijn werden de lidstaten verplicht om alle nodige maatregelen te nemen "tot opheffing van alle beperkingen waardoor organisaties die door de lidstaten gerechtigd zijn openbare telecommunicatienetwerken en algemeen beschikbare telecommunicatiediensten aan te bieden, worden

belemmerd om onderling overeenkomstig het Gemeenschapsrecht interconnectie-overeenkomsten aan te gaan". Volgens de genoemde bepaling moesten voorts technische en commerciële interconnectieregelingen tussen de betrokken partijen worden overeengekomen, met inachtneming van de bepalingen van de richtlijn en van de mededingingsregels van het EG-Verdrag.

Artikel 4, lid 2, van de richtlijn voorzag in een bijzondere verplichting voor operatoren die, zoals Belgacom, "een aanmerkelijke macht op de markt hebben". Die operatoren werden verplicht om te voldoen aan alle "redelijke verzoeken om toegang tot het netwerk", afkomstig van andere operatoren. Daarbij moesten die operatoren met een aanmerkelijke macht op de markt onder meer het beginsel van niet-discriminatie in acht nemen, zoals bleek uit artikel 6, a, van de richtlijn: "Zij dienen voor geïnterconnecteerde organisaties die vergelijkbare diensten aanbieden over vergelijkbare omstandigheden vergelijkbare voorwaarden toe te passen en aan anderen interconnectiefaciliteiten en -informatie te verstrekken onder dezelfde voorwaarden en van dezelfde kwaliteit als die welke voor hun eigen diensten of voor die van hun dochtermaatschappijen of partners gelden."

Bij de toepassing van de regelingen inzake interconnectie werd voorzien in bepaalde verantwoordelijkheden voor de "nationale regelgevende instantie", in België het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (hierna: Instituut of BIPT). Die aangelegenheid vormde het voorwerp van artikel 9 van de richtlijn, dat luidde als volgt:

"Art. 9. Algemene verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties

1. De nationale regelgevende instanties bevorderen en garanderen in het belang van alle gebruikers adequate interconnectie, waarbij zij hun verantwoordelijkheden zodanig uitoefenen dat maximale economische efficiëntie wordt bereikt en de eindgebruikers maximaal profijt trekken. De nationale regelgevende instanties houden met name rekening met:

- de noodzaak voor bevredigende eind-tot-eindcommunicatie voor gebruikers zorg te dragen;
- de noodzaak de totstandkoming van een door concurrentie gekenmerkte markt te bevorderen;
- de noodzaak om te zorgen voor de eerlijke en behoorlijke ontwikkeling van een geharmoniseerde Europese telecommunicatiemarkt;
- de noodzaak om samen te werken met hun tegenhangers in andere lidstaten;
- de noodzaak de totstandkoming en ontwikkeling van transeuropese netwerken en diensten, de interconnectie van nationale netwerken en de interoperabiliteit van diensten, en de toegang tot dergelijke netwerken en diensten te bevorderen;

- de beginselen van niet-discriminatie (met inbegrip van gelijke toegang) en evenredigheid;
- de noodzaak de universele dienstverstrekking in stand te houden en te ontwikkelen.

2. Algemene voorwaarden die van tevoren door de nationale regelgevende instantie worden vastgesteld, worden overeenkomstig artikel 14, lid 1, gepubliceerd.

In het bijzonder met betrekking tot de interconnectie tussen organisaties die in bijlage II zijn vermeld,

- kunnen de nationale regelgevende instanties ex ante voorwaarden vaststellen voor de gebieden die zijn opgesomd in bijlage VII, deel 1;
- dienen de nationale regelgevende instanties te bevorderen dat in de interconnectieovereenkomsten de in bijlage VII, deel 2, vermelde onderwerpen worden bestreken.

3. Bij het nastreven van de in lid 1 vermelde doeleinden mogen de nationale regelgevende instanties te allen tijde op eigen initiatief optreden, en dienen zij zulks te doen indien één der partijen daarom verzoekt, teneinde aan te geven welke onderwerpen in een interconnectieovereenkomst dienen te worden opgenomen of specifieke voorwaarden vast te stellen waaraan door één of meer partijen bij een dergelijke overeenkomst moet worden voldaan. De nationale regelgevende instanties mogen in uitzonderlijke gevallen eisen dat in reeds gesloten interconnectieovereenkomsten wijzigingen worden aangebracht, voorzover dit gerechtvaardigd is om daadwerkelijke mededinging en/of interoperabiliteit van diensten voor gebruikers te waarborgen.

De voorwaarden die door de nationale regelgevende instantie worden gesteld, mogen onder meer betrekking hebben op voorwaarden waarmee wordt beoogd daadwerkelijke mededinging te bevorderen, op technische voorwaarden, op tarieven, op leverings- en gebruiksvoorwaarden, op voorwaarden betreffende de overeenstemming met relevante normen, op overeenstemming met essentiële eisen, op milieubescherming en/of op het behoud van de eind-tot-eindkwaliteit van de dienst.

De nationale regelgevende instantie mag ook te allen tijde op eigen initiatief dan wel op verzoek van één der partijen termijnen stellen waarbinnen de interconnectieonderhandelingen moeten zijn voltooid. Wanneer binnen de gestelde termijn geen overeenkomst wordt bereikt, neemt de nationale regelgevende instantie stappen om een overeenkomst tot stand te brengen volgens de procedures die zijzelf heeft vastgesteld. De procedures moeten ter inzage voor het publiek zijn overeenkomstig artikel 14, lid 2.

4. Wanneer een organisatie die gerechtigd is openbare telecommunicatienetwerken of algemeen beschikbare telecommunicatiediensten te verstrekken, interconnectieovereenkomsten met anderen aangaat, heeft de nationale regelgevende instantie het recht elk van die interconnectieovereenkomsten in haar geheel te toetsen.

5. Bij interconnectiegeschillen tussen organisaties in een lidstaat neemt de nationale regelgevende instantie van die lidstaat, op verzoek van één der partijen, de nodige stappen om het geschil binnen zes maanden na indiening van het verzoek te beslechten. Bij de beslechting van het geschil moet een billijk evenwicht gevonden worden tussen de legitieme belangen van beide partijen.

Daarbij houdt de nationale regelgevende instantie onder meer rekening met:

- de belangen van de gebruikers,
- aan de partijen opgelegde reglementaire verplichtingen of beperkingen,

- de wenselijkheid het aanbod van innovatieve oplossingen op de markt te stimuleren en de gebruikers een breed scala van telecommunicatiediensten op nationaal en Gemeenschapsniveau te bieden,
- de beschikbaarheid van andere, technisch en commercieel levensvatbare oplossingen voor de aangevraagde interconnectie,
- de wenselijkheid te zorgen voor overeenkomsten betreffende gelijke toegang,
- de noodzaak de integriteit van het openbaar telecommunicatienetwerk en de interoperabiliteit van diensten in stand te houden,
- de aard van de aanvraag in verhouding tot de middelen die ter voldoening aan de aanvraag beschikbaar zijn,
- de relatieve marktposities van de partijen,
- het algemeen belang (bijvoorbeeld milieubescherming),
- de bevordering van de mededinging,
- de noodzaak een universele dienst in stand te houden.

Het besluit van de nationale regelgevende instantie dienaangaande wordt overeenkomstig de nationale procedures voor het publiek beschikbaar gesteld. Het besluit dient voor de betrokken partijen uitvoerig met redenen te worden omkleed.

6. In het geval van organisaties die gerechtigd zijn openbare telecommunicatienetwerken en/of algemeen beschikbare telecommunicatiediensten te verstrekken en die nog geen interconnectie van hun faciliteiten tot stand hebben gebracht, kunnen de nationale regelgevende instanties overeenkomstig het beginsel van evenredigheid en in het belang van de gebruikers, als uiterste maatregel van de betrokken organisaties eisen dat zij interconnectie van hun faciliteiten tot stand brengen teneinde essentiële openbare belangen te beschermen, en in voorkomend geval interconnectievoorwaarden vaststellen.”

In verband met de draagwijdte van artikel 9, lid 3, van de richtlijn heeft het Hof van Justitie op 19 september 2002 een arrest gewezen, dat hierna wordt besproken (overweging 8.1).

Richtlijn 97/33/EG is van kracht gebleven tot 24 juli 2003, toen ze is vervangen door richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn).

C. Nationale regelgeving

5.1. Ten tijde van de bestreden beslissingen werd de telecommunicatie geregeld in titel III van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

Hoofdstuk X van die titel bevatte “maatregelen ter vrijwaring van de eerlijke mededinging”.

Ten tijde van de bestreden beslissingen kwam daarin een artikel 109ter voor, dat een regeling bevatte in verband met de interconnectie van netwerken. Die bepaling, ingevoegd bij de wet van 20 december 1995 en gewijzigd bij de wet van 19 december 1997 en het koninklijk besluit van 4 maart 1999, luidde toen als volgt:

“Art. 109ter. § 1. De Koning legt op advies van het Instituut de termijnen en de principes vast die van toepassing zijn op de commerciële onderhandelingen die worden gevoerd om interconnectieakkoorden te sluiten.

§ 2. Elke leverancier van een openbaar telecommunicatienet of van telecommunicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, die op die manier de aansluitmogelijkheden van de eindgebruiker controleert, is verplicht onderhandelingen aan te knopen met de overige leveranciers van een openbaar telecommunicatienet of van telecommunicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden wanneer zij een verzoek om interconnectie indienen. Worden eveneens onderworpen aan de rechten en plichten van het voorgaande lid:

1° de operatoren die huurlijnen leveren;

2° de operatoren die in een Lid-Staat van de Europese Unie gemachtigd zijn om telecommunicatielijnen te leveren tussen de Europese Unie en derde landen en die daarbij uitsluitende rechten genieten;

3° de operatoren inzake spraaktelefonie.

Het Instituut kan beslissen om van geval tot geval die verplichting tijdelijk te beperken indien de gevraagde interconnectie kan worden vervangen door technisch, financieel en commercieel uitvoerbare oplossingen en indien de gevraagde interconnectie niet overeenstemt met de beschikbare middelen om het verzoek in te willigen.

Die beslissing wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad en in het jaarverslag, bedoeld in artikel 75, § 7 van deze wet.

§ 3. Elke organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken of openbare mobiele telefoonnetwerken of huurlijndiensten of spraaktelefoondiensten, is verplicht op niet-discriminerende wijze te antwoorden op alle redelijke verzoeken om interconnectie en aansluiting, met name de toegang tot de andere punten dan de aansluitpunten die aan de meerderheid van de eindgebruikers worden aangeboden.

Elke organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste of mobiele spraaktelefoondienst of huurlijnen of vaste openbare telefoonnetwerken of openbare mobiele telefoonnetwerken garandeert de gelijke toegang zonder discriminatie tot de interconnectiediensten, inclusief tot zichzelf of tot één van haar dochterondernemingen of partners die een telecommunicatiedienst exploiteert.

§ 4. Elke organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken of huurlijndiensten of voor spraaktelefonie is verplicht om volgens de nadere regels, vastgesteld door de Koning, op voorstel van het Instituut, een aanbod te publiceren van technische aard en met betrekking tot de interconnectietarieven, dat vooraf door het Instituut is goedgekeurd. Dat aanbod moet worden gesplitst zodat degene die om interconnectie verzoekt niet verplicht is om zich op diensten te abonneren die hij niet wenst. Het Instituut oordeelt of het aanbod voldoende gesplitst is.

De bekendmaking van dit aanbod vormt geen belemmering voor verzoeken om interconnectieonderhandelingen waarin dit aanbod niet voorzien heeft.

Het in het eerste lid van deze paragraaf bedoelde aanbod bevat voorwaarden die verschillen naarmate het zich richt tot leveranciers :

- 1° van openbare telecommunicatienetten;
- 2° van andere telecommunicatienetwerken;
- 3° van een spraaktelefoondienst;
- 4° van andere telecommunicatiediensten.

Het Instituut preciseert welke de voorwaarden zijn die mogen variëren en in welke mate, naar gelang van de categorie waartoe de persoon die de interconnectie aanvraagt, behoort.

Het Instituut kan de wijzigingen aan het interconnectieaanbod opleggen die het absoluut noodzakelijk acht.

Indien leveranciers van openbare telecommunicatienetwerken of aan het publiek aangeboden telecommunicatiediensten hun netwerken of diensten niet geïnterconnecteerd hebben, terwijl het Instituut een dergelijke interconnectie absoluut noodzakelijk acht in het belang van de gebruikers, kan het Instituut eisen dat er tot interconnectie wordt overgegaan. In dat geval legt het de interconnectievoorwaarden vast, behoudens het recht van de partijen om overeenkomstig § 5 van dit artikel een overeenkomst te sluiten.

De interconnectietarieven moeten op de kosten gebaseerd zijn. Die kostenoriëntatie wordt opgelegd aan de in het eerste lid vermelde organisaties, alsook aan de operatoren van openbare netwerken voor mobiele telefonie en aan de leveranciers van openbare diensten voor mobiele telefonie die organisaties zijn met een sterke positie op de markt voor interconnectie. Het Instituut is bevoegd om na te gaan of die kostenoriëntatie wordt nageleefd.

§ 5. De interconnectie maakt het voorwerp uit van een overeenkomst tussen de betrokken partijen. Daarin worden de technische en financiële voorwaarden van de interconnectie vastgelegd. De Koning stelt op advies van het Instituut de voorwaarden vast die op zijn minst moeten worden geregeld in een interconnectieovereenkomst. De interconnectieovereenkomst wordt in haar geheel overgezonden aan het Instituut.

Indien zulks absoluut noodzakelijk is om de gelijkheid van de mededingingsvoorwaarden of de interoperabiliteit te garanderen, mag het Instituut vragen de reeds gesloten overeenkomsten te wijzigen.

Daartoe stelt het Instituut de termijn vast na afloop waarvan de partijen hun overeenkomst moeten hebben aangepast om de door het Instituut gevraagde wijziging aan te brengen. De nieuwe overeenkomst wordt ter goedkeuring aan het Instituut voorgelegd. Bij het uitblijven van een akkoord tussen de partijen of indien de overeenkomst niet wordt goedgekeurd, legt het Instituut de wijzigingen op die het absoluut noodzakelijk acht.

§ 6. Onder voorbehoud van de internationale verbintenissen van België mag een buitenlandse operator niet meer rechten inzake interconnectie en bijzondere toegang hebben dan die welke in diens land van oorsprong zijn toegekend aan een Belgische operator.

§ 7. Om het Instituut in staat te stellen de toepassing van dit artikel na te gaan, voeren de operatoren van vaste openbare telefoonnetwerken en de leveranciers van de huurlijndienst die zijn aangemerkt als hebbende een sterke positie op de betrokken markt, een gescheiden boekhouding voor hun activiteiten met betrekking tot interconnectie, waardoor het tevens mogelijk wordt om de interconnectiediensten die aan derden worden geleverd en de interconnectiediensten die intern worden geleverd, te identificeren.

§ 8. Een vast openbare telefoonnetwerk is een openbaar geschakeld telecommunicatienetwerk dat de overdracht mogelijk maakt tussen

netwerkaansluitpunten op vaste locaties van spraak en van audio- informatie met een handbreedte van 3,1 kHz, o.a. voor spraaktelefonie, groep III-faxcommunicatie en spraakbanddatatransmissie via modems met een snelheid van ten minste 2400 bit/s.

Een openbaar mobiele telefoonnetwerk is een openbaar telefoonnetwerk waarvan de netwerkaansluitpunten zich niet op vaste locaties bevinden.”

Hetzelfde hoofdstuk X bevatte ook een artikel 109^{quater}, in verband met de bevoegdheden van het BIPT. Die bepaling, ingevoegd bij de wet van 20 december 1995, vervangen bij de wet van 19 december 1997 en gewijzigd bij het koninklijk besluit van 4 maart 1999, luidde ten tijde van de bestreden beslissingen als volgt:

“§ 1. Onverminderd de bepalingen van artikel 114, § 2, kan het Instituut in geval van niet-nakoming van de krachtens deze titel en haar uitvoeringsbesluiten opgelegde verplichtingen een gemotiveerde ingebrekestelling richten aan de overtreders.

§ 2. Indien de betrokkene na de ingebrekestelling vermeld in vorige paragraaf verder in gebreke blijft, kan het Instituut, na de betrokkene gehoord te hebben, een administratieve geldboete ten bedrage van minimaal 10 000 frank en maximaal 100 000 frank ten aanzien van de natuurlijke personen die krachtens deze titel en haar uitvoeringsbesluiten opgelegde verplichtingen niet nakomen, of een administratieve boete van minimaal 0,5 % en maximaal 5 % van het omzetcijfer in de betreffende sector van de rechtspersonen die de krachtens deze titel en haar uitvoeringsbesluiten opgelegde verplichtingen niet nakomen, opleggen.

§ 3. Indien de betrokkene ook na de oplegging van deze boete verder in gebreke blijft, kan het Instituut, na de betrokkene gehoord te hebben, het bevel geven aan de betrokken persoon om de aansluitingen op de openbare telecommunicatie-infrastructuur af te koppelen of, voor wat betreft de uitgevers van telefoongidsen, om hun activiteiten stop te zetten.”

5.2. Ter uitvoering van het genoemde artikel 109^{ter}, § 1, is het koninklijk besluit van 20 april 1999 genomen, tot vaststelling van de termijnen en de algemene principes van toepassing op de commerciële onderhandelingen die worden gevoerd om interconnectie-overeenkomsten te sluiten en tot vaststelling van de nadere regels voor publicatie van het referentie-interconnectie-aanbod en tot vaststelling van de voorwaarden die geregeld moeten worden in de interconnectie-overeenkomst.

De te dezen relevante bepalingen luidden ten tijde van de bestreden beslissingen als volgt:

“Art. 3. De organisaties met een sterke positie op de betrokken markt mogen geen onredelijke of discriminerende tarieven, voorwaarden of beperkingen opleggen met betrekking tot de aan andere partijen aangeboden interconnectie.

Ze dienen op geïnterconnecteerde organisaties die in gelijkwaardige omstandigheden soortgelijke diensten aanbieden, vergelijkbare voorwaarden toe te passen en aan andere interconnectiefaciliteiten en informatie te verstrekken onder dezelfde voorwaarden en van dezelfde kwaliteit als die welke voor hun eigen diensten of voor die van hun dochtermaatschappijen of partners gelden.

Art. 6. De partij van wie het verzoek om interconnectie uitgaat dient per aangetekend schrijven haar volledige aanvraag in, vergezeld van alle gepaste gegevens waaronder een door het Instituut opgesteld document waaruit blijkt dat zij ofwel een geldige aanvraag heeft ingediend met het oog op het verkrijgen van een individuele vergunning ofwel aan de reglementaire voorwaarden voldoet met het oog op de exploitatie van een telecommunicatiedienst of een dienst huurlijnen waarvoor interconnectie noodzakelijk is.

Zij stelt onverwijld, eveneens per aangetekend schrijven, het Instituut op de hoogte van dit verzoek, met vermelding van de volgende gegevens :

1° de identificatie van de verzoeker en van de partij tot wie het verzoek gericht werd;

2° de datum van het verzoek tot interconnectie;

3° de omschrijving van haar activiteiten of de soort diensten die zij aanbiedt;

4° de gedetailleerde beschrijving van de gevraagde interconnectie.

Art. 7. De partijen beschikken, te rekenen vanaf de datum van het verzoek om interconnectie, over een periode van zes maanden om een interconnectie-akkoord te sluiten.

De in het vorige lid beschreven termijn kan slechts verlengd worden overeenkomstig de voorwaarden en modaliteiten van artikel 10 en 11.

Art. 8. Indien de partijen na verloop van de in het vorige artikel beschreven termijn, al dan niet verlengd overeenkomstig de bepalingen van artikel 10 en 11, geen akkoord hebben bereikt, kunnen ze, gezamenlijk of op eigen initiatief, de Kamer om tussenkomst verzoeken.

Indien na een periode van drie maanden, te rekenen vanaf de datum van het verzoek om interconnectie, blijkt dat de partijen niet tot een doorbraak komen in de gevoerde onderhandelingen en er voldoende gronden bestaan om aan te nemen dat de partijen niet zullen slagen in het bereiken van een akkoord binnen de termijn waarvan sprake in vorig artikel, kunnen ze, gezamenlijk of op eigen initiatief, de Kamer om een tussenkomst verzoeken zonder het einde van deze termijn af te hoeven wachten.

Ingeval een partij weigert om de onderhandelingen aan te vatten, kan de tegenpartij de Kamer onmiddellijk om een tussenkomst verzoeken zonder de termijnen van lid 1 en 2 af te hoeven wachten.

Art. 10. § 1. De partijen kunnen, in gemeenschappelijk overleg, de duur van de verlenging van de onderhandelingstermijn, de schorsing van de onderhandelingen of de stopzetting ervan overeenkomen.

§ 2. In afwijking van artikel 7 en bij gebreke van een akkoord bedoeld in § 1 kan de termijn vastgelegd voor het voeren van de onderhandelingen verlengd worden door de Kamer op aanvraag van één of meerdere partijen.

Deze verlenging kan enkel toegestaan worden voor zover de partijen of één van hen het bewijs leveren dat voldoende gronden bestaan ter rechtvaardiging ervan.

De duur van de verlenging wordt bepaald door de Kamer, na de partijen gehoord te hebben.

In elk geval kan de duur van de verlenging, bedoeld in deze paragraaf, niet

meer bedragen dan zes maanden, te rekenen vanaf het einde van de termijn, bedoeld in artikel 7.

§ 3. In afwijking van § 2, laatste lid, kan de duur van de verlenging tot maximaal negen maanden bedragen indien één van de partijen, het bewijs levert dat de gevraagde interconnectie vanuit technisch oogpunt dermate complex is dat een interconnectie-akkoord onmogelijk gerealiseerd kan worden binnen de oorspronkelijk vastgelegde termijnen.

Art. 11. Indien de partijen overeenkomstig artikel 10, § 1, voorzien hebben in de verlenging van de onderhandelingstermijn, brengen ze het Instituut per aangetekend schrijven op de hoogte van hun voornemen om van deze verlenging gebruik te maken en van de duur van de geplande verlenging.

Indien een of meerdere partijen een verlenging wensen van de termijn overeenkomstig de bepalingen van artikel 10, §§ 2 en 3, geven zij de Kamer hiervan kennis per aangetekend schrijven dat de volgende vermeldingen bevat: 1° de identificatie van de partijen die de onderhandelingen hebben gevoerd; 2° de datum van het verzoek om interconnectie; 3° de weergave van de omstandigheden of redenen die een verlenging van de onderhandelingstermijn rechtvaardigen; 4° de beschrijving van de onderwerpen waarvoor overeenstemming is bereikt; 5° de beschrijving van de onderwerpen waarvoor nog geen overeenstemming bestaat alsmede van de posities die de partijen innemen met betrekking tot deze laatste.

Art. 12. Indien de partijen er niet in slagen om een interconnectie-akkoord te sluiten, moet de partij tot wie het verzoek om interconnectie werd gericht, met oog op de tussenkost van de Kamer en onverlet de verplichtingen van artikel 109ter van de wet met betrekking tot het referentie-interconnectie-aanbod, een interconnectie-aanbod uitwerken.

Het Instituut kan beslissen om dit interconnectie-aanbod te wijzigen met het oog op het bereiken van overeenstemming tussen de partijen.

Na de partijen gehoord te hebben, kan het Instituut het interconnectie-aanbod, al dan niet gewijzigd overeenkomstig het tweede lid, het statuut van voorlopig interconnectie-akkoord verlenen. In voorkomend geval blijft dit voorlopig interconnectie-akkoord van kracht tot op het ogenblik dat de partijen een definitief interconnectie-akkoord hebben ondertekend.

Art. 13. De termijnen en procedures van deze afdeling zijn van overeenkomstige toepassing op de partijen die onderhandelingen voeren met het oog op het aanbrengen van wijzigingen in een tussen hen gesloten interconnectie-akkoord waarvan het voorwerp hetzelfde blijft. De maximale duur van de termijnen, vermeld in artikel 10, §§ 2 en 3 wordt voor de heronderhandeling evenwel beperkt tot drie maanden.

In voorkomend geval moeten in de artikelen 6, 7, 9, 11, en 12 'verzoek om interconnectie' als 'verzoek tot heronderhandeling van het gesloten interconnectie-akkoord' en in de artikelen 6 en 9 'beschrijving van de gevraagde interconnectie' als 'beschrijving van de gevraagde wijzigingen' worden gelezen."

6. In het kader van het voorliggende geschil zijn ook een aantal bepalingen van hoofdstuk III van titel III van de genoemde wet van 21 maart 1991 van belang. Dat hoofdstuk ging over het BIPT.

Artikel 75 van die wet, gewijzigd bij de wetten van 19 december 1997 en 3 juli 2000, bepaalde de opdrachten van het BIPT. Die bepaling luidde ten tijde van de bestreden beslissingen als volgt:

“Art. 75. § 1. Het Instituut geeft een gemotiveerd advies in de gevallen en naar de vorm voorgeschreven door of krachtens deze titel met inbegrip van de gevallen waarin het Instituut een bevoegdheid verkrijgt krachtens de wetten vermeld in artikel 119.

Het Instituut kan op eigen initiatief aan de Minister een gemotiveerd advies verlenen over elke aangelegenheid die verband houdt met de telecommunicatie. Het Instituut geeft de Minister een voorafgaandelijk advies in verband met het vaststellen van ontwikkelingsstrategieën voor de telecommunicatie.

§ 2. De minister kan aan het Instituut om het even welk advies vragen met betrekking tot deze wet.

§ 3. Het Instituut is belast met een algemene opdracht inzake toezicht en controle op de bepalingen van hoofdstuk X van titel I, van titel III en titel IV van deze wet.

§ 4. Behalve de opdrachten, beschreven in deze wet en in de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving, kan het Instituut worden belast met de volgende opdrachten :

1° het uitvoeren van onderzoeken en studies in verband met de telecommunicatie; 2° de studie van de toepassing en de omzetting van de regelen uitgevaardigd door de Europese Unie inzake de telecommunicatie.

§ 5. Het Instituut staat het in artikel 80 bedoelde raadgevend comité bij in de uitvoering van zijn opdrachten en neemt het secretariaat ervan waar.

§ 6. Het Instituut verzekert de bekendmaking van de gemeenschappelijke technische specificaties, die door de Europese Gemeenschap zijn uitgevaardigd.

§ 7. Het Instituut publiceert een jaarverslag over zijn activiteiten. Dat jaarverslag bevat tevens het financieel verslag en de jaarrekening van het fonds voor de universele dienstverlening, alsook een verslag over het beheer ervan.

§ 8. In geval van geschillen tussen personen die telecommunicatienetwerken exploiteren of -diensten aanbieden, wordt door het Instituut, op verzoek van één van de partijen in het geschil of wanneer een overheidsbepaling daarin uitdrukkelijk voorziet, advies verstrekt teneinde de partijen met elkaar te verzoenen. De Koning bepaalt op advies van het Instituut de organisatie van deze procedure.

Voor die opdracht mag het Instituut een beroep doen op externe expertise.

§ 9. Het Instituut waakt over de uitvoering van de beslissingen van de Kamer voor Interconnectie, bijzondere toegang en gedeeld gebruik zoals bepaald in artikel 79ter van deze wet.

§ 10. Het Instituut verleent zijn medewerking aan de activiteiten van de gemengde Commissie voor telecommunicatie.”

7.1. Hetzelfde hoofdstuk III van titel III van de genoemde wet van 21 maart 1991 bevatte ook een artikel 79ter. Bij die bepaling werd bij het BIPT een Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik opgericht, die bevoegd was om bepaalde geschillen, onder meer in verband met interconnectie, te beslechten.

Dat artikel 79ter, ingevoegd bij de wet van 19 december 1997, en gewijzigd bij het koninklijk besluit van 4 maart 1999 en de wet van 2 januari 2001, luidde ten tijde van de bestreden beslissingen als volgt:

“Art. 79ter. § 1. Bij het Instituut wordt een instantie opgericht, de Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik, hierna ‘de Kamer’ genoemd. Deze is samengesteld uit drie leden, aangewezen uit de kring van de ambtenaren van niveau 1 van het Instituut. De Kamer wordt samengesteld door de leidinggevende ambtenaar van het Instituut voor elke zaak.

De werking van de Kamer en de procedure worden door de Koning, op advies van het Instituut vastgesteld.

De Kamer mag geen instructies ontvangen die erop gericht zijn haar beslissing in de haar onderworpen geschillen te beïnvloeden.

Behoudens in het kader van een bij haar aanhangig gemaakt geschil, is de Kamer niet bevoegd om enige verplichting op te leggen.

§ 2. Bij geschillen inzake interconnectie, huurlijnen, gelijke toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik, neemt de Kamer, op verzoek van één der partijen, de nodige stappen om het geschil binnen zes maanden na indiening van het verzoek te beslechten. Bij de beslechting van het geschil moet een billijk evenwicht gevonden worden tussen de legitieme belangen van beide partijen. Wanneer de Kamer oordeelt over de verlenging van de onderhandelingstermijn vermeld in artikel 108bis neemt zij een beslissing binnen de tien werkdagen na het indienen van het verzoek. Deze verlenging mag niet meer bedragen dan vier maanden te rekenen vanaf de beslissing van de Kamer.

§ 3. De administratieve beslissing van de Kamer is gemotiveerd en houdt onder meer rekening met :

- de belangen van de gebruikers;
- aan de partijen opgelegde reglementaire verplichtingen of beperkingen;
- de wenselijkheid het aanbod van innovatieve oplossingen op de markt te stimuleren en de gebruikers een breed scala van telecommunicatiediensten te bieden;
- de beschikbaarheid van andere, technisch en commercieel levensvatbare oplossingen voor de aangevraagde interconnectie;
- de wenselijkheid te zorgen voor overeenkomsten betreffende gelijke toegang;
- de noodzaak de integriteit van de openbare telecommunicatienetwerken en de interoperabiliteit van telecommunicatiediensten in stand te houden;
- de aard van de aanvraag in verhouding tot de middelen die ter voldoening van de aanvraag beschikbaar zijn;
- de relatieve marktposities van de partijen;
- het algemeen belang, waaronder milieubescherming;
- het behoud van een onvervalste marktstructuur;
- de noodzaak een universele dienst in stand te houden.

§ 4. In geval van een zware en onmiddellijke inbreuk op de voorschriften die de telecommunicatiesector regelen kan de Kamer na de betrokken partijen te hebben gehoord bewarende maatregelen opleggen met name met het oog op de garantie van de continuïteit van de werking van de telecommunicatiediensten.

§ 5. De Kamer maakt de beslissingen openbaar behalve de bij de wet beschermde geheimen. Zij geeft de partijen kennis van die beslissingen.”

7.2. Ter uitvoering van artikel 79^{ter}, § 1, is het koninklijk besluit van 4 oktober 1999 genomen, houdende de werking en de procedure voor de Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik.

8.1. In 2001 heeft de Europese Commissie bij het Hof van Justitie een vordering tegen België ingesteld, wegens nalaten om de hiervóór genoemde richtlijn 97/33/EG volledig om te zetten in het nationale recht. Eén van de bepalingen die volgens de Commissie niet naar behoren was omgezet, was artikel 9, lid 3, dat handelde over de verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties in verband met het sluiten of het wijzigen van interconnectieovereenkomsten (zaak Commissie t. België, C-221/01).

Met een arrest van 19 september 2002 heeft het Hof van Justitie over die vordering uitspraak gedaan. In zoverre de vordering betrekking heeft op de onjuiste omzetting van artikel 9, lid 3, van de richtlijn, stelt het Hof vast dat de Commissie aanvoert “dat artikel 109^{ter}, lid 4, vijfde alinea, van de wet van 21 maart 1991 alsmede de artikelen 8 en 12 van het K.B. van 20 april 1999, waarbij volgens het antwoord van de Belgische autoriteiten op het met redenen omkleed advies, artikel 9, lid 3, van de richtlijn is omgezet, niet voorzien in de mogelijkheid voor de nationale regelgevende instanties om conform deze bepaling ‘te allen tijde op eigen initiatief (op te treden)’ in de onderhandelingen inzake interconnectieovereenkomsten” (punt 29). Het Hof verklaart die grief om de volgende redenen gegrond:

“33. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat [...] uit de bewoordingen van artikel 9, lid 3, van de richtlijn en uit de vijfde overweging daarvan volgt dat de nationale regelgevende instanties bevoegd moeten zijn om te allen tijde tussen te komen in de onderhandelingen die tot een interconnectieovereenkomst leiden. Het was duidelijk de bedoeling dat deze mogelijkheid om tussen te komen los staat van de bevoegdheid om de wijziging van reeds gesloten interconnectieovereenkomsten te verlangen.

34. De door de Belgische regering aangevoerde nationale wetgeving kent aan het BIPT echter zeer algemene toezichthoudende bevoegdheden toe die in de praktijk niet kunnen worden beschouwd als een voldoende specifieke bevoegdheid om in handelsbesprekingen tussen te komen, en specifieke bevoegdheden om tussen te komen, doch op gebieden die niet precies overeenstemmen met die welke in artikel 9, lid 3, van de richtlijn zijn bedoeld.”

8.2. Ter uitvoering van het arrest zijn op 19 maart 2003 twee koninklijk besluiten genomen.

Bij een eerste koninklijk besluit, tot omzetting van de artikelen 7.5 en 9.3 van richtlijn 97/33/EG van 30 juni 1997 van het Europees Parlement en de Raad inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP), bekrachtigd bij de wet van 22 december 2003, wordt onder meer in artikel 109^{ter}, § 5, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991 na de derde zin de volgende zin ingevoegd: "Het Instituut kan altijd en op eigen initiatief tussenbeide komen om [...] één of meer partijen bij een onderhandeling over een interconnectieovereenkomst te verplichten tot naleving van de minimumvoorwaarden die door de Koning worden vastgesteld of om de aanvullende onderwerpen vast te stellen die geregeld moeten worden, alsook de specifieke voorwaarden die in een dergelijke overeenkomst moeten worden nageleefd."

Bij een tweede koninklijk besluit, tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 december 1997 betreffende het beheer van het nummeringsplan en het koninklijk besluit van 20 april 1999 tot vaststelling van de termijnen en de algemene principes van toepassing op de commerciële onderhandelingen die worden gevoerd om interconnectieovereenkomsten te sluiten en tot vaststelling van de nadere regels voor publicatie van het referentie-interconnectieaanbod en tot vaststelling van de voorwaarden die geregeld moeten worden in de interconnectieovereenkomst, worden onder meer de artikelen 7, 8, 9 en 13 van het hiervóór genoemde koninklijk besluit van 20 april 1999 gewijzigd en worden de artikelen 10 en 11 van dat besluit opgeheven.

Die twee koninklijke besluiten zijn in werking getreden de dag waarop ze in het Belgisch Staatsblad zijn bekendgemaakt, d.i. op 7 april 2003. Ze zijn dan ook niet meer rechtstreeks relevant voor de voorliggende zaak.

9. Volledigheidshalve kan opgemerkt worden dat de toepasselijke regelgeving later nog verder is gewijzigd.

9.1. Bij de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector is het statuut van onder meer het BIPT gewijzigd. Het BIPT behoudt het toezicht op de naleving van titel III van de wet van 21 maart 1991 (artikel 14, § 1, 3°). In die titel worden evenwel een aantal artikelen, waaronder de hiervóór genoemde artikelen 75 (i.v.m. de opdrachten van het BIPT) en 79^{ter} (i.v.m. de Kamer voor Interconnectie,

huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik), opgeheven.

Bij 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 wordt vooreerst bepaald dat tegen besluiten van het BIPT beroep met volle rechtsmacht kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kort geding (artikel 2). Voorts wordt de Raad voor de Mededinging bevoegd gemaakt voor onder meer de geschillen tussen telecommunicatieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten met betrekking tot interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik (artikel 4). Hiermee neemt de Raad voor de Mededinging de bevoegdheid over van de Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik. Bij de wet van 31 mei 2009 wordt bijkomend bepaald dat ook tegen de besluiten van de Raad voor de Mededinging beroep met volle rechtsmacht kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kort geding.

Deze wijzigingen zijn in werking getreden op 23 april 2003, datum waarop de koninklijke besluiten van 7 april 2003 houdende benoeming van de voorzitter en de leden van de raad van het BIPT in het Belgisch Staatsblad zijn bekendgemaakt.

9.2. Het hiervóór genoemde artikel 109*ter*, § 2, van de wet van 21 maart 1991 is gewijzigd bij de eerstgenoemde wet van 17 januari 2003, eveneens met ingang van 23 april 2003. Deze wijziging houdt evenwel geen verband met het voorliggende geschil.

De regeling inzake telecommunicatie is vervolgens grondig gewijzigd bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie. Bij die wet worden onder meer de hoofdstukken IX*ter* tot X*bis* van titel III van de wet van 21 maart 1991 (artikelen 105*bis* tot 109*ter*F), en dus onder meer het genoemde artikel 109*ter*, opgeheven. De interconnectie van openbare elektronische communicatienetwerken maakt voortaan het voorwerp uit van in het bijzonder de artikelen 51 tot 53 van de wet van 13 juni 2005.

Het BIPT is voortaan ook bevoegd voor het toezicht op de naleving van de wet van 13 juni 2005 (gewijzigde artikel 14, § 1, 3°, van de hiervóór genoemde eerste wet van 17 januari 2003).

IV. Feiten

A. De interconnectieovereenkomst van 19 december 1997

10. Belgacom en Telenet hebben op 19 december 1997 een voorlopige interconnectieovereenkomst (“Provisional Interconnection Agreement”) gesloten.

10.1. Omdat Telenet toen nog wachtte op haar vergunningen voor de exploitatie van een openbaar telecommunicatienetwerk en voor de levering van een spraaktelefoondienst, en omdat de partijen hun discussies en onderhandelingen over de interconnectie tussen hun netwerken nog niet volledig hadden gefinaliseerd, was besloten een voorlopige overeenkomst te sluiten die van toepassing zou zijn zodra Telenet haar voorlopige vergunningen zou krijgen.

Artikel 12.1 van de overeenkomst bepaalde dat de overeenkomst van toepassing was voor de duur van de voorlopige interconnectie (“Provisional Interconnection”). Die voorlopige interconnectie zou duren totdat de voorlopige overeenkomst in gemeen overleg zou worden opgezegd of zou worden vervangen door een definitieve overeenkomst. Bepaalde andere feiten zouden automatisch een einde stellen aan de overeenkomst. Ten slotte werd overeengekomen dat de voorlopige overeenkomst in ieder geval gold tot 31 december 1998, tenzij ze door de contracterende partijen bij een schriftelijke overeenkomst verlengd zou worden.

In artikel 13 werd overeengekomen dat de partijen te goeder trouw en met de nodige ijver hun onderhandelingen zouden voortzetten met het oog op het sluiten van een definitieve interconnectieovereenkomst. Het was de bedoeling dat die onderhandelingen tot een goed einde gebracht zouden worden 12 weken nadat Telenet definitieve vergunningen had verkregen.

10.2. Deze voorlopige interconnectieovereenkomst bevatte zelf geen beding in verband met de terminatietarieven. Daarvoor werd wel verwezen naar de referentiedocumenten gevoegd als bijlage bij de overeenkomst. Die documenten bevatten onder meer de “Belgacom Service Plans” en de “Telenet Service Plans”, waarin tariefvoorwaarden werden vermeld die van toepassing waren op de diensten

die door elke partij werden geleverd. In artikel 3.2 van de overeenkomst was uitdrukkelijk bepaald dat de bij het contract gevoegde referentiedocumenten, waaronder de voornoemde "Service Plans", voorlopige werkdocumenten vormden die besproken waren tussen de partijen en waarover zij onderhandeld hadden, maar die nog zouden worden aangepast en aangevuld om een definitieve interconnectieovereenkomst tussen de partijen te worden. Die documenten zouden aldus het voorwerp uitmaken van de verdere onderhandelingen en besprekingen tussen de partijen, overeenkomstig het voornoemde artikel 13 van de overeenkomst. Indien de partijen het ondertussen eens zouden worden over gewijzigde versies van de voorlopige werkdocumenten, zouden die gewijzigde documenten automatisch de bij de overeenkomst gevoegde documenten vervangen.

De bij de overeenkomst gevoegde "Network Operator Carrier Price List for the Provisional Interconnection Agreement" van Belgacom was, blijkens de bewoordingen ervan, geldig voor de periode van 1 januari tot 31 december 1998. De bij de overeenkomst gevoegde "Telenet Carrier Price List (Provisional Interconnection Agreement)" was geldig, eveneens volgens de bewoordingen ervan, voor de duur van de voorlopige overeenkomst. Bij een aantal "Service Plans" van Telenet werd bovendien uitdrukkelijk vermeld dat de partijen bij de ondertekening van de voorlopige overeenkomst nog geen akkoord hadden bereikt over de precieze financiële voorwaarden die door Telenet toegepast zouden worden op verkeer afkomstig van het Belgacom netwerk, dat door Belgacom werd overgedragen aan Telenet. De partijen kwamen overeen om voorlopig het "intra-access area" tarief van de Belgacom "Service Plans" te gebruiken en de vraag nader te onderzoeken in het kader van de onderhandelingen over de definitieve interconnectieovereenkomst.

De partijen kwamen m.a.w. voorlopig overeen om voor het verkeer in beide richtingen dezelfde tarieven toe te passen. Daarmee volgden zij het zgn. "wederkerigheidsbeginsel". In de praktijk betekende dit dat Telenet, voor het beëindigen van het verkeer op nummers aangesloten op haar netwerk, de tarieven volgde die Belgacom toepaste. Aangezien Belgacom een operator met een sterke machtspositie was, moest zij jaarlijks een zogenaamd "referentieaanbod" voor haar interconnectiediensten doen, en moest dat aanbod door het BIPT worden goedgekeurd. Aan haar referentieaanbod gaf Belgacom de naam "Belgacom Reference Interconnection Offer", of afgekort BRIO (en naargelang de versies verder BRIO 1, BRIO 2, enzovoorts genoemd). In haar relatie met Belgacom zou Telenet dus ook de BRIO-tarieven toepassen.

11. Belgacom en Internet zijn het erover eens dat de interconnectieovereenkomst van 19 december 1997 tot einde 2001 steeds stilzwijgend werd verlengd zonder dat een definitieve interconnectieovereenkomst tot stand kwam. Toen het geschil tussen Belgacom en Telenet ontstond, einde 2001, vormde die overeenkomst dus nog steeds het kader van de relaties tussen Belgacom en Telenet. Wel waren de referentiedocumenten, waaronder de "Service Plans", regelmatig vervangen, onder meer om rekening te houden met de door het BIPT aan Belgacom opgelegde verplichtingen inzake het BRJO. Voor de jaren 1999, 2000 en 2001 is dus gebruik gemaakt van andere "Service Plans" dan die welke oorspronkelijk bij de overeenkomst waren gevoegd.

Van 1998 tot 2001 is het zogenaamde wederkerigheidsbeginsel elk jaar toegepast. De beëindigingsvergoeding die door Telenet aan Belgacom werd aangerekend per oproep van een Belgacom-abonnee naar een Telenet-abonnee bleef dus dezelfde als de beëindigingsvergoeding die Belgacom aan Telenet aanrekende voor de oproep van een Telenet-abonnee naar een Belgacom-abonnee.

B. De verhoging door Telenet van de aan Belgacom aangerekende terminatietarieven

12. Op 14 november 2001 geeft het BIPT advies over het ontwerp van referentie-interconnectieaanbod van Belgacom voor het jaar 2002, gericht tot de operatoren van openbare netwerken en de leveranciers van spraaktelefoon diensten. Belgacom diende, zoals hiervóór vermeld, als organisatie met een sterke marktpositie een referentieaanbod op te stellen en door het BIPT te laten goedkeuren. Het advies wordt door het BIPT gegeven na een openbare consultatie van de andere betrokken operatoren.

In zijn advies spreekt het BIPT zich onder meer uit over het wederkerigheidsprincipe:

"Het Instituut verwerpt de toepassing van het reciprociteitsprincipe in de referentie-interconnectieaanbiedingen van Belgacom. De toepassing van het reciprociteitsprincipe in het aanbod komt er volgens het Instituut op neer dat men een referentiesituatie bepaalt waarin een nieuwe typische operator zich meestal niet kan herkennen. Dat betekent ook dat de meeste nieuwe operatoren geen technische en financiële voorwaarden zouden kunnen genieten die in het referentieaanbod vastgelegd zijn, maar in de meeste gevallen slechts minder gunstige voorwaarden. Bovendien is het duidelijk dat wanneer een operator met een sterke marktpositie een dergelijk principe in zijn aanbod toepast, en daarbij beweert dat de enige interconnectieverzoeken

die hij redelijk acht diegene zijn die symmetrisch zijn, dat neerkomt op het opleggen aan andere operatoren (meestal zonder sterke marktpositie) van de bepalingen van de wet die alleen van toepassing zijn op operatoren met een sterke marktpositie (in het bijzonder artikel 109ter, §§ 3 en 4 van de wet [van 21 maart 1991]). De wetgever heeft enkel aan operatoren met een sterke marktpositie (art. 109ter, § 3) de verplichting opgelegd om op elk redelijk interconnectieverzoek in te gaan. Bovendien is de verplichting om een aanbod te publiceren waarin de interconnectietarieven gebaseerd zijn op de kosten, ook enkel opgelegd aan de operatoren met een sterke marktpositie (art. 109ter, § 4).”

13. Eind 2001 beslist Telenet om haar terminatietarieven te verhogen. Voor de Raad van State voert Telenet aan dat zij hiertoe gedwongen was omdat de tot dan gevolgde tarieven tot gevolg hadden dat zij diensten leverde tegen een vergoeding die lager was dan het bedrag van de kosten.

Aanvankelijk heeft de verhoging enkel betrekking op oproepen vanaf de mobiele netwerken van respectievelijk Belgacom Mobile (later Proximus), Mobistar en KPNO (later Base). De verhoging zou in werking treden op 1 januari 2002. Met een brief van 16 december 2001 wordt Belgacom van de nieuwe basisterminatietarieven op de hoogte gebracht.

In haar verzoekschrift voor de Raad van State stelt Belgacom dat de nieuwe tarieven ongeveer negen maal hoger zijn dan de tarieven die tot dan toegepast werden.

Belgacom reageert met een brief van 21 december 2001, waarin zij voorbehoud maakt en in afwachting van een nader onderzoek van de gevolgen van de tariefverhoging een aantal vragen stelt. Telenet wordt er ook op gewezen dat over de terminatietarieven een overeenkomst moet worden gesloten tussen Belgacom en Telenet. Belgacom verzet zich dan ook in elk geval tegen een inwerkingtreding van het nieuwe tarief op 1 januari 2002.

Met een brief van 28 december 2001 deelt Belgacom haar “Belgacom Carrier Price List” voor 2002 aan Telenet mee. Tegelijk wijst zij erop dat nog een overeenkomst, eventueel van voorlopige aard, vereist is om het verkeer te dekken vanaf 1 januari 2002. Belgacom is bereid, tot verder bericht of overeenkomst tussen beide partijen, om aan Telenet vergoedingen te betalen equivalent aan die van Belgacom volgens haar “Belgacom Carrier Price List” voor 2002”. Indien Telenet niet akkoord zou gaan met dat voorstel, laat zij het aan Telenet over om het relevante verkeer niet meer op haar netwerk door te geven.

Op 16 januari 2002 schrijft Telenet, verwijzend naar een niet voorgelegde brief van Belgacom van 4 januari 2002 en daaropvolgende vergaderingen en contacten, dat zij noteerde dat Belgacom tegen 21 januari 2002 een voorstel zou doen voor de technische implementatie van de nieuwe tarieven voor terminatiediensten op het netwerk van Telenet, die zullen gelden vanaf 1 februari 2002.

14. Op 29 januari 2002 maakt het BIPT een mededeling bekend “inzake de interconnectieverzoeken die buiten het bestek van een referentieaanbod vallen”. Volgens het BIPT moet een referentieaanbod niet noodzakelijk anticiperen op alle mogelijke verzoeken tot interconnectie. Een referentieaanbod mag ook niet zo geformuleerd zijn dat het de mogelijkheid van ervan afwijkende interconnectieverzoeken uitsluit of beperkt.

Met de nota wil het BIPT “de criteria verduidelijken waarop [het] zich baseert om de al dan niet redelijkheid te beoordelen van een interconnectieverzoek dat buiten het bestek van een referentieaanbod valt”. Die criteria worden onder de vorm van de volgende vragen voorgesteld, waarbij de antwoorden op die vragen “een leidraad [moeten] vormen bij de beoordeling door het BIPT”:

- “2.1. Gaat het verzoek over een bestaande dienst in het aanbod van de organisatie met een sterke marktpositie of over een dienst die binnenkort ter beschikking zal zijn?
- 2.2. Gaat het verzoek over een dienst die de organisatie met een sterke machtspositie aan zichzelf aanbiedt of die zij aan haar dochterondernemingen of partners aanbiedt?
- 2.3. Verschafft de gevraagde interconnectie een toegevoegde waarde, een voordeel of een besparing aan de aanvrager, aan de gebruikers en/of de eindgebruikers?
- 2.4. Brengt de gevraagde interconnectie voor de organisatie met een sterke machtspositie evenredige kosten met zich - of integendeel onevenredige kosten - in verhouding tot de winst van de aanvrager?
- 2.5. Brengt de afwijzing van een interconnectieverzoek voor de aanvrager onevenredige, onnodige of vermijdbare kosten met zich?
- 2.6. Brengt de afwijzing van een interconnectieverzoek voor de aanvrager vertragingen mee voor de intrede op de markt of voor zijn groeimogelijkheden?
- 2.7. Brengt de afwijzing van een interconnectieverzoek discriminatie onder operatoren met zich, concurrentievervalsing op de markt?
- 2.8. Maakt de gevraagde interconnectie de netwerken efficiënter of integendeel minder efficiënt?
- 2.9. Vormt de gevraagde interconnectie een stimulans voor -of integendeel een rem op- de investering, de intrede op de markt, de concurrentie?
- 2.10. Bestaan er technisch gelijkwaardige alternatieven die beschikbaar zijn tegen een vergelijkbare prijs?”

Deze lijst van criteria is volgens de mededeling niet volledig en de vragen zijn niet in volgorde van belangrijkheid gerangschikt. Een ongunstig antwoord op één of meer vragen wil volgens de mededeling niet noodzakelijk zeggen dat een verzoek onredelijk is, evenmin als een gunstig antwoord op één of meer vragen noodzakelijk inhoudt dat een verzoek redelijk is. Het BIPT behoudt uitdrukkelijk het recht om te beoordelen, naargelang de bijzondere situatie die hem wordt voorgelegd, welke weging het aan de verschillende criteria toekent. Ten slotte belet de publicatie van de lijst van criteria, bedoeld als referentie, de operatoren niet om andere elementen in te roepen om de redelijkheid of onredelijkheid van een interconnectieverzoek aan te tonen.

15. In een brief van 31 januari 2002 meldt Telenet aan Belgacom dat zij weliswaar niet akkoord gaat met de argumenten van Belgacom en de mobiele operatoren tegen haar nieuwe terminatietarieven, maar dat zij toch, om rekening te houden met de bezwaren van Belgacom, maar met inachtneming van de noodzaak voor Telenet om haar terminatietarieven te verhogen, haar tarieven aanpast. Met name worden de tarieven in vergelijking met de eerder medegedeelde tarieven verlaagd. Daartegenover staat dat het toepassingsgebied ervan wordt verruimd tot alle oproepen, dus met inbegrip van die welke afkomstig zijn van vaste netwerken. De inwerkingtreding van de nieuwe tarieven wordt met een bijkomende maand uitgesteld, zodat ze gelden vanaf 1 maart 2002. Telenet is bereid om die nieuwe tarieven met Belgacom te bespreken.

In haar verzoekschrift in de zaak A. 124.863 zet Belgacom uiteen dat deze tarieven nog altijd vijfmaal hoger zijn dan de tot dan tussen de partijen geldende interconnectietarieven. De tariefverhoging zou tot gevolg hebben dat Belgacom aan Telenet vergoedingen zou moeten betalen die op jaarbasis in totaal meer dan 30 miljoen euro hoger liggen dan de eerdere vergoedingen. Belgacom voert voorts aan dat zij die kostenverhoging op grond van de in de telecomwetgeving aan haar opgelegde verplichting tot kostenoriëntatie en niet-discriminatie aan de consument moet doorrekenen, wat tot gevolg zou hebben dat ofwel haar tarieven voor oproepen naar het netwerk van Telenet met ongeveer 100 % verhoogd moeten worden, ofwel al haar tarieven, voor al haar eindgebruikers, met 4 % verhoogd moeten worden.

16.1. Met een schrijven van 3 februari 2002 aan het BIPT deelt Telenet mee dat zij beslist heeft haar interconnectietarieven te verhogen. Zij legt uit dat zij zich daarvoor gebaseerd heeft op een kostenmodel, opgesteld volgens de beginselen

die het BIPT zelf gehanteerd heeft in een advies van 17 december 2001 over de kostenstructuur van Belgacom Mobile. Telenet voegt haar kostenmodel als bijlage bij haar schrijven, met uitdrukkelijke vermelding van het "strikt vertrouwelijk karakter" ervan. Telenet verzoekt het BIPT "om een bevestiging dat haar verzoek tot interconnectie aan Belgacom overeenkomstig de nieuwe interconnectietarieven een redelijk verzoek tot interconnectie uitmaakt in de zin van artikel 109^{ter} van de wet van 21 maart 1991 [...], aangezien zij gerechtvaardigd is op basis van het kostenmodel van Telenet". Telenet vermeldt ten slotte dat haar verzoek aan het BIPT is gericht overeenkomstig artikel 75, § 3, van dezelfde wet, krachtens hetwelk "het Instituut is belast met een algemene opdracht inzake toezicht en controle op de bepalingen van hoofdstuk X van titel I (lees: de bepalingen van titel III)".

16.2. Op 5 februari 2002 antwoordt het BIPT dat het nog geen formele beslissing kan nemen, aangezien het dossier eerst nog grondig moet worden onderzocht.

Wel duidt het reeds de criteria aan die het zal hanteren om te beslissen of het verzoek tot interconnectie al dan niet redelijk is, en dus of een operator met een sterke marktpositie al dan niet verplicht is erop in te gaan. Aldus merkt het BIPT op dat, indien de tariefverhoging de werkelijke onderliggende kosten reflecteert, niet gezegd kan worden dat Telenet onredelijke marktverstorende marges opeist. Voorts merkt het BIPT op dat de operator met een sterke marktpositie deze kosten moet verhalen op de desbetreffende oproepen, dat het niet inwilligen van het verzoek zou leiden tot misbruik van machtspositie, en dat het niet recupereren van de kosten op de desbetreffende eindgebruikerstarieven discriminerend zou zijn ten opzichte van andere operatoren en abonnees. In dit verband wijst het BIPT er ook op dat Belgacom het principe van tariefdifferentiatie in functie van verschillende terminatietarieven reeds toepast voor oproepen naar de mobiele operatoren Proximus, Mobistar en Base, zodat een weigering discriminerend zou kunnen zijn ten opzichte van Telenet. Voorts merkt het BIPT op dat het redelijk karakter van het verzoek ook afgewogen moet worden tegenover de gerechtigde belangen van de operator met een sterke marktpositie. Deze kan onder meer niet verplicht worden een eindeloos verschillend aantal eindgebruikerstarieven te implementeren aangezien dit, naast de complexiteit in "billing" en facturatie, het risico verhoogt op betwistingen, onbetaalde facturen en imagooverlies wegens gebrek aan transparantie. Ten slotte moet ook rekening worden gehouden met de impact op de eindgebruiker, die niet weet tot welke operator de opgeroepene behoort en die dus, in geval van tariefdifferentiatie naargelang de operator van de opgeroepene, niet bij

voorbaat de exacte kost van zijn oproep kent. Het weigeren van de tariefdifferentiatie zou discriminerend (kunnen) zijn tussen mobiele en vaste operatoren. In dit verband merkt het BIPT ook uitdrukkelijk op dat het in het belang van de eindgebruiker essentieel is dat de tariefverschillen “niet excessief” zijn, en stelt het vast dat de voorgestelde tariefverhoging “[zich situeert] binnen de differentiatie die thans bestaat tussen mobiele operatoren”, zodat ze, onder voorbehoud van nader onderzoek, in dit opzicht “dus redelijk [lijkt]”.

Het BIPT maakt ook nog allerlei opmerkingen in verband met de wijze waarop het de “kostenoriëntatie” (kostenberekening) zal toetsen.

Het BIPT vestigt ook de aandacht op het feit “dat te sterk gedifferentieerde interconnectietarieven een verstorend effect kunnen betekenen”, aangezien het de klanten van de andere, concurrerende, operatoren zijn die de terminatiekosten betalen. Om die reden “is er waakzaamheid vereist”.

Het BIPT besluit dat, “indien rekening wordt gehouden met de hierboven uitgewerkte elementen, kan gesteld worden dat Telenet gerechtigd is een dergelijk redelijk verzoek tot interconnectie aan Belgacom te richten. Telenet is vrij hierover te onderhandelen, en de wettelijk voorzien rechtsmiddelen aan te wenden indien nodig m.b.t. deze onderhandelingen”.

16.3. Als reactie op die brief vraagt Telenet op 7 februari 2002 dat het BIPT, na de vereiste verificaties te hebben ondernomen, zou bevestigen dat het kostenmodel van Telenet overeenstemt met de algemene principes vermeld in de brief van het BIPT van 5 februari 2002, en dat de nieuwe interconnectietarieven bijgevolg verantwoord zijn op grond van de kosten van Telenet. Telenet deelt mee dat zij de vaststellingen van het BIPT in voorkomend geval zou aanwenden voor de Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik (hierna: Kamer voor interconnectie), indien een geschil voor die Kamer aanhangig zou worden gemaakt.

17.1. Ondertussen heeft Belgacom in een brief van 4 februari 2002 aan Telenet meegedeeld tevreden te zijn dat afgezien werd van het oorspronkelijke voorstel, maar nog steeds grote bezwaren te hebben tegen het nieuwe voorstel. Alvorens Belgacom verdere actie onderneemt, vraagt ze om een dringende bespreking tussen de partijen. Tevens worden een aantal verduidelijkingen gevraagd,

onder meer over de kwestie van de toepasselijkheid van de nieuwe tarieven op oproepen uit het buitenland.

17.2. Op 6 februari 2002 vindt een bespreking plaats tussen vertegenwoordigers van Belgacom en Telenet. Uit een door Telenet opgesteld verslag van die vergadering blijkt dat Belgacom onder meer vraagt “of er nog ruimte tot negotiatie is m.b.t. de tarieven”, en dat Telenet daarop antwoordt “dat zij altijd bereid zijn te overleggen, doch ze niet kunnen terugkomen op de aangekondigde tarieven”. Op een andere vraag van Belgacom antwoordt Telenet dat de nieuwe tarieven zowel op het nationale verkeer als op het internationale verkeer van toepassing zijn. Op de vraag van Belgacom of de nieuwe tarieven gebaseerd zijn op de kosten van Telenet en of Belgacom inzage kan krijgen in het kostenmodel van Telenet, antwoordt deze laatste dat zij geen operator is met een sterke marktpositie en dus niet verplicht is kostengeoriënteerd te werken, dat de kosten voorts confidentiële informatie zijn, maar dat het niet uitgesloten is dat haar kostenmodel door het BIPT of door een onafhankelijke expert zou worden gecontroleerd. Het verslag stelt vast dat Belgacom “duidelijk [laat] weten niet akkoord te gaan met de nieuwe Telenet tarieven en zich [...] het recht [zal] voorbehouden alle acties te nemen om de tarieven te betwisten”.

17.3. Met een schrijven van dezelfde dag, 6 februari 2002, herhaalt Belgacom haar bezwaren tegen de nieuwe tarieven van Telenet. Belgacom stelt dat die tarieven op verscheidene punten strijdig zijn met de wet, en dat de termijn tot aan de inwerkingtreding ervan in elk geval onvoldoende is, onder meer omdat Belgacom verplicht zal zijn om haar contracten met operatoren in het buitenland te herzien. Belgacom bevestigt dat de nieuwe tarieven en de timing van de invoering ervan niet aanvaardbaar zijn, en vraagt Telenet om haar voorstel ten laatste op 9 februari 2002 in te trekken. Indien dat niet gebeurt, behoudt Belgacom zich het recht voor om actie te ondernemen ter verdediging van haar rechten.

17.4. Telenet stuurt op 8 februari 2002 een antwoord aan Belgacom. Daarin stelt ze vast dat Belgacom blijkbaar elke afwijking van het wederkerigheidsbeginsel weigert. Telenet stelt hiertegenover dat zij vrij is om haar eigen interconnectietarieven vast te stellen, en bevestigt dat zij de in haar brief van 31 januari 2002 vermelde tarieven vanaf 1 maart 2002 zal toepassen. Telenet deelt ten slotte mee dat zij, gelet op de weigering van Belgacom om die tarieven te aanvaarden, een geschil aanhangig heeft gemaakt bij de Kamer voor Interconnectie,

met verzoek aan de Kamer om te beslissen dat haar tarieven neerkomen op een redelijk interconnectieverzoek, dat door Belgacom aanvaard moet worden.

Met een brief van dezelfde dag, gericht aan een andere eenheid van Belgacom, deelt een andere eenheid van Telenet haar "Telenet Carrier Price List" mee, die voor Belgacom van toepassing zal zijn in 2002, onder voorbehoud van latere wijzigingen.

18. Met een verzoekschrift dat eveneens gedateerd is op 8 februari 2002 maakt Telenet het hiervóór bedoelde geschil aanhangig bij de Kamer voor interconnectie.

Telenet verzoekt de Kamer te verklaren dat het door Telenet in haar brief van 31 januari 2002 geformuleerde verzoek een redelijk verzoek tot interconnectie uitmaakt, in de zin van artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991, en Belgacom te verplichten hieraan gevolg te geven.

19.1. Op 14 februari 2002 bezorgt Belgacom een nota aan het BIPT met opmerkingen en bezwaren bij het voorstel van Telenet, getiteld "Informatie omtrent Telenet's unilaterale vraag tot verhoging van terminatietarief". In deze nota laat Belgacom weten dat zij de aangekondigde verhoging onredelijk vindt en van mening is dat het wederkerigheidsprincipe van kracht moet blijven.

19.2. Op 15 februari 2002 antwoordt het BIPT aan Telenet dat het zijn antwoord op haar vraag van 7 februari 2002 in beraad houdt zolang het geschil bij de Kamer voor interconnectie aanhangig is. Het staat Telenet wel vrij om ondertussen de nodige informatie aan het BIPT te bezorgen, met het oog op de analyse door het BIPT van de door Telenet voorgestelde verhoging van de terminatietarieven.

19.3. In een brief van 18 februari 2002 aan Belgacom wijst Telenet erop dat de procedure voor de Kamer voor interconnectie de toepassing van haar nieuwe terminatietarieven, zoals meegedeeld op 31 januari 2002, niet opschort. In dat schrijven vraagt Telenet ook dat Belgacom haar de gegevens in verband met binnenkomende oproepen uit het buitenland afzonderlijk zou bezorgen.

Dit schrijven geeft aanleiding tot een verdere briefwisseling tussen Belgacom en Telenet waarop hier echter niet nader moet worden ingegaan.

20. Op 20 februari 2002 wordt namens Belgacom een dagvaarding betekend aan Telenet, om te verschijnen voor de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Mechelen, zitting houdend zoals in kort geding. Belgacom stelt daarmee een vordering tot staking in, op grond van oneerlijke handelspraktijken.

Op die vordering wordt hierna teruggekomen (zie overweging 32).

21. Op 3 juni 2002 doet de Kamer voor interconnectie uitspraak over het verzoek dat door Telenet is ingediend. De Kamer verklaart het verzoek onontvankelijk, in essentie op grond dat de reglementair bepaalde wachttermijn van zes maanden voor het voeren van onderhandelingen tussen de partijen nog niet was verstreken op het ogenblik dat Telenet het geschil aanhangig maakte.

De Kamer merkt hierbij ook op dat de genoemde onderhandelings-termijn is opgeschort zolang het geschil bij haar aanhangig is.

22.1. Met een brief van 4 juni 2002 neemt Telenet vervolgens contact op met het BIPT, "binnen het kader van het bij [zijn] diensten lopende onderzoek naar het redelijk karakter van Telenet's terminatietarieven voor 2002". Telenet legt uit dat, gelet op de beslissing van de Kamer voor interconnectie, het BIPT volgens haar niet meer verhinderd is een beslissing te nemen over het redelijk karakter van haar verzoek tot interconnectie. Telenet vraagt het BIPT dan ook om een formele beslissing desaangaande.

22.2.1. Op 11 juni 2002 richt het BIPT twee gelijkkluidende brieven aan Telenet en Belgacom. Met verwijzing naar het genoemde verzoek van Telenet van 4 juni 2002 spreekt het zich in die brieven uit over het redelijk karakter van Telenet's terminatietarieven voor 2002.

Het BIPT stelt in de eerste plaats vast dat het bevoegd is om een dergelijke beslissing te nemen:

"In het licht van artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven, dat Belgacom verplicht om op niet-discriminerende wijze te antwoorden op alle verzoeken tot interconnectie, heeft het Instituut de bevoegdheid om het al dan niet redelijke karakter van het betreffende verzoek te onderzoeken en, als resultaat van dat onderzoek, te besluiten tot een verplichting of niet in hoofde van Belgacom om te antwoorden op het betreffende verzoek tot interconnectie. Of het al dan

niet redelijke verzoek tot interconnectie uitgaat van een operator met [een sterke positie op de markt] of niet, is in wezen niet relevant.”

Vervolgens onderzoekt het BIPT het al dan niet redelijke karakter van de terminatietarieven:

“Een kostenmodel, ontwikkeld door het consultant bureau Ryan Associates, werd door Telenet overhandigd aan het Instituut.

Aan de hand van het kostenmodel heeft het Instituut onderzocht of het voorgestelde terminatietarief van Telenet de reële kosten reflecteert. De financiële basisinformatie wordt daarbij als betrouwbaar geacht aangezien de interne auditor PriceWaterhouseCoopers schriftelijk heeft verklaard dat de inputs in het kostenmodel de financiële rekeningen van Telenet reflecteren voor wat betreft de afschrijvingen van het jaar 2001, de netto boekwaarde van de activa en de operating kosten.

Op het vlak van de methodologie eiste het BIPT een aantal aanpassingen opdat het model in overeenstemming zou zijn met de door het Instituut gehanteerde principes bij de verificatie van de kostenoriëntatie voor SMP operatoren [operatoren met een sterke marktpositie]. Hoewel het Instituut zich ervan bewust is dat Telenet als niet-SMP operator wettelijk er niet toe gehouden is de terminatietarieven op de kosten te baseren, meent [het] dat een dergelijk kostenmodel op een transparante wijze alle relevante kosten reflecteert en toelaat verschillen met de kostenmodellen van de SMP operatoren duidelijk te identificeren.

Het Telenet kostenmodel dat als basis wordt gehanteerd voor de vaststelling van het terminatietarief voor spraaktelefonie reflecteert bijgevolg de volgende karakteristieken:

[...]

De vergelijking van de lasten die reëel door Telenet worden gedragen en het gevraagde terminatietarief toont volgens het BIPT aan dat het terminatietarief van Telenet redelijk is op basis van de meegedeelde kosten.

Niettemin wenst het Instituut de aandacht te vestigen op de opmerking van Telenet dat de kosten in het huidige kostenmodel thans hoog zijn omdat ze de actuele overcapaciteit van de netwerkelementen reflecteren en omdat de schaalvoordelen in de onderneming niet volledig gerealiseerd zijn.

Wegens het te verwachten dalend effect van een groeiend interconnectievolume op de eenheidskostprijs van het terminatietarief zal het Instituut dan ook een herevaluatie van de situatie maken op basis van geactualiseerde informatie over het interconnectievolume. Dergelijke evaluatie zal twee maal per jaar plaatsgrijpen, te beginnen op 1 januari 2003.”

Het BIPT heeft het vervolgens over de “gevolgen van het redelijke karakter van de terminatietarieven”:

“Uit [het] voorgaande blijkt dat de terminatietarieven van Telenet voor 2002 als redelijk beschouwd kunnen worden. Dit impliceert dat Belgacom overeenkomstig het eerder vernoemde artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991, deze tarieven moet accepteren en betalen. Het is evenwel onvermijdelijk dat dit zijn weerslag zal hebben op de door Belgacom gehanteerde eindgebruikerstarieven. Deze zullen ten gevolge van de tariefverhoging van Telenet stijgen. Het Instituut houdt eraan Belgacom te wijzen op artikel 105^{ter} van de wet van 21 maart 1991, dat Belgacom ertoe verplicht een verhoging van de tarieven voor spraaktelefonie minstens 15 werkdagen op voorhand aan te kondigen, tenzij het Instituut, op verzoek van Belgacom, een afwijking op deze regel toestaat.”

Aan Telenet worden bepaalde verplichtingen in verband met de bekendmaking van haar tarieven opgelegd.

De brief bevat ook een onderdeel in verband met de implementatie van de beslissing door de twee partijen:

“Deze beslissing van het Instituut moet door Telenet en Belgacom geïmplementeerd worden één maand na de ontvangst van deze brief.

Gelet op de omstandigheden van deze zaak, acht het Instituut een implementatie met terugwerkende kracht in deze niet mogelijk: zoals door de Kamer voor interconnectie werd vastgesteld, werden de interconnectieonderhandelingen door Telenet vroegtijdig stopgezet. Dit gebrek aan voldoende onderhandelingen maakt een retroactieve implementatie tot op een precieze datum onmogelijk.”

De brief eindigt met de volgende “conclusie”:

“Deze beslissing van het Instituut waarbij de terminatietarieven van Telenet voor 2002 alleszins tot aan de eerder vernoemde herevaluatie als redelijk worden beschouwd, en waarbij, als gevolg daarvan, een aantal verplichtingen worden opgelegd aan Belgacom en Telenet, moet worden beschouwd als een breed kader dat in ieder geval nog ruimte laat voor de betrokken partijen om onderhandelingen te voeren over de betreffende terminering en zijn operationele implementatie met respect voor de [hiervóór vermelde] timing. Het is niet de strekking van deze beslissing, en evenmin de bedoeling van het Instituut, om deze onderhandelingen onmogelijk of overbodig te maken.”

22.2.2. Tegen de beslissing vervat in de brieven van 11 juni 2002 heeft Belgacom een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en een beroep tot nietigverklaring ingesteld. Die zaak is ingeschreven onder nummer A. 122.669/IX-3375. De vordering tot schorsing is door de Raad van State verworpen bij arrest nr. 108.686 van 3 juli 2002. Bij arrest nr. 119.843 van 23 mei 2003 heeft de Raad van State vastgesteld dat Belgacom in die zaak A. 122.669/IX-3375, na de kennisgeving van het genoemde arrest nr. 108.686, geen

verzoek tot voortzetting van de rechtspleging heeft ingediend. De Raad heeft dan ook de afstand van het geding vastgesteld.

Ondertussen heeft Belgacom tegen de beslissing van 11 juni 2002 een tweede beroep tot vernietiging ingesteld. Die zaak, ingeschreven onder nummer A. 124.863/IX-3446, is de eerste zaak waarop het voorliggende arrest betrekking heeft.

22.3. Met een brief van 3 juli 2002 vraagt Belgacom dat het BIPT haar een bijkomende termijn van één maand zou verlenen om met Telenet een akkoord te bereiken over de praktische tenuitvoerlegging van de genoemde beslissing van het BIPT van 11 juni 2002. Belgacom verwijst hiervoor, enerzijds, naar moeilijkheden bij het opstarten van de onderhandelingen met Telenet, en anderzijds, naar de tijd die nodig is voor de onderhandelingen met andere operatoren, waarvoor Belgacom het transitverkeer naar Telenet verzorgt.

22.4. Met een schrijven van 5 juli 2002 stelt het BIPT vast dat er een vertraging is geslopen in de onderhandelingen tussen Belgacom en Telenet "omwille van issues die los staan van de grond van de zaak". Zonder zich uit te spreken over de vraag wie daarvoor eventueel verantwoordelijk is, oordeelt het BIPT dat het onmogelijk blijkt om de onderhandelingen nog af te ronden binnen de opgelegde termijn. Het BIPT staat de gevraagde verlenging dan ook toe, maar legt daarbij een verplichting tot rapportering op aan Belgacom, "dat vragende partij is inzake de verlenging".

De brief besluit als volgt:

"De termijn tot implementatie van [...] de beslissing van het Instituut van 11 juni 2002 wordt op 13 juli 2002 verlengd met één maand.

Deze verlenging blijft maar van kracht voor zover voldaan wordt aan de volgende voorwaarde:

Belgacom bezorgt het Instituut voor de eerste maal op 15 juli 2002, vervolgens op 22 juli 2002, en vervolgens wekelijks tot aan het verstrijken van de bijkomende termijn een verslag over de vorderingen in haar onderhandelingen met Telenet én de operatoren die gebruik maken van haar transitdienst. Het verslag duidt aan met wie over welke punten overeenstemming werd bereikt en welke de overblijvende problemen zijn. Wanneer de onderhandelingen op een gegeven punt geen vooruitgang boeken, motiveert Belgacom op een deugdelijke wijze waarom dat het geval is."

De beslissing vervat in dat schrijven, meer bepaald de voorwaarde waarvan de verlenging van de termijn voor de implementatie van de beslissing van 11 juni 2002 afhankelijk wordt gemaakt, vormt het voorwerp van het beroep van Belgacom dat is ingeschreven onder nummer A 126.286/IX-3480. Die zaak is de tweede zaak waarop het voorliggende arrest betrekking heeft.

22.5. De aanvaarding van de interconnectietarieven van Telenet, bij de genoemde beslissing van 11 juni 2002, maakt het voorwerp uit van een mededeling die het BIPT op zijn website plaatst. Daarin wordt ook gewezen op de weerslag van die beslissing op de andere operatoren: Belgacom moet de nieuwe interconnectietarieven van Telenet in aanmerking nemen, en de andere operatoren moeten de transitprijs naleven die door Belgacom zal worden aangepast voor de oproepen naar Telenet. Er wordt ook meegedeeld dat de verplichtingen op 12 augustus 2002 in werking treden.

23. In brieven van 9 augustus 2002 aan Belgacom en Telenet analyseert het BIPT de stand van zaken.

Het stelt vast dat uit de rapportage door Belgacom en Telenet is gebleken “dat een aantal problemen konden worden opgelost”. Met betrekking tot de transitdienst die door Belgacom aan nationale operatoren wordt geleverd (doorsturen van een oproep van een abonnee van een andere operator, via het netwerk van Belgacom, naar een abonnee van Telenet), stelt het BIPT vast dat er nog een aantal problemen zijn. Het is om die reden dat het de hiervóór genoemde mededeling op zijn website geplaatst heeft, waarin het de andere operatoren erop wijst dat zij “verplicht zijn de interconnectievoorwaarden van Belgacom voor oproepen naar Telenet te aanvaarden, vermits die beantwoorden aan de regels inzake kostenoriëntatie”.

Met betrekking tot het “internationale binnenkomende verkeer” via het Belgacom-netwerk naar dat van Telenet, meer bepaald de internationale transitdienst die door Belgacom wordt geleverd aan buitenlandse operatoren, stelt het BIPT vast “dat er tot op heden geen oplossing werd gevonden, noch tussen Belgacom en Telenet, noch tussen Belgacom en de buitenlandse operatoren, noch tussen Telenet en deze buitenlandse operatoren”. Het BIPT noteert dat Belgacom een contractuele relatie heeft met de buitenlandse operatoren, en dat die operatoren “in quasi alle gevallen weigeren [...] de tariefverhoging te aanvaarden”. Een groot deel van deze internationale operatoren heeft bovendien meegedeeld dat zij afstand

willen doen van de transitdienst van Belgacom voor oproepen naar Telenet. Het BIPT stelt vast dat er daardoor “een reëel risico [is] dat vanaf [12 augustus 2002] de eindgebruikers van Telenet vanuit een aanzienlijk aantal landen niet meer zullen kunnen bereikt worden”. Het BIPT koppelt hier de volgende bedenkingen en beslissingen aan vast:

“Wegens internationale akkoorden, juridische consequenties, risico's op bepaalde ongewenste markteffecten, maar vooral ook in het belang van de eindgebruiker, is het voor het BIPT onmogelijk dit te accepteren. Het kan bovendien niet gekaderd worden in de beslissing van 11 juni 2002. Bijgevolg kan niet anders dan het internationaal inkomend verkeer, door Belgacom van een internationale operator ontvangen en via haar transitdienst overhandigd aan Telenet voor beëindiging op dit laatste netwerk, slechts te tarifiëren conform de normale gangbare BRIO-tarieven. Dit zijn m.a.w. de vergoedingen die Belgacom normaal betaalt aan alle nationale operatoren voor dergelijk verkeer. Het afsluiten van het internationaal verkeer kan niet de bedoeling zijn van de beslissing van 11 juni.

De verhoogde interconnectievergoedingen van Telenet kunnen wel worden toegepast m.b.t. het verkeer dat via nationale interconnectie overhandigd wordt aan Belgacom. Belgacom moet dergelijk verkeer aanrekenen aan de andere nationale operator, zoals reeds aan de markt werd meegedeeld via een mededeling van het BIPT op diens website.

Er kan zich een situatie voordoen, waarbij verkeer dat rechtstreeks tussen operatoren op het nationale vlak wordt afgehandeld, en dat dus nationaal interconnectieverkeer is, zou kunnen worden omgeleid via een internationale operator. Dit terwijl het verkeer dat aan Belgacom via een internationale operator wordt overhandigd, niet onderworpen is aan de nieuwe termineringstarieven van Telenet. Dit verschijnsel noemt men *tromboning* of *least cost routing*. De wet van 21 maart 1991 verbiedt dergelijke praktijk niet.”

De beslissing dat de verhoogde interconnectievergoedingen van Telenet door Belgacom moeten worden aangerekend m.b.t. het verkeer dat via nationale interconnectie aan haar wordt overhandigd, vormt het voorwerp van het beroep dat door Belgacom is ingesteld en dat is ingeschreven onder nummer A. 127.790/IX-3616. Die zaak is de derde zaak waarop het voorliggende arrest betrekking heeft.

De beslissing waarbij Telenet wordt verplicht om de normaal gangbare BRIO-tarieven toe te passen voor het internationaal inkomend verkeer, door Belgacom van een internationale operator ontvangen en via haar transitdienst overhandigd aan Telenet voor beëindiging op Telenet's netwerk, enerzijds, en de verklaring dat het “*tromboning*” of “*least cost routing*” verschijnsel niet wordt belet door de wet van 21 maart 1991, anderzijds, vormen het voorwerp van het beroep dat

door Telenet is ingesteld en dat is ingeschreven onder nummer A. 127.855/IX-3517. Die zaak is de vierde zaak waarop het voorliggende arrest betrekking heeft.

24. Door “enkele marktpartijen” op de hoogte gebracht van de beslissing van het BIPT van 9 augustus 2002, vraagt de Europese Commissie (Directoraat-generaal Mededinging) op 6 december 2002 uitleg aan de Belgische regering over de toelating die aan Belgacom is gegeven om het nationaal interconnectieverkeer om te leiden via een internationale operator, met als gevolg dat alle oproepen die uitgaan van Belgacom en die op het netwerk van Telenet worden afgewikkeld, aan lagere terminatietarieven worden onderworpen. De Commissie stelt de vraag of Belgacom aldus niet wordt aangezet of het haar tenminste gemakkelijker wordt gemaakt om haar machtspositie te misbruiken.

Met een brief van 16 januari 2003 geeft het BIPT ten behoeve van de Commissie een verantwoording, vanuit het oogpunt van de Europese mededingingsregels, van zijn beslissing van 9 augustus 2002.

C. De omleiding door Belgacom van oproepen naar Telenet via een derde operator

25.1. Met een schrijven van 11 december 2002 kondigt Belgacom aan het BIPT aan dat zij vanaf 16 december 2002 een prijsvermindering doorvoert voor oproepen van Belgacom naar het netwerk van Telenet, en dit als gevolg van het feit dat Belgacom gebruik kan maken van “alternatieve oplossingen aangeboden door andere met Belgacom geïnterconnecteerde operatoren voor het routeren van oproepen naar het netwerk van Telenet”. De minderkosten die hieruit resulteren worden gereflecteerd in een aanpassing van de tarieven.

Met een schrijven van dezelfde dag wordt ook Telenet op de hoogte gebracht van het feit dat Belgacom “onlangs zeer interessante prijsaanbiedingen heeft gekregen van alternatieve Belgische operatoren om telefonisch verkeer, bestemd [voor] het Telenet netwerk, af te wikkelen”, en dat Belgacom besloten heeft op deze offertes in te gaan. Belgacom zal dan ook “vanaf maandag, 16 december e.k., een substantieel deel van het op haar netwerk georigineerde verkeer via deze alternatieve routes doorsturen”. Er wordt ook meegedeeld dat deze maatregel tot gevolg heeft dat Belgacom een “substantiële verlaging van haar prijzen voor het verkeer naar het Telenet netwerk” zal kunnen aankondigen.

25.2. Telenet antwoordt Belgacom op 12 december 2002. Zij stelt dat het routeren van een betekenisvol volume aan verkeer dat afkomstig is van het binnenland, via internationale correspondenten, strijdig zou zijn met de verplichting van Belgacom om elk redelijk verzoek tot interconnectie te aanvaarden en een misbruik van machtspositie zou vormen. Dergelijke *tromboning* zou ook strijdig zijn met bepaalde algemene rechtsbeginselen, in de mate dat Belgacom Telenet hierdoor wetens en willens dwingt om haar terminatiediensten te leveren onder kostprijs, hetgeen haar ernstige schade zou toebrengen. Telenet wijst in dit verband ook op het "8ste Implementatierapport" van de Europese Commissie, dat uitdrukkelijk verwijst naar het abusief karakter van het opleggen van wederkerige interconnectietarieven aan nieuwkomers door historische operatoren als afnemers van interconnectiediensten.

Met een schrijven van dezelfde dag richt Telenet zich ook tot het BIPT. Zij voert aan dat het gedrag van Belgacom een inbreuk uitmaakt op artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991, in zoverre Belgacom niet ingaat op een redelijk verzoek tot interconnectie. Telenet voert voorts aan dat Belgacom zich hiervoor niet kan beroepen op de algemene verwijzing naar *least cost routing* in het schrijven van het BIPT van 9 augustus 2002, en stelt dat het afwikkelen van een substantieel volume van het verkeer via alternatieve internationale routes de uitholling inhoudt van de verplichting die volgens de beslissing van het BIPT van 11 juni 2002 op Belgacom rust. Telenet wijst ten slotte ook op het misbruik door Belgacom van haar machtspositie, en kondigt aan dat zij overweegt om in dit verband een klacht in te dienen bij de Europese Commissie. Zij verzoekt het BIPT "om alle noodzakelijke maatregelen te treffen teneinde het nakend onwettig gedrag van Belgacom te verhinderen".

26. Met een brief van 12 december 2002 aan Belgacom kondigt het BIPT aan dat het de "conformiteit" van de "alternatieve oplossingen" via met Belgacom geïnterconnecteerde operatoren wenst te onderzoeken, onder meer in het licht van de vragen van de Europese Commissie in haar brief van 6 december 2002 (zie hiervóór, overweging 24) en in het licht van de bezwaren van Telenet. Tevens wenst het BIPT de aangekondigde nieuwe tarieven te onderzoeken in het licht van de op dat ogenblik algemeen toegepaste tarieven en wenst het na te gaan of de nieuwe tarieven wel degelijk kostengebaseerd zijn, dan wel onder de kosten liggen. Met het oog op dat onderzoek vraagt het BIPT "welke operator Belgacom 'een alternatieve route' aanbiedt en op welke manier het verkeer via deze route wordt afgewikkeld". Het BIPT vraagt Belgacom ook om te verduidelijken "wat zij bedoelt

met het zogenaamde 'substantiële deel' dat zij afhandelt via deze alternatieve routes en hoe zij dit gegeven rijmt met haar verplichting tot kostenoriëntering". Ten slotte vraagt het BIPT, gelet op het onderzoek dat het wenst uit te voeren, om de prijsverlaging uit te stellen tot minstens 15 januari 2003 en om zijn vragen ten laatste op 19 december 2002 te beantwoorden.

27.1. Belgacom antwoordt op 13 december 2002 aan het BIPT.

Zij deelt in de eerste plaats mee dat zij, onder voorbehoud van alle rechten en zonder nadelige erkenning, wil ingaan op de vraag van het BIPT om de tariefverlaging uit te stellen tot 15 januari 2003. Zij heeft de tariefverlaging echter al schriftelijk aangekondigd aan een substantieel deel van haar *business* klanten, namelijk de klanten die de typische "*business discount*" plannen in het *business* marktsegment hebben onderschreven (onder meer Benefit Exclusive, Benefit Premium, Benefit Excellence, Value Pack Professional, Value Pack Enterprise), en het is niet mogelijk om voor die klanten nog op de tariefverlaging terug te komen.

Voorts geeft Belgacom al enkele beschouwingen bij de vragen die het BIPT in zijn onderzoek wil betrekken, onder meer in verband met de verenigbaarheid van het gebruik van alternatieve routeringsmogelijkheden met de mededingingsregels.

Ten slotte herhaalt Belgacom dat verscheidene nationale operatoren reeds gebruik maken van her-routeringsmogelijkheden voor hun verkeer naar nummers van het netwerk van Telenet, zoals blijkt uit officiële vaststellingen die Belgacom heeft laten doen en die zij later aan het BIPT zal voorleggen.

27.2. Dezelfde dag, op 13 december 2002, antwoordt Belgacom ook aan Telenet.

Zij verwijst naar de brief van het BIPT van 9 augustus 2002, waarin het BIPT reeds bevestigd heeft dat de wet van 21 maart 1991 het "*least cost routing*"-verkeer niet verbiedt. In verband met het beweerde misbruik van machtspositie wijst Belgacom erop dat zij vrij is om gebruik te maken van de aanbiedingen zoals die bestaan op de markt voor het routeren van verkeer tot het netwerk van Telenet. Beletten dat Belgacom dat zou doen, zou een beperking van de mededinging en een misbruik van machtspositie in hoofde van Telenet uitmaken.

Belgacom deelt ten slotte mee dat zij, om tegemoet te komen aan de wens van het BIPT, de invoering van de tariefverlaging uitstelt tot 15 januari 2003, tenzij voor de individueel reeds aangeschreven *business* klanten.

27.3. Met een brief van 19 december 2002 aan het BIPT bevestigt Belgacom vooreerst dat zij de actie rond de tariefdaling in een eerste fase heeft beperkt tot de klanten die zich hebben ingeschreven op de tariefplannen Benefit Exclusive, Benefit Premium, Benefit Excellence, Value Pack Enterprise en Value Pack Professional. Vervolgens verduidelijkt Belgacom haar positie en antwoordt zij op de vragen die het BIPT heeft gesteld in zijn schrijven van 12 december 2002.

In dit verband deelt Belgacom mee dat zij is ingegaan op aanbiedingen van de (buitenlandse) operatoren Colt en Interoute om het verkeer bestemd voor Telenet van Belgacom over te nemen en ter bestemming te brengen. Die operatoren vragen daarvoor een bepaalde vergoeding aan Belgacom. Belgacom weet niet hoe die operatoren dat verkeer afleveren aan Telenet, maar weet wel dat dit verkeer België terug binnenkomt via Belgacom.

Door een combinatie van de akkoorden met Colt en Interoute kan Belgacom 40 % van het verkeer naar Telenet via een alternatieve, efficiëntere weg ter bestemming brengen. Gelet op het verzoek van het BIPT zal Belgacom haar actie in een eerste fase beperken tot klanten die zich op welbepaalde tariefplannen hebben ingeschreven. In die fase is een veel kleiner aandeel dan 40 % van het verkeer naar Telenet, namelijk 4,5 %, nodig om de tariefdaling te kunnen verwezenlijken. Dat aandeel wordt ruim gehaald.

28. Met een brief van 14 januari 2003 deelt het BIPT aan Belgacom zijn beslissing mee met betrekking tot de situatie die is ontstaan ten gevolge van de aankondiging door Belgacom van een vermindering van de retailprijs voor oproepen van Belgacom naar het netwerk van Telenet. Die beslissing is in de volgende bewoordingen gesteld:

“1. Het Instituut herhaalt dat noch de wet van 21 maart 1991, noch de Europese regelgeving *least cost routing* ('LCR') als dusdanig beletten. Gezien geen enkele specifieke bepaling LCR verbiedt, moet LCR, overeenkomstig de Europese en Belgische algemene beginselen van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van mededinging, als rechtmatig beschouwd worden.

2. Het Instituut heeft evenwel een algemene verplichting om toezicht en controle op de werking van de Belgische telecommunicatiemarkt uit te

oefenen en daarbij een werkzame mededinging op deze markt te vrijwaren (cfr. artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991). Deze algemene opdracht van het Instituut moet geïnterpreteerd worden in het licht van artikel 9 van de Interconnectierichtlijn 97/33/EG van 30 juni 1997 met betrekking tot de algemene verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties ('NRA's'), waarin wordt bepaald dat de NRA's, zoals het Instituut, in het belang van alle gebruikers adequate interconnectie bevorderen en garanderen, waarbij zij hun verantwoordelijkheden zodanig uitoefenen dat maximale economische efficiëntie wordt bereikt en de eindgebruikers maximaal profijt trekken. Verder moeten de NRA's rekening houden met 'de noodzaak de totstandkoming van een door concurrentie gekenmerkte markt te bevorderen'.

3. Het Instituut heeft bij de evaluatie van de ontwikkelingen volgend op de brief van Belgacom van 11 december 2002 rekening gehouden met deze belangen en ze tegen elkaar afgewogen.

4. Met betrekking tot de belangen van de eindgebruikers moet er met verschillende aspecten rekening gehouden worden. Een belangrijk element in deze analyse is de impact die de door Belgacom voorziene LCR-oplossing heeft op het concurrentievermogen op de eindgebruikersmarkt. In het bijzonder mogen abonnees door de gedragingen van Belgacom niet geschaad worden in hun redelijke verwachtingen om diensten te verkrijgen van het netwerk en de dienstleverancier die zij gekozen hebben. Bovendien valt Belgacom als een SMP-operator [operator met een aanmerkelijke macht op de markt] onder de verplichting om niet te discrimineren tussen eindgebruikers. Indien Belgacom verschillende tariefplannen wil toepassen, dan dienen de van elkaar verschillende tarieven verantwoord te worden door objectieve verschillen zoals het verkeersvolume, de facturatiekost of het risico van *bad debt*.

5. Met betrekking tot het bevorderen van een door concurrentie gekenmerkte markt, staan er in de huidige situatie uiteenlopende belangen op het spel. Aan de ene kant moet Telenet in staat zijn om voor haar terminatietarieven ten behoeve van Belgacom redelijke tarieven aan te rekenen die haar kosten reflecteren. Aan de andere kant begrijpen wij dat Belgacom competitief wil blijven op specifieke marktsegmenten waar de mededinging bijzonder hevig woedt, hetzij meer bepaald op de markt voor grote businessklanten die genieten van bijzondere en aantrekkelijke tariefplannen omwille van het grote volume van afgehandeld verkeer dat zij vertegenwoordigen. Indien Belgacom op dit marktsegment verboden zou worden om, in tegenstelling tot de alternatieve operatoren die niet aangemerkt zijn als operatoren met een aanmerkelijke marktmacht, LCR-oplossingen te implementeren om competitief te zijn en te blijven, dan zou Belgacom's positie op deze markten nadelig beïnvloed worden.

6. In de brede belangenafweging die het Instituut geroepen is te maken (*cfr. supra*), is het Instituut echter van oordeel dat de mededinging ernstig belemmerd zou worden, indien Belgacom een aanzienlijk gebruik zou wensen te maken van de LCR-oplossing voor het afwickelen van haar nationaal interconnectieverkeer naar Telenet. Dit lijkt alleszins het geval te zijn wanneer Belgacom ervoor zou kiezen om de LCR-oplossingen, die zij thans ter beschikking heeft, ten volle te benutten, zodat +/- 40 % van het interconnectieverkeer naar Telenet zou kunnen omgeleid worden via een alternatieve, goedkopere route. Dit zou inderdaad Telenet's inkomsten in zulke mate kunnen verminderen dat haar capaciteit om winstgevend te zijn op ernstige wijze in gevaar zou kunnen worden gebracht.

7. Belgacom heeft in haar brief van 19 december 2002 aangegeven dat zij haar actie in een eerste fase beperkt heeft tot klanten die zich hebben ingeschreven op de tariefplannen Benefit Exclusive, Benefit Premium, Benefit Excellence, Value Pack Enterprise en Value Pack Professional. Deze tariefplannen worden aangeboden op een marktsegment dat overeenstemt met hetgeen omschreven kan worden als de markt van de grote businessklanten. Op deze markten hebben verschillende alternatieve operatoren zich gepositioneerd en zijn deze alternatieve operatoren (bijvoorbeeld via rechtstreekse interconnectieverbindingen met hun moederhuis in het buitenland) in staat om meer competitief te zijn door LCR te implementeren.

8. In de contacten met het Instituut volgend op de brief van het Instituut van 12 december 2002 heeft Belgacom duidelijk gemaakt dat om de op 11 december 2002 aangekondigde tariefverlaging te kunnen verantwoorden in het licht van Belgacom's SMP-verplichtingen er voor ongeveer 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet toepassing gemaakt wordt van LCR.

9. Het Instituut is van oordeel dat een dergelijk gebruik van LCR niet valt onder het aanzienlijk gebruik van LCR dat de mededinging belemmert en dat het gebruik van LCR beperkt tot de Benefit Exclusive, Benefit Premium, Benefit Excellence, Value Pack Enterprise en Value Pack Professional tariefplannen in de mate zoals hierboven vermeld tegemoet komt aan de flexibiliteit die vereist is in een uiterst competitieve omgeving.

10. Indien Belgacom echter het aandeel van het verkeer dat afgehandeld wordt via LCR in aanzienlijke mate verhoogt en/of op andere markten aanbiedt, zoals bijvoorbeeld de residentiële markt, waar zij in rechtstreekse concurrentie staat met Telenet en waar er door Belgacom's concurrenten omzeggens geen gebruik wordt gemaakt van LCR-oplossingen, dan is het duidelijk dat een nieuwe situatie ontstaat waarbij de mededinging wel degelijk verstoord wordt en het gebruik van LCR in hoofde van Belgacom als onrechtmatig moet worden beschouwd. In een dergelijke situatie zou het voor het Instituut ondenkbaar zijn om geen nieuwe maatregelen te nemen en/of geen dossier over te maken aan de Raad voor de Mededinging op basis van de artikelen 2 en 3 van de wet betreffende de economische mededinging.

11. Teneinde na te gaan of Belgacom haar reglementaire verplichtingen nakomt en de mededinging niet belemmert, is Belgacom verplicht om het Instituut ten laatste op 23 januari 2003 en vervolgens wekelijks een rapport over te maken, waarin Belgacom voor de periode in kwestie:

- in minuten aangeeft hoeveel verkeer er afgewikkeld werd naar het netwerk van Telenet;
- in minuten aangeeft hoeveel verkeer via alternatieve, goedkopere routes naar het netwerk van Telenet gerouteerd wordt;
- in percentages aangeeft hoeveel verkeer er naar het netwerk van Telenet afgewikkeld werd via alternatieve routes in vergelijking met het totale verkeer naar Telenet;
- duidelijk aangeeft in welke mate het opgegeven verkeer in percentages afwijkt van de gegevens in het vorige rapport.

12. Tot slot wenst het Instituut te herinneren aan het feit dat volgens [zijn] beslissing van 9 augustus 2002 de oplossing voor de doorrekening van de nieuwe terminatietarieven van Telenet ten aanzien van internationale operatoren gelegen is in het heronderhandelen van de overeenkomsten van Belgacom met haar contractpartners/buitenlandse operatoren. Belgacom wordt dan ook gevraagd om eveneens tegen 23 januari 2003 de acties te beschrijven

die zij sedert de beslissing van 9 augustus 2002 in dit kader heeft ondernomen en de status en de resultaten weer te geven van deze onderhandelingen.

13. Gelet op het voorgaande, moge het duidelijk zijn dat iedere verdere aanpassing van retailtarieven voor oproepen naar het netwerk van Telenet gebaseerd op de huidige door Belgacom beschreven LCR-oplossingen of iedere uitbreiding van LCR naar andere markten/tarieflannen vanaf 15 januari 2003 (zoals oorspronkelijk de bedoeling was in hoofde van Belgacom) niet toegestaan is. Het is eveneens duidelijk dat het principe van de monitoring gehandhaafd zal blijven totdat Belgacom een contractuele oplossing gevonden heeft voor de doorrekening van de nieuwe terminatietarieven van Telenet in een internationale context.

14. Telenet wordt eveneens ingelicht over de inhoud van dit schrijven.”

De beslissing waarbij het BIPT aan Belgacom verbod oplegt “om de door Belgacom aan bepaalde categorieën van haar klanten aangeboden *least cost routing* of LCR-tarieven voor het afwickelen van nationaal interconnectieverkeer naar Telenet uit te breiden naar andere klanten of verdere tariefverlagingen door te voeren” is het eerste voorwerp van het beroep dat door Belgacom is ingesteld en dat is ingeschreven onder nummer A. 134.134/IX-3736. Die zaak is de vijfde (en laatste) zaak waarop het voorliggende arrest betrekking heeft.

29.1. Met een brief van 24 januari 2003 meldt Belgacom aan het BIPT dat meer verfijnde berekeningen hebben uitgewezen dat zo'n 5,4 % van het verkeer naar het Telenet netwerk alternatief gerouteerd moet worden om het toegepaste lagere tarief te kunnen aanbieden. Deze verhoging vormt geen wijziging van het klantensegment dat de aangekondigde tariefdaling geniet. Bij de implementatie van de wijziging van het percentage verkeer dat alternatief gerouteerd wordt, zal Belgacom niet hoger gaan dan het in haar brief opgegeven percentage.

29.2. Met een brief van 4 februari 2003 meldt Belgacom aan het BIPT ontvangst van zijn brief van 14 januari 2003. Zij deelt mee dat zij de beslissing van het BIPT om diverse redenen onwettig acht, en gaat punt per punt in op de inhoud daarvan.

In verband met punt 11 (rapportageverplichting) vraagt Belgacom om maandelijks te mogen rapporteren in plaats van wekelijks, omdat de gevraagde gegevens door haar systemen slechts maandelijks worden geproduceerd.

In verband met punt 12 (heronderhandelen van overeenkomsten met buitenlandse operatoren) deelt Belgacom mee dat zij nagenoeg geen enkele

buitenlandse operator heeft gevonden "die ook maar bereid is te spreken over het doorrekenen van de hogere terminatietarieven van Telenet".

30. Op 7 februari 2003 reageert het BIPT als volgt:

"Zoals wij u eerder meedeelden is het voor het Instituut essentieel in het licht van de eerlijke mededinging dat het niveau van *tromboning* van communicaties naar het netwerk van Telenet een beperkt niveau niet overstijgt. Wij zijn er derhalve van overtuigd dat een regelmatige rapportering van de *tromboning* uitgedrukt in minuten en percentages noodzakelijk is om de alternatieve routing naar het netwerk van Telenet op de voet te kunnen volgen teneinde zo nodig tijdig te kunnen ingrijpen. Een maandelijkse rapportering, zoals voorgesteld door Belgacom, laat minder flexibiliteit toe dan een wekelijkse rapportering en is derhalve voor het Instituut slechts aanvaardbaar indien Belgacom het Instituut in voorkomend geval onmiddellijk op de hoogte brengt van een vastgestelde of verwachte stijging van het getromboonde verkeer naar Telenet waardoor de toegestane limieten van 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet overstegen zouden worden. Het volstaat dus niet dat een dergelijke verhoging van getromboond verkeer naar Telenet enkel in de maandelijkse rapportering wordt gemeld."

In zoverre uit dit schrijven een beslissing blijkt om de door Belgacom aangeboden LCR-oplossingen te beperken tot 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet, vormt die beslissing het tweede voorwerp van het beroep in de zaak A. 134.134/IX-3736.

31. Op 13 februari 2003 brengt het BIPT de Europese Commissie op de hoogte van de ontwikkelingen sinds zijn schrijven van 16 januari 2003 (zie hiervóór, overweging 24).

Met een schrijven van 28 februari 2003 reageert de Europese Commissie op de beslissingen van het BIPT van 11 juni 2002, 9 augustus 2002 en 14 januari 2003. In verband met de beslissing van 9 augustus 2002, waarin het BIPT stelt dat de wet van 21 maart 1991 "*least cost routing*" niet verbiedt, neemt de Commissie er akte van dat die beslissing "niet dient beschouwd te worden als een overheidsmaatregel die Belgacom ertoe zou dwingen om van deze LCR mogelijkheid gebruik te maken". Als Belgacom zou overgaan tot een veralgemeend gebruik van LCR, zou die beslissing dus onder haar uitsluitende verantwoordelijkheid vallen, en zou de Commissie die "ondernemersbeslissing" beoordelen in het licht van de mededingingsregels. In verband met de beslissing van 14 januari 2003, waarin het BIPT Belgacom aanspoort om de LCR-oplossing enkel toe te passen op *business* klanten, d.i. op een marktsegment waar Belgacom onderworpen is aan effectieve concurrentie van alternatieve operatoren, begrijpt de

Commissie dat het BIPT hiermee een evenwicht tot stand heeft willen brengen tussen de belangen van de betrokken partijen. De Commissie wijst erop dat het gaat om een tijdelijke oplossing, en dat na verloop van tijd de machtspositie van Telenet op het termineren van oproepen op haar eigen netwerk onderzocht zal moeten worden. Ten slotte vraagt de Commissie om verder op de hoogte te worden gehouden van ontwikkelingen die van belang kunnen zijn voor de toepassing van de mededingingsregels.

D. Latere ontwikkelingen

32. Belgacom heeft, zoals gezegd (zie overweging 20), Telenet op 20 februari 2002 gedagvaard voor de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Mechelen, zitting houdend zoals in kort geding. Volgens Belgacom is de eenzijdige verhoging van de terminatietarieven een maatregel die strijdig is met de eerlijke handelspraktijken (abnormale prijzen en misbruik van machtspositie).

Bij vonnis van 20 januari 2004 verklaart de voorzitter zich onbevoegd, op grond dat “het geschil uitsluitend een contractuele basis heeft gezien niet werd aangetoond dat de houding van Telenet een schending uitmaakt op de Prijzenwet, het Mededingingsrecht, de [wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument] of een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad”.

Tegen dit vonnis stelt Belgacom hoger beroep in.

Bij arrest van 17 maart 2005 hervormt het Hof van Beroep te Antwerpen het bestreden vonnis. Het hof overweegt dat Belgacom met betrekking tot de betwiste interconnectietarieven geen andere rechten heeft dan dat Telenet geen hogere prijs mag aanrekenen dan door het BIPT goedgekeurd. Bovendien kan de aanrekening door Telenet van de door het BIPT goedgekeurde tarieven geen inbreuk vormen op de prijsreglementering of het mededingingsrecht en geen oneerlijke handelspraktijk vormen. Het hof overweegt voorts “dat het werkelijk voorwerp van de vordering, die Belgacom onder de vorm van een stakingsvordering tegen Telenet heeft ingesteld, de beslissing van het BIPT d.d. 11 juni 2002 betreft”. Nu die beslissing volgens het hof geen aantasting inhoudt van enig subjectief recht, zijn de hoven en rechtbanken zonder rechtsmacht om die beslissing met toepassing van artikel 159 van de Grondwet op haar wettigheid te toetsen. Het hof verklaart de oorspronkelijke vordering dan ook ongegrond.

Tegen dit arrest heeft Belgacom een voorziening in cassatie ingesteld. Op het ogenblik dat de debatten in de voorliggende zaak zijn gesloten, was dat cassatieberoep nog hangende.

33. Op 7 december 2004 neemt het BIPT een besluit betreffende het redelijke karakter van het terminatietarief op het netwerk van een andere operator, Versatel, ingevolge het verzoek om interconnectie van Versatel aan Belgacom. Zoals in de in de voorliggende zaak bestreden beslissing van 11 juni 2002, is het BIPT van oordeel dat Belgacom niet kan eisen dat Versatel het zogenaamde “wederkerigheidsbeginsel” verder blijft volgen. De door Versatel toegepaste tarieven worden door het BIPT als redelijk beschouwd.

Tegen dat besluit is door Belgacom een beroep tot vernietiging ingesteld bij het thans bevoegde rechtscollege, het Hof van Beroep te Brussel.

Op het ogenblik dat de debatten in de voorliggende zaak zijn gesloten, was dat beroep nog hangende.

34. Op 11 augustus 2006 neemt het BIPT een besluit “betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de markten van de cluster ‘Vaste telefonie’, geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003”. Het besluit heeft onder meer betrekking op “markt 9: gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie”.

Bij dit besluit beslist het BIPT om een plafondprijs op te leggen voor de termineringstarieven van alle alternatieve operatoren, die overeenkomt met een redelijke afwijking van 15 % ten opzichte van de termineringsprijs van Belgacom. Voor de operatoren die op dat ogenblik termineringstarieven hanteren die veel hoger zijn dan die van Belgacom (met name Telenet en Versatel) wordt een overgangsmechanisme ingesteld dat tarieven van die operatoren tegen 1 januari 2009 geleidelijk moet terugbrengen tot een verschil van 15 %.

Het besluit van 11 augustus 2006 is in werking getreden één maand na de bekendmaking ervan op de website van het BIPT, d.i. op 16 september 2006. Sinds die datum is het, wat Telenet betreft, in de plaats gekomen van de thans bestreden beslissingen van 11 juni en 9 augustus 2002.

Tegen het besluit van 11 augustus 2006 is een beroep tot vernietiging ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel, onder meer door Belgacom en Telenet. Op het ogenblik dat de debatten in de voorliggende zaak zijn gesloten, was dat beroep nog hangende.

V. Zaak A. 124.863/LX-3446

A. Ontvankelijkheid van het beroep

1. Aard van de bestreden handeling

Standpunt van de partijen

35. Telenet werpt in haar verzoekschrift tot tussenkomst een eerste exceptie van onontvankelijkheid op, gesteund op de aard van de bestreden handeling.

Telenet voert aan dat een beroep slechts kan worden ingesteld tegen een handeling die rechtsgevolgen met zich kan brengen, niet tegen een handeling zonder rechtsgevolgen of een handeling die niet belet dat rechtsgevolgen ontstaan. Aldus kan geen ontvankelijk beroep worden ingesteld tegen zuiver declaratieve bestuurshandelingen.

Te dezen is het beroep onontvankelijk aangezien de bestreden beslissing geen constitutieve rechtshandeling is, maar een akte van een met controlebevoegdheid belast orgaan dat vaststelt dat het voorstel van Telenet redelijk is en Belgacom op een dwingende manier aanmaant om de gevolgen hiervan te ondergaan.

In dit verband voert Telenet verder aan dat Belgacom krachtens artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991 verplicht is te antwoorden op een redelijk verzoek tot interconnectie. Het redelijk karakter van een dergelijk verzoek moet door geen enkele instantie vooraf worden beoordeeld. Het redelijk karakter vloeit niet voort uit een al dan niet discretionaire beoordeling door een administratieve overheid, maar uit het aanbod zelf. De verplichting tot beantwoording vloeit evenmin voort uit een beoordeling van een overheid, maar rechtstreeks uit de wet zelf.

Voorts meent Telenet dat, aangezien haar verzoek wettelijk vermoed wordt redelijk te zijn, Belgacom verplicht is hierop in te gaan zolang niet anders is beslist. Indien Belgacom meent dat de tarieven niet redelijk zijn en zij dus niet verplicht is hierop in te gaan, moet zij dit standpunt voorleggen aan het bevoegde rechtscollege of de Kamer voor interconnectie.

Al wat het BIPT gedaan heeft, is Belgacom aanmanen om de nieuwe tarieven van Telenet te implementeren. Het doet dat weliswaar in zeer dwingende bewoordingen, maar dat neemt niet weg dat het niet gaat om een uitvoerbare beslissing.

In haar laatste memorie voegt Telenet hieraan toe dat het recht dat zij ontleent aan artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991 een subjectief recht is, dat niet afhankelijk is van een constitutieve beslissing van het BIPT. Het optreden van het BIPT is te dezen dan ook van declaratieve aard.

36. In haar memorie van wederantwoord antwoordt Belgacom in de eerste plaats dat de stelling van Telenet strijdig is met de houding die deze laatste zelf eerder in dit dossier heeft aangenomen. Telenet heeft immers diverse initiatieven genomen om het BIPT ervan te overtuigen haar tarieven als redelijk aan te merken en ze aan Belgacom op te leggen. Telenet heeft de bestreden beslissing van 11 juni 2002 bovendien, in het kader van de stakingsprocedure voor de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Mechelen, ingeroepen als een nieuw feit dat een heropening van de debatten rechtvaardigde. Ten slotte heeft Telenet zelf een annulatieberoep ingesteld tegen de beslissing van het BIPT van 9 augustus 2002, die het toepassingsgebied van de beslissing van 11 juni 2002 verduidelijkt.

Belgacom voert voorts aan dat uit de toepasselijke wetgeving en reglementering niet blijkt dat een verzoek tot interconnectie uit zichzelf uitvoerbaar zou zijn. Een operator die een verhoging van zijn interconnectietarieven wil afdwingen moet immers, overeenkomstig artikel 109ter, § 2, van de wet van 21 maart 1991, over zijn verzoek tot interconnectie onderhandelen teneinde, in lijn met artikel 109ter, § 5, van die wet en de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 april 1999, tot een overeenkomst met de andere operator te komen. De interconnectieonderhandelingen zijn in eerste instantie commerciële onderhandelingen. Om daaraan een daadwerkelijke inhoud te geven, bepaalt het koninklijk besluit van 20 april 1999 trouwens dat de partijen pas na verloop van een

bepaalde termijn de zaak aanhangig kunnen maken bij de Kamer voor interconnectie.

Belgacom voert ook aan dat uit artikel 109^{ter}, § 5, van de wet van 21 maart 1991 volgt dat het BIPT geen gebonden, maar een discretionaire bevoegdheid uitoefent. Aangezien het BIPT beslist op grond van de beoordeling van een aantal criteria, heeft het een grote beoordelingsmarge. Een beslissing genomen in de uitoefening van die bevoegdheid kan een wijziging van de rechtstoestand van de partijen tot gevolg hebben, en heeft die *in casu* ook, nu het BIPT een vervijfvoudiging van de terminatietarieven van Telenet toestaat. Belgacom verwijst voorts naar de bewoordingen van de bestreden beslissing zelf, waaruit blijkt dat het BIPT aan Belgacom de verplichting oplegt om de terminatietarieven van Telenet te accepteren en te betalen. Het BIPT beschikt ook over de middelen om haar beslissing ten uitvoer te leggen nu ze bij niet-nakoming door een operator van een hem overeenkomstig de wet opgelegde verplichting een gemotiveerde ingebrekestelling kan zenden, bij verder in gebreke blijven een boete kan opleggen, en uiteindelijk het bevel kan geven “om de aansluitingen op de openbare telecommunicatie-infrastructuur af te koppelen” (artikel 109^{quater} van de wet van 21 maart 1991).

Ten slotte wijst Belgacom erop dat, in zoverre Telenet stelt dat haar verzoek tot interconnectie uitvoerbaar is tot het tegendeel wordt bevestigd door een beslissing van een rechtbank of de Kamer voor interconnectie, een dergelijke beslissing te dezen bestaat. De Kamer voor interconnectie heeft immers op 3 juni 2002 geoordeeld dat het verzoek van Telenet voorbarig en onontvankelijk is, zodat elke uitvoerbaarheid aan het verzoek tot interconnectie van Telenet is ontnomen.

Beoordeling

37. Een beroep tot nietigverklaring moet krachtens artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een “akte” (of een -te dezen niet relevant- “reglement”) tot voorwerp hebben. Onder “akte” in de zin van de voormelde bepaling dient te worden verstaan een handeling waarbij wordt beoogd rechtsgevolgen te doen ontstaan of te beletten dat zij tot stand komen, met andere woorden een handeling waarbij wordt beoogd wijzigingen aan te brengen in een bestaande rechtstoestand, dan wel zodanige wijziging te beletten.

38. De bestreden handeling bestaat te dezen in een gemotiveerde beoordeling van het terminatietarief van Telenet, die uitmondt in de conclusie dat dit terminatietarief “redelijk” is, op basis van de meegedeelde kosten, met dien verstande dat de situatie vanaf 1 januari 2003 opnieuw moet worden bekeken. Voorts wordt aangegeven welke concrete verplichtingen voortvloeien uit het redelijk bevinden van de terminatietarieven, zowel voor Belgacom als voor Telenet. Het BIPT beschouwt de bestreden handeling, blijkens de bewoordingen ervan, als een “beslissing”, waaruit welbepaalde rechtsgevolgen voortvloeien.

Om de aard van de bestreden handeling te bepalen, moet rekening gehouden worden met het wettelijke kader waarbinnen die handeling is gesitueerd. Dat kader wordt te dezen in de eerste plaats geboden door artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991. Naar luid van het eerste lid van die bepaling is “elke organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken of openbare mobiele telefoonnetwerken of huurlijndiensten of spraaktelefoondiensten, [...] verplicht op niet-discriminerende wijze te antwoorden op alle redelijke verzoeken om interconnectie [...]”.

Te dezen bestond tussen Belgacom en Telenet betwisting over het al dan niet redelijk karakter van het verzoek om interconnectie dat door Telenet is gedaan. Met de bestreden handeling stelt het BIPT vast dat het verzoek redelijk is. Het oefent daarbij een discretionaire bevoegdheid uit. De bestreden handeling heeft bovendien rechtsgevolgen: het redelijk karakter van de tarieven van Telenet is voortaan door de met het toezicht belaste overheid erkend, zodat Belgacom ertoe gehouden is de in de wet bepaalde rechtsgevolgen te ondergaan. Mocht het BIPT geoordeeld hebben dat de tarieven niet redelijk waren, zouden die rechtsgevolgen niet intreden. De omstandigheid dat de door het BIPT gegeven beoordeling kan worden aangevochten en eventueel kan worden vernietigd, doet aan die vaststellingen geen afbreuk.

De bestreden handeling gaat er ook uitdrukkelijk van uit dat Belgacom ertoe gehouden is de door het BIPT als redelijk beschouwde tarieven van Telenet te accepteren en te betalen. Bovendien heeft het BIPT de mogelijkheid om zijn beslissing af te dwingen, nu het op grond van artikel 109^{quater} van de wet van 21 maart 1991 bij niet-nakoming ervan aan Belgacom een gemotiveerde ingebrekestelling kan zenden, bij verder in gebreke blijven een boete kan opleggen, en uiteindelijk het bevel kan geven om de aansluitingen op de openbare telecommunicatie-infrastructuur af te koppelen.

Anders dan in de exceptie wordt opgeworpen, gaat het derhalve niet om een louter declaratieve handeling, noch om een loutere aanbeveling aan Belgacom om de tarieven van Telenet te implementeren. Het gaat wel degelijk om een beslissing met rechtsgevolgen.

De exceptie kan niet worden aangenomen.

2. Belang

Standpunt van de partijen

38. In zijn memorie van antwoord werpt het BIPT een exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit het ontbreken van een belang in hoofde van Belgacom.

Het BIPT voert aan dat een verzoekende partij moet aantonen dat de vernietiging van de bestreden beslissing haar een voordeel verschaft dat erin bestaat dat een nadeel dat zij thans lijdt zou verdwijnen. Volgens het BIPT faalt Belgacom in dat bewijs.

In de eerste plaats betwijfelt het BIPT of het belang van Belgacom wel voldoende rechtstreeks en actueel is. De bestreden beslissing brengt slechts een breed kader tot stand, dat de betrokken operatoren de kans laat om de onderhandelingen verder te zetten en tot een overeenkomst te komen. Die beslissing heeft met andere woorden een specifieke en in wezen beperkte draagwijdte, die de rechten van Belgacom onverlet laat. Een nadeel zou zich pas kunnen voordoen indien de onderhandelingen tot geen aanvaardbaar resultaat leiden, maar in dat geval staan Belgacom de wettelijk bepaalde beroepsmogelijkheden ter beschikking, met name het beroep bij de Kamer voor interconnectie. In zoverre de bestreden beslissing niet meer doet dan het feitelijk vaststellen van het redelijk karakter van het verzoek van Telenet en van de termijn waarbinnen dit verzoek in werking dient te treden, en het parafraseren van de wet van 21 maart 1991 met betrekking tot het effect op Belgacom, kan bovendien niet ingezien worden welk nadeel Belgacom "vandaag" lijdt en welk voordeel zij uit de beoogde vernietiging beoogt te halen.

Volgens het BIPT toont Belgacom voorts niet aan dat zij een effectief nadeel lijdt. Het aangevoerde nadeel is immers in hoofdzaak een financieel nadeel, bestaande in een verhoging van de interconnectietarieven die Belgacom aan

Telenet dient te betalen. Belgacom dient die verhoging echter door te rekenen aan haar abonnees, gelet op het kostenoriëntatiebeginsel, zodat zij geen eigen en persoonlijk nadeel lijdt. Weliswaar kan niet uitgesloten worden dat bepaalde abonnees van Belgacom ontevreden zullen zijn en hun abonnement zullen opzeggen. Dit risico lijkt echter miniem, gelet op het relatief beperkte aantal Telenet-abonnees. Belgacom beweert weliswaar dat zij haar eigen tarieven aanzienlijk zal moeten verhogen, maar die bewering wordt niet gestaafd. Overigens zal het BIPT volgens de bestreden beslissing op geregelde tijdstippen overgaan tot een controle van de kostenstructuur van Telenet, om na te gaan of het niveau van de interconnectietarieven redelijk blijft.

39. In haar verzoekschrift tot tussenkomst en haar memorie werpt ook Telenet een exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit het ontbreken van een belang in hoofde van Belgacom.

Telenet voert in de eerste plaats aan dat het BIPT een beslissing genomen heeft op basis van een gebonden bevoegdheid. In zoverre de tarieven van Telenet redelijk zijn, wat een objectief gegeven is, moet het BIPT vaststellen dat Belgacom verplicht is deze tarieven overeenkomstig artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991 te aanvaarden tot het tegendeel is beslist. In haar laatste memorie verwijst Telenet naar de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel (arresten van 15 oktober 2004 en 22 juni 2006) tot staving van haar stelling dat het optreden van het BIPT een declaratief karakter heeft. Het hof van beroep wijst er immers op dat de operatoren ten aanzien van Belgacom rechten kunnen doen gelden die rechtstreeks uit de wet voortvloeien. Het recht dat Telenet ontleent aan artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991 is dus een subjectief recht, dat niet afhankelijk is van enig optreden van het BIPT.

Subsidiair voert Telenet aan dat, indien de beslissing als constitutief zou moeten worden beschouwd (*quod non*), de constitutieve bestanddelen ervan Belgacom niet benadelen, nu ze, enerzijds, aan Belgacom uitstel verlenen voor de toepassing van de nieuwe tarieven tot 13 juli 2002 -d.i. meer dan vier maanden na de datum van de invoering ervan door Telenet-, en anderzijds, specifieke verplichtingen opleggen aan Telenet, met betrekking tot een groennummer en de publicatie van de nummerlijst van abonnees op het internet.

Voorts voert Telenet aan dat het belang van Belgacom onwettig is. De bestreden beslissing heeft een einde gesteld aan de wederrechtelijke weigering van Belgacom om andere tarieven te betalen dan die welke gelijk waren aan haar

eigen tarieven. Door de vernietiging van die beslissing te vorderen, streeft Belgacom ernaar om de vroegere wederkerigheid opnieuw op te leggen aan Telenet, in strijd met de op haar rustende wettelijke verplichting.

Ten slotte voert Telenet aan dat Belgacom geen rechtstreeks belang heeft bij de gevorderde vernietiging. Belgacom moet immers de nieuwe tarieven doorrekenen aan haar "consumenten", zodat de kost van de verhoogde tarieven gedragen wordt, niet door Belgacom zelf, maar door haar abonnees (in het geval van oproepen rechtstreeks van Belgacom naar Telenet) of door andere operatoren die de kosten dan op hun beurt kunnen aanrekenen aan hun abonnees (in het geval van oproepen van een andere operator naar Telenet, waarbij Belgacom optreedt als transitoperator). Bovendien meent Belgacom gerechtigd te zijn (*quod non*), en beschikt zij in elk geval over de technische mogelijkheid, om het verkeer dat op haar netwerk ontstaat en bestemd is voor Telenet abonnees, te versturen door middel van een alternatieve routing. Belgacom meent dus ook voor het afhandelen van het nationaal verkeer de wederkerige tarieven te kunnen genieten die Telenet verplicht is toe te passen voor het internationaal verkeer, en dus niet verplicht te zijn om de nieuwe tarieven van Telenet te betalen.

40. In haar memorie van wederantwoord antwoordt Belgacom vooreerst op de stelling van Telenet als zou er sprake zijn van een gebonden bevoegdheid. Zij verwijst naar het arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2002 (zie hiervóór overweging 8.1), waarin het Hof erop gewezen heeft dat het BIPT aan artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 75, § 2, van die wet, in het geheel geen enkele bevoegdheid ontleent om tussen te komen in interconnectieonderhandelingen tussen partijen. Zelfs indien het BIPT op grond van artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991 enige bevoegdheid zou kunnen uitoefenen (*quod non*), kan uit die wet in elk geval niet afgeleid worden dat het gaat om een gebonden bevoegdheid. De bevoegdheid om een verzoek tot interconnectie als redelijk aan te merken is uit haar aard zelf een discretionaire bevoegdheid.

Belgacom antwoordt ook op de subsidiaire opwerping van Telenet, in verband met het uitstel met een maand om de bestreden beslissing uit te voeren en in verband met de (minimale) verplichtingen die aan Telenet worden opgelegd. Volgens Belgacom kan uit die omstandigheden in het geheel niet worden afgeleid dat zij geen nadeel ondervindt.

Voorts antwoordt Belgacom op de opwerping van Telenet dat Belgacom geen wettig belang zou hebben op grond dat zij wederrechtelijk zou weigeren om de terminatietarieven van Telenet als redelijk aan te merken. Volgens Belgacom houdt die opwerping verband met de grond van de zaak, niet met de ontvankelijkheid van het beroep.

Ten slotte voert Belgacom aan dat zij een rechtstreeks en actueel belang heeft. Voor de ontvankelijkheid van het beroep is niet vereist dat het door de verzoekende partij geleden nadeel kwantificeerbaar is; het nadeel kan integendeel abstract of moreel zijn. De door het BIPT en Telenet gemaakte opwerpingen zijn in strijd met dat uitgangspunt. Het BIPT verwacht bovendien het vereiste van het belang met dat van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in het kader van een schorsingsprocedure. Het feit dat het nadeel van louter financiële aard zou zijn, neemt niet weg dat de verzoekende partij belang kan hebben bij haar beroep. Zelfs een miniem materieel of geldelijk nadeel volstaat. Te dezen heeft de bestreden beslissing wel degelijk belangrijke nadelige gevolgen voor Belgacom. Ten gevolge van die beslissing moet Belgacom immers een tariefverhoging doorvoeren die haar concurrentiepositie, in het bijzonder de concurrentieverhoudingen met Telenet, haar relatie met haar cliënteel, waaronder de andere operatoren, en haar interne organisatie negatief beïnvloedt.

Beoordeling

41. Artikel 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat de beroepen tot nietigverklaring voor de afdeling bestuursrechtspraak kunnen worden gebracht door elke partij die doet blijken van een benadeling of een belang. Het in deze bepaling bedoelde belang moet persoonlijk, rechtstreeks, zeker, actueel en wettig zijn. Voor het bestaan van het rechtens vereiste belang volstaat het niet dat de verzoeker een persoonlijk, rechtstreeks en zeker nadeel ondergaat. Het is tevens vereist dat de gevorderde vernietiging aan de verzoeker een direct en persoonlijk voordeel verschaft.

42. Te dezen betwisten het BIPT en Telenet dat Belgacom een persoonlijk, rechtstreeks, zeker en wettig belang zou hebben.

Er is sprake van een persoonlijk belang als de verzoeker zich in een bepaalde rechtsverhouding ten opzichte van de bestreden beslissing bevindt. Er moet een voldoende geïndividualiseerd verband bestaan tussen de bestreden

beslissing en de verzoeker zelf. Het ingeroepen belang mag niet opgaan in het belang dat iedere burger heeft bij het handhaven van de wettigheid.

Het rechtstreeks karakter van het belang houdt in dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen het door de verzoeker geleden nadeel, enerzijds, en de bestreden beslissing, anderzijds.

Het vereiste dat het belang voldoende zeker moet zijn brengt *a contrario* met zich dat het niet louter hypothetisch mag zijn.

Het vereiste dat het belang wettig moet zijn betekent dat de verzoeker met de nietigverklaring een voordeel nastreeft dat hij, gelet op de toepasselijke rechtsregels, wettig kan verkrijgen.

43. De bestreden beslissing is genomen in het kader van de regeling vervat in artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991. Uit die wetsbepaling vloeit voor Belgacom de verplichting voort om de terminatietarieven van Telenet te aanvaarden, voor zover het gaat om een redelijk verzoek om interconnectie. Bij de bestreden beslissing stelt het BIPT vast dat het verzoek inderdaad redelijk is. Die beslissing houdt een nadeel in voor Belgacom, nu deze laatste daardoor niet meer kan weigeren om de litigieuze tarieven te aanvaarden. De bestreden beslissing wijst er trouwens uitdrukkelijk op dat Belgacom de bedoelde tarieven "moet accepteren en betalen". Het genoemde nadeel verdwijnt bij een eventuele nietigverklaring, aangezien het redelijk karakter dan opnieuw beoordeeld moet worden. Aldus blijkt Belgacom een effectief belang te hebben bij haar beroep.

De bestreden beslissing heeft specifiek betrekking op Belgacom. Het belang waarop deze laatste zich beroept is dan ook een persoonlijk belang.

Zoals hiervóór is opgemerkt, heeft het redelijk bevinden van de terminatietarieven van Telenet tot gevolg dat Belgacom deze tarieven moet accepteren en betalen. Die verplichting vormt een nadeel dat rechtstreeks voortvloeit uit de bestreden beslissing, ook al zijn de verhogingen op zich het gevolg van een beslissing van Telenet. Het feit dat Belgacom de tariefverhogingen doorrekent en zelfs moet doorrekenen aan de eindgebruiker, ontnemt haar niet haar belang bij het voorliggende beroep. Het door Belgacom geleden nadeel is immers meer dan een zuiver financieel nadeel: terecht wijst Belgacom erop dat zij, ten gevolge van de bestreden beslissing, zelf een tariefverhoging moet doorvoeren die haar

concurrentiepositie, haar relatie met haar cliënteel en haar interne organisatie negatief kan beïnvloeden. Het belang waarop Belgacom zich beroept is dan ook een rechtstreeks belang.

Het bedoelde nadeel doet zich voorts met zekerheid voor. De verplichting voor Belgacom om de als redelijk aangemerkte tarieven van Telenet te volgen geldt immers vanaf het ogenblik dat de bestreden beslissing moet worden geïmplementeerd, dit is één maand na de ontvangst van de brief van 11 juni 2002. Ook al laat de bestreden beslissing, blijkens haar bewoordingen zelf, ruimte aan Belgacom en Telenet om onderhandelingen te voeren over de betrokken terminering en de operationele implementatie ervan, dit neemt niet weg dat het nadeel ten gevolge van de erkenning van het redelijk karakter van de verhoging van de tarieven van Telenet voor Belgacom vaststaat. Het belang waarop Belgacom zich beroept is dan ook een zeker belang.

Ten slotte valt niet in te zien hoe Belgacom met de nietigverklaring van de bestreden beslissing een ongeoorloofd voordeel zou nastreven. Een vernietiging van die beslissing zou enkel tot gevolg hebben dat het BIPT de redelijkheid van de tarieven opnieuw moet beoordelen. Uit een vernietiging vloeit daarentegen niet voort dat voortaan enkel wederkerige tarieven zouden mogen gelden. Het belang waarop Belgacom zich beroept is dan ook in elk geval een wettig belang.

De excepties kunnen niet worden aangenomen.

B. Onderzoek van de middelen

1. Eerste middel

a. Standpunt van de partijen

44. Belgacom roept een eerste middel in, afgeleid uit de schending van de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79^{ter} en 109^{ter} van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven, de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 april 1999 tot vaststelling van de termijnen en de algemene principes van toepassing op de commerciële onderhandelingen die worden gevoerd om interconnectieovereenkomsten te sluiten en tot vaststelling van de nadere regels voor publicatie van het referentie-interconnectieaanbod en tot vaststelling van de

voorwaarden die geregeld moeten worden in de interconnectieovereenkomst, het verbod van machtsoverschrijding, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen,

doordat het BIPT in de bestreden beslissing van 11 juni 2002 beslist: “In het licht van artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven, dat Belgacom verplicht om op niet-discriminerende wijze te antwoorden op alle verzoeken tot interconnectie, heeft het Instituut de bevoegdheid om het al dan niet redelijke karakter van het betreffende verzoek te onderzoeken en, als resultaat van dat onderzoek, te besluiten tot een verplichting of niet in hoofde van Belgacom om te antwoorden op het betreffende verzoek tot interconnectie. Of het al dan niet redelijke verzoek tot interconnectie uitgaat van een operator met [een sterke positie op de markt] of niet, is in wezen niet relevant”, en na een onderzoek van de vraag van Telenet aanneemt: “Uit het voorgaande blijkt dat de terminatietarieven van Telenet voor 2002 als redelijk beschouwd kunnen worden. Dit impliceert dat Belgacom, overeenkomstig het eerder vernoemde artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991, deze tarieven moet accepteren en betalen (...)”,

terwijl, eerste onderdeel, luidens artikel 109ter, § 3, van de hiervóór vermelde wet van 21 maart 1991, elke organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken of openbare mobiele telefoonnetwerken of huurlijndiensten of spraaktelefoondiensten, verplicht is op niet-discriminerende wijze te antwoorden op alle redelijke verzoeken om interconnectie en aansluiting, met name de toegang tot de andere punten dan de aansluitpunten die aan de meerderheid van de eindgebruikers worden aangeboden, en elke organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste of mobiele spraaktelefoondienst of huurlijnen of vaste openbare telefoonnetwerken of openbare mobiele telefoonnetwerken de gelijke toegang zonder discriminatie garandeert tot de interconnectiediensten, inclusief tot zichzelf of tot één van haar dochterondernemingen of partners die een telecommunicatiedienst exploiteert,

en terwijl Belgacom, als organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken onbetwistbaar, overeenkomstig artikel 109ter, § 3, d.i. op niet-discriminerende wijze, op het redelijk verzoek van Telenet om interconnectie en aansluiting heeft geantwoord en aldus gelijke toegang zonder discriminatie tot de interconnectiediensten (o.m. de beëindigingsdienst) van

Belgacom biedt, door met Telenet op 19 december 1997 een interconnectie-overeenkomst op basis van het (door het BIPT gecontroleerde en goedgekeurde) Belgacom Reference Interconnect Offer -afgekort BRIO- te sluiten, die ononderbroken is toegepast, waardoor Telenet, volgens de daarin bepaalde voorwaarden, op haar netwerk gegenereerd telefoonverkeer op het netwerk van Belgacom door laatstgenoemde kan laten beëindigen, tegen een kostengeoriënteerde vergoeding die aan Belgacom is te betalen,

zodat het BIPT,

zowel door [...] het verzoek van Telenet om *haar* beëindigstarieven, die zij derhalve aan Belgacom vraagt om oproepen afkomstig van het Belgacom-netwerk op haar netwerk te beëindigen, te vervijfvoudigen, [...] te analyseren als een redelijk verzoek tot interconnectie gericht aan Belgacom (m.a.w. [als een verzoek] om Telenet-telefoonverkeer op het Belgacom-netwerk te beëindigen),

als door te beslissen dat dit Telenet-verzoek om *haar* beëindigstarieven, verschuldigd voor de beëindiging van oproepen, gegenereerd op het Belgacom-netwerk, op het Telenet-netwerk, te vervijfvoudigen in het toepassingsgebied van artikel 109ter, § 3, valt,

de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter van de wet van 21 maart 1991, het verbod van machtsoverschrijding en de materiële motiveringsplicht schendt,

vermits:

- vaststaat dat Belgacom, als organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken, sinds de met Telenet op 19 december 1997 gesloten overeenkomst aan Telenet niet-discriminerende en gelijke toegang tot haar netwerk biedt, via interconnectiediensten, waartoe o.m. de beëindiging door Belgacom op het Belgacom-netwerk van oproepen afkomstig van het Telenet-netwerk behoort,

- een verzoek uitgaande van Telenet om, *in de omgekeerde situatie*, namelijk wanneer zij op het Telenet-netwerk een oproep afkomstig van het Belgacom-netwerk moet beëindigen, de daarvoor aan Telenet verschuldigde vergoeding te vervijfvoudigen, niet onder de verplichting van Belgacom, als organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken, valt of kan vallen om op niet-discriminerende en gelijke wijze, ingaand op elk redelijk verzoek daartoe, toegang tot haar netwerk (d.i. het netwerk van Belgacom) te geven, maar wel door artikel 109ter, §§ 2 en 5, wordt geregeld, waardoor de interconnectiediensten worden beoogd en geregeld die door operatoren zijn te verstrekken die geen sterke positie op de markt voor vaste openbare

telefoonnetwerken hebben (bijvoorbeeld Telenet) (schending van de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter, §§ 2, 3 en 5, van de wet van 21 maart 1991),

- de algemene opdracht inzake toezicht en controle op de bepalingen van hoofdstuk X van titel I, van titel III en van titel IV van de wet van 21 maart 1991, die krachtens artikel 75, § 3, van dezelfde wet aan het BIPT toekomt, het BIPT niet toelaat om zich, op basis van artikel 109ter, § 3, van dezelfde wet, de bevoegdheid toe te kennen om Belgacom de verplichting op te leggen de vervijfvoudigde beëindigingstarieven van Telenet met betrekking tot de beëindiging van oproepen op het Telenet-netwerk te accepteren en te betalen, aangezien zulks niets te maken heeft met de door die wetsbepaling beoogde hypothese, namelijk de niet-discriminerende en op gelijke wijze door Belgacom aan o.m. Telenet toe te kennen interconnectie met haar Belgacom-netwerk, o.m. via de Belgacom-beëindigingsdienst van oproepen op het Belgacom-netwerk, afkomstig van het Telenet-netwerk (schending van de artikelen 75, § 3, 79ter en 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991 en van het verbod van machtsoverschrijding),
- de bestreden beslissing aldus is gesteund op motieven die haar niet in rechte kunnen verantwoorden (schending van de materiële motiveringsplicht),

en terwijl, tweede onderdeel, aansluitend op artikel 109ter, § 1, van de wet van 21 maart 1991, dat bepaalt dat de Koning op advies van het Instituut de termijnen en de principes vaststelt die van toepassing zijn op de commerciële onderhandelingen die worden gevoerd om interconnectieakkoorden te sluiten, overeenkomstig artikel 109ter, § 2, van die wet elke leverancier van een openbaar telecommunicatienet of van telecommunicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden -dus niet enkel de organisatie met een sterke positie op de markt-, die op die manier de aansluitmogelijkheden van de eindgebruiker controleert, verplicht is onderhandelingen aan te knopen met de overige leveranciers van een openbaar telecommunicatienet of van telecommunicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden wanneer zij een verzoek tot interconnectie doen, en het Instituut kan beslissen om van geval tot geval die verplichting tijdelijk te beperken indien de gevraagde interconnectie kan worden vervangen door technisch, financieel en commercieel uitvoerbare oplossingen en indien de gevraagde interconnectie niet overeenstemt met de beschikbare middelen om het verzoek in te willigen,

en terwijl artikel 109ter, § 5, van dezelfde wet van 21 maart 1991 daaraan toevoegt:

“De interconnectie maakt het voorwerp uit van een overeenkomst tussen de betrokken partijen. Daarin worden de technische en financiële voorwaarden van de interconnectie vastgelegd. De Koning stelt op advies van het Instituut de voorwaarden vast die op zijn minst moeten worden geregeld in een interconnectieovereenkomst. De interconnectieovereenkomst wordt in haar geheel overgezonden aan het Instituut.

Indien zulks absoluut noodzakelijk is om de gelijkheid van de mededingingsvoorwaarden of de interoperabiliteit te garanderen, mag het Instituut vragen de reeds gesloten overeenkomsten te wijzigen.

Daartoe stelt het Instituut de termijn vast na afloop waarvan de partijen hun overeenkomst moeten hebben aangepast om de door het Instituut gevraagde wijziging aan te brengen. De nieuwe overeenkomst wordt ter goedkeuring aan het Instituut voorgelegd. Bij het uitblijven van een akkoord tussen de partijen of indien de overeenkomst niet wordt goedgekeurd, legt het Instituut de wijzigingen op die het absoluut noodzakelijk acht”.

en terwijl ter uitvoering daarvan is totstandgekomen het hiervóór genoemde koninklijk besluit van 20 april 1999, waardoor o.m. specifieke regels worden bepaald inzake de onderhandeling *en de heronderhandeling* van interconnectieovereenkomsten en de voorwaarden waaronder een partij op de sectorspecifieke autoriteit een beroep kan doen, wanneer zich in de onderhandelingen problemen zouden voordoen (zie de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het voormeld koninklijk besluit),

en terwijl uit die wettelijke en reglementaire bepalingen volgt dat wanneer een operator zoals Telenet, die een organisatie is die geen sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken in de zin van de wet van 21 maart 1991 heeft, een vervijfvoudiging van haar beëindigingstarieven wil doorvoeren, d.i. de vergoeding van *haar* dienst van beëindiging op *haar* (Telenet-)netwerk van oproepen die op een ander netwerk (bijvoorbeeld van Belgacom) zijn gegenereerd, zij daartoe onderhandelingen moet aanknopen met de telecomoperatoren (bijvoorbeeld Belgacom) die op haar beëindigingsdienst een beroep willen doen en die daarvoor die vergoeding zullen moeten betalen, overeenkomstig artikel 109ter, §§ 2 en 5, van de voormelde wet van 21 maart 1991 en de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het voormelde koninklijk besluit van 20 april 1999,

zodat het BIPT, door in zijn bestreden beslissing van 11 juni 2002 aan te nemen dat Belgacom, zogenaamd op basis van artikel 109ter, § 3, (van de voormelde wet van 21 maart 1991) de door Telenet vastgestelde vervijfvoudigde beëindigingstarieven, d.i. de door Telenet aan Belgacom aangerekende vergoeding wanneer Telenet een Belgacom-oproep op het Telenet-netwerk beëindigt, moet aanvaarden en betalen omdat het zogenaamde redelijke vergoedingen zouden zijn,

de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter, §§ 1, 2, 3 en 5, van de wet van 21 maart 1991, de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 april 1999, het verbod van machtsoverschrijding en de materiële motiveringsplicht schendt,

vermits:

- de vervijfvoudigde beëindigingstarieven die Telenet wenst te verkrijgen, betrekking hebben op *haar* beëindigingsdienst en derhalve een wijziging van de met Belgacom sinds 19 december 1997 bestaande interconnectieovereenkomst impliceren waarvoor partijen, gelet op het eerdere verzoek tot interconnectie van Belgacom met het Telenet-netwerk, met elkaar dienden te onderhandelen, overeenkomstig artikel 109ter, § 2 en 5, van de voornoemde wet van 21 maart 1991, en de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het voornoemde koninklijk besluit van 20 april 1999, zonder dat het BIPT de macht heeft om die onderhandelingen overbodig te maken en/of ter zijde te schuiven op basis van de overweging dat de door Telenet gevraagde vergoedingen een redelijk karakter zouden hebben (schending van de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter, §§ 1, 2, 3 en 5, van de wet van 21 maart 1991, en de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 april 1999),
- de algemene opdracht inzake toezicht en controle op de bepalingen van hoofdstuk X van titel I, van titel III en van titel IV van de wet van 21 maart 1991, die krachtens artikel 75, § 3, van dezelfde wet aan het BIPT toekomt, het BIPT niet toelaat om aan Belgacom de door Telenet vervijfvoudigde beëindigingstarieven op te leggen, zogenaamd omdat ze redelijk zouden zijn, aangezien het krachtens artikel 109ter, §§ 2 en 5, van de wet van 21 maart 1991, aan die partijen toekwam om eerst over de beoogde wijziging van de sinds 19 december 1997 tussen die partijen bestaande interconnectieovereenkomst te onderhandelen (schending van de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter, §§ 1, 2, 3 en 5, van de wet van 21 maart 1991, de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 april 1999 en het verbod van machtsoverschrijding),
- de bestreden beslissing aldus is gesteund op motieven die haar niet in rechte kunnen verantwoorden (schending van de materiële motiveringsplicht),

en zodat het BIPT, krachtens voormelde wets- en reglementsbevestigingen, enkel in de onderhandelingen met betrekking tot de beëindigingsdienst van een operator die geen onderneming is met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken kan tussenkomen, hetzij om de verplichting tot onderhandeling tijdelijk te beperken indien de gevraagde interconnectie kan worden vervangen door technisch, financieel en commercieel uitvoerbare oplossingen en indien de gevraagde interconnectie niet overeenstemt

met de beschikbare middelen om het verzoek in te willigen (zie artikel 109ter, § 2, *in fine*, van voormelde wet van 21 maart 1991), hetzij om, wanneer aan het BIPT door de partijen reeds een interconnectieovereenkomst is meegedeeld, met inbegrip van latere wijzigingen daarvan, en wanneer zulks absoluut noodzakelijk is om de gelijkheid van de mededingingsvoorwaarden of de interoperabiliteit te garanderen, de reeds, overeenkomstig artikel 109ter, §§ 2 en 3, van de wet van 21 maart 1991 door partijen vrijelijk gesloten interconnectieovereenkomst, inclusief de overeenkomst die zij moeten bereiken wanneer één partij wijzigingen wil aanbrengen, nogmaals te wijzigen (zie artikel 109ter, § 5, van de wet van 21 maart 1991),

en de bestreden beslissing, door Belgacom tot aanvaarding en betaling van de door Telenet vervijfvoudigde beëindigingstarieven te verplichten, zogenaamd omdat deze redelijk zouden zijn, geenszins op die wettelijk voorziene hypothesen steunt, waardoor die beslissing manifest door machtsoverschrijding is aangetast en met een schending van de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter, §§ 1, 2, 3 en 5, van de wet van 21 maart 1991 en de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het daarop geënte koninklijk besluit van 20 april 1999 gepaard is gegaan,

en terwijl, derde onderdeel, artikel 79ter van de voormelde wet van 21 maart 1991 bepaalt dat bij het Instituut een instantie wordt opgericht, de Kamer voor interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik, hierna "de Kamer" genoemd, en dat bij geschillen inzake interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik, de Kamer op verzoek van één der partijen de nodige stappen neemt om het geschil binnen zes maanden na de indiening van het verzoek te beslechten, waarbij een evenwicht moet worden gevonden tussen de legitieme belangen van beide partijen,

en terwijl het BIPT, luidens artikel 75, § 9, van de voormelde wet van 21 maart 1991, op de uitvoering van de beslissingen van de Kamer voor interconnectie moet toezien,

zodat, aangezien afwezigheid van een positief resultaat uit de onderhandelingen tussen Telenet en Belgacom met betrekking tot de vervijfvoudiging van de beëindigingstarieven van Telenet precies heeft verhinderd dat tussen partijen desbetreffende een akkoord werd bereikt over de wijziging van de tussen partijen sinds 19 december 1997 bestaande interconnectieovereenkomst

en aldus aanleiding gaf tot een geschil inzake interconnectie, de Kamer voor interconnectie, op verzoek van één der partijen, moest worden geadieerd, zonder dat het BIPT rechtstreeks kon tussenkomen, daardoor de verdere tussenkomst van de Kamer overbodig en onmogelijk makend, door de vervijfvoudigde beëindigingstarieven van Telenet door Belgacom te doen aanvaarden en betalen, op grond dat die tarieven zogenaamd redelijk zouden zijn (schending van de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter, §§ 1, 2, 3 en 5, van de wet van 21 maart 1991, het verbod van machtsoverschrijding en de materiële motiveringsplicht),

vermits:

- de Kamer, en niet het BIPT, de bevoegdheid heeft om over geschillen inzake interconnectie te beslissen, zolang er geen akkoord tussen partijen over de toekenning en/of wijziging van interconnectie tot stand is gekomen (schending van de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter, §§ 2, 3 en 5, van de wet van 21 maart 1991),
- de algemene opdracht inzake toezicht en controle op de bepalingen van hoofdstuk X van titel I, van titel III en van titel IV van de wet van 21 maart 1991, die krachtens artikel 75, § 3, van dezelfde wet aan het BIPT toekomt, het BIPT niet toelaat zich de bevoegdheden toe te kennen die krachtens de wet aan de Kamer voor interconnectie toekomen, temeer daar het BIPT moet toezien op de uitvoering van de beslissingen van de Kamer, en zonder dat het al dan niet redelijk bevonden karakter van de vervijfvoudigde Telenet-beëindigingstarieven daaraan iets kan veranderen (schending van de artikelen 75, §§ 3 en 9, 79ter en 109ter, §§ 1, 2, 3 en 5, van de wet van 21 maart 1991),
- de bestreden beslissing aldus is gesteund op motieven die haar niet in rechte kunnen verantwoorden (schending van de materiële motiveringsplicht).

45. Het BIPT werpt een eerste exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, steunend op de onbevoegdheid van de Raad van State om ervan kennis te nemen. Volgens het BIPT gaat het middel feitelijk en juridisch uit van het gegeven dat Belgacom en Telenet op 19 december 1997 een interconnectie-overeenkomst hebben gesloten, die ook op de in het geding zijnde feiten van toepassing is. Dit gegeven wordt overigens door Telenet betwist. Het BIPT spreekt zich niet uit over de juistheid en de relevantie van dat uitgangspunt, maar stelt vast dat het voor de beoordeling van het middel nodig is om in te gaan op de vraag of er tussen Belgacom en Telenet al dan niet een interconnectieovereenkomst bestaat. Het antwoord op die vraag behoort echter tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken, op grond van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet.

Het BIPT werpt een tweede exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, in zoverre daarin de schending wordt aangevoerd van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de materiële motiveringsplicht. Volgens het BIPT wordt in het middel niet uiteengezet waarin die schending zou bestaan (*exceptio obcuri libelli*).

Het BIPT betwist subsidiair de gegrondheid van het middel.

46. Telenet betwist de gegrondheid van het middel.

b. Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

47. Met betrekking tot de eerste door het BIPT opgeworpen exceptie moet worden opgemerkt dat, zo de Raad van State weliswaar niet bevoegd is om zelf na te gaan of tussen Belgacom en Telenet een geldige interconnectieovereenkomst is gesloten en om de draagwijdte ervan vast te stellen, hij in de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht op de voor hem aangevochten beslissing van het BIPT wel bevoegd is om in voorkomend geval na te gaan of het BIPT bij het nemen van zijn beslissing is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens in verband met de interconnectieovereenkomst van 19 december 1997, of het die gegevens correct heeft beoordeeld, en of het op grond daarvan in redelijkheid tot bepaalde conclusies is kunnen komen in verband met de toepassing van de rechtsregels in verband met verzoeken tot interconnectie.

De eerste exceptie faalt naar recht.

48.1. Met betrekking tot de tweede door het BIPT opgeworpen exceptie moet vooreerst worden vastgesteld dat in de onderscheiden onderdelen van het middel wordt aangevoerd dat de bestreden beslissing genomen is met schending van onder meer een aantal bepalingen van de wet van 21 maart 1991 en het koninklijk besluit van 20 april 1999. De aangevoerde schending van de materiële motiveringsplicht bestaat erin dat de bestreden beslissing is genomen zonder dat er daarvoor een rechtsgrond is, precies wegens de schending van de bedoelde wets- en reglementsbepalingen. In zoverre in de onderdelen van het middel de schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangevoerd, is het middel dan ook niet

onontvankelijk wegens onduidelijkheid. Wel is het zo dat de aangevoerde schending van de materiële motiveringsplicht niets toevoegt aan de aangevoerde schending van de genoemde wets- en reglementsbe­palingen. De Raad van State zal zich er dan ook toe beperken om het middel te beoordelen in het licht van de ingeroepen wets- en reglementsbe­palingen.

Deze vaststellingen gelden overigens ook voor de in het middel ingeroepen schending van het verbod van machtsoverschrijding.

In zoverre kan de tweede exceptie niet worden aangenomen.

48.2. Wat betreft de in het middel ingeroepen schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, moet vastgesteld worden dat inderdaad niet uiteengezet wordt waarin de schending van die bepalingen zou bestaan.

In zoverre is de exceptie gegrond.

Gegrontheid van het middel

49.1. In het *eerste onderdeel* wordt in essentie aangevoerd dat de bestreden beslissing steunt op artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991, terwijl die bepaling slechts betrekking heeft op de beëindiging op het netwerk van Belgacom (als organisatie met een sterke positie op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken) van oproepen afkomstig van andere netwerken, waaronder dat van Telenet. De beëindiging van oproepen op het netwerk van Telenet (een operator die geen sterke positie op de markt heeft) van oproepen afkomstig van andere netwerken, waaronder dat van Belgacom, zou daarentegen niet onder de toepassing van de genoemde wetsbepaling vallen.

49.2. Artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991 heeft betrekking op “verzoeken om interconnectie” gericht tot een organisatie met een sterke positie op de markt voor onder meer vaste openbare telefoonnetwerken. Een zodanige organisatie moet met name op niet-discriminerende wijze ingaan op elk “redelijk” verzoek tot interconnectie.

Het begrip “interconnectie” wordt in artikel 68, 24°, van de wet van 21 maart 1991 omschreven als “het verbinden van telecommunicatienetwerken

die door dezelfde persoon of door verschillende personen worden gebruikt om het de gebruikers van de diensten of het net van de ene persoon mogelijk te maken te communiceren met gebruikers van de diensten of het net van dezelfde persoon of van een andere persoon, dan wel toegang te hebben tot diensten die door een andere persoon worden verleend". In die bepaling wordt geen onderscheid gemaakt naargelang van de richting van de communicatie.

Een interpretatie waarbij het toepassingsgebied van artikel 109ter, § 3, zou worden beperkt tot verzoeken om interconnectie die betrekking hebben op de aflevering van gesprekken op het netwerk van de organisatie met een sterke positie op de markt, met uitsluiting dus van de aflevering van gesprekken vertrekkend op het netwerk van die organisatie en eindigend op het netwerk van een andere operator, zou bovendien indruisen tegen de geest van die wetsbepaling. In die interpretatie zou de organisatie met een sterke positie op de markt immers niet verplicht zijn om op niet-discriminerende wijze in te gaan op een (redelijke) vraag van de andere operator om de abonnees van de organisatie met een sterke positie op de markt de mogelijkheid te bieden tot communicatie met de abonnees van die andere operator. Zoals het BIPT terecht opmerkt, is artikel 109ter, § 3, evenwel bedoeld als een bepaling die het mogelijk moet maken dat nieuwe operatoren de geliberaliseerde telecommunicatiemarkt betreden en daarbij aan hun cliënten een "compleet dienstengamma" aanbieden, zodat dezen kunnen bellen en opgebeld worden ongeacht het netwerk van de opgeroepene en de oproeper. Artikel 109ter, § 2, bepaalt trouwens dat elke leverancier van een openbaar telecommunicatienet, die op die manier de aansluitmogelijkheden van de eindgebruiker controleert, verplicht is onderhandelingen aan te knopen met de overige leveranciers van een openbaar telecommunicatienet wanneer zij een verzoek om interconnectie indienen. Die bepaling gaat ervan uit dat een interconnectie met de netwerken van alle andere relevante operatoren moet worden nagestreefd. Artikel 109ter, § 3, is een bepaling die dat uitgangspunt bevestigt, doordat het aan de organisaties met een sterke positie op de markt bepaalde verplichtingen oplegt die het verwezenlijken van de wenselijk geachte interconnecties moeten bevorderen.

In dit verband kan ook nog opgemerkt worden dat bij artikel 6, § 1, eerste lid, c, van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 tot vaststelling van het bestek van toepassing op de spraaktelefoondienst en de procedure inzake de toekenning van individuele vergunningen aan operatoren die de toegang tot de eindgebruiker controleren, zoals Telenet, de verplichting wordt opgelegd om het mogelijk te maken dat vanaf apparatuur die op een aansluitpunt van een openbaar

net, zoals dat van Belgacom, is aangekoppeld, de communicatie met elke gebruiker van de door de operator zelf (Telenet) geleverde dienst tot stand kan komen.

In de bestreden beslissing is het BIPT er dan ook wettig van uitgegaan dat het verzoek van Telenet om een interconnectie tot stand te brengen tussen haar netwerk en dat van Belgacom, op basis van de tarieven die gelden voor de terminatie van oproepen op haar netwerk, moet worden beschouwd als een verzoek tot interconnectie in de zin van artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991, met als gevolg dat Belgacom verplicht is om op niet-discriminerende wijze op dat verzoek in te gaan indien het als redelijk moet worden beschouwd.

49.3. Het onderdeel faalt naar recht.

50.1. In het *tweede onderdeel* wordt in essentie aangevoerd dat artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991, waarbij de algemene opdracht van het BIPT inzake toezicht en controle wordt omschreven, het BIPT niet de bevoegdheid verleent om een beslissing te nemen waarbij aan Belgacom wordt opgelegd om de beëindigingstarieven van Telenet te aanvaarden. Volgens het onderdeel volgt uit artikel 109^{ter}, §§ 2 en 5, van de wet van 21 maart 1991 en uit de ter uitvoering daarvan genomen bepalingen van het koninklijk besluit van 20 april 1999 integendeel dat in geval van verzoeken tot interconnectie of tot wijziging van een bestaande interconnectieovereenkomst de partijen met elkaar moeten onderhandelen. Buiten de uitdrukkelijk in de laatstgenoemde bepalingen genoemde gevallen, die te dezen niet relevant zijn, zou het BIPT niet mogen optreden op een wijze die de onderhandelingen overbodig maakt of terzijde schuift.

50.2. Bij artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991 wordt het BIPT belast met een "algemene opdracht inzake toezicht en controle" op de naleving van de bepalingen van onder meer titel III van die wet, en dus onder meer van het hiervóór genoemde artikel 109^{ter}.

In beginsel kan dat artikel 75, § 3, dan ook rechtsgrond bieden voor een optreden van het BIPT dat ertoe strekt een organisatie met een sterke positie op de markt te dwingen zich te houden aan de verplichting om in te gaan op redelijke verzoeken tot interconnectie, welke verplichting wordt opgelegd bij het te dezen toepasselijke artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991.

De enkele omstandigheid dat de interconnectie het voorwerp moet uitmaken van commerciële onderhandelingen tussen de betrokken operatoren (artikel 109ter, §§ 1 en 2, eerste lid) en dat de interconnectie het voorwerp moet uitmaken van een tussen hen te sluiten overeenkomst (artikel 109ter, § 5, eerste lid), doet aan die algemene bevoegdheid van het BIPT geen afbreuk, onder voorbehoud van hetgeen hierna zal worden opgemerkt (overweging 50.4).

50.3. In haar memorie van wederantwoord en haar laatste memorie voert Belgacom aan dat de stelling volgens welke het BIPT kan steunen op zijn algemene bevoegdheid bedoeld in artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991 om de bestreden beslissing te nemen, inmiddels is tegengesproken door het arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2002 in zaak C-221/01, Commissie t. België. Uit dat arrest zou immers blijken dat artikel 75, § 3, op het ogenblik van de bestreden beslissing in dermate algemene bewoordingen was opgesteld dat daaruit geen bevoegdheid van het BIPT kon worden afgeleid om tussen te komen “in handelsbesprekingen”, met name interconnectieonderhandelingen.

Dat standpunt gaat uit van een verkeerde lezing van het genoemde arrest.

In dat arrest ging het onder meer over de vraag of België artikel 9, lid 3, van de hiervóór genoemde richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP), behoorlijk had omgezet. Volgens het Hof van Justitie vloeit uit de genoemde bepaling voort “dat de nationale regelgevende instanties bevoegd moeten zijn om te allen tijde tussen te komen in de onderhandelingen die tot een interconnectieovereenkomst leiden”, en dus niet enkel om de wijziging van een reeds gesloten interconnectieovereenkomst te vragen (punt 33). Het Hof erkende dat artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991 aan het BIPT een zeer algemene toezichthoudende bevoegdheid verleende, maar achtte die bevoegdheid niet “voldoende (specifiek) om in handelsbesprekingen tussen te komen” (punt 34). Om die reden besloot het Hof dat België zijn verplichting tot omzetting van artikel 9, lid 3, van de richtlijn niet was nagekomen. De Belgische overheid heeft uitvoering gegeven aan dat arrest met het koninklijk besluit van 19 maart 2003 tot omzetting van de artikelen 7.5 en 9.3 van de genoemde richtlijn 97/33/EG, waarmee onder meer artikel 109ter, § 5, van de wet van 21 maart 1991 is gewijzigd, met ingang van 7 april 2003.

Uit het voorgaande blijkt dat het Hof van Justitie het in het algemeen heeft over de bevoegdheid van het BIPT om tussen te komen in de onderhandelingen. Het Hof heeft zich daarentegen niet uitgesproken over de bevoegdheid van het BIPT om toezicht te houden over de naleving van de nationale bepalingen genomen ter omzetting van artikel 4, lid 2, van richtlijn 97/33/EG, waarin wordt bepaald dat “de organisaties die gerechtigd zijn openbare telecommunicatienetwerken en algemeen beschikbare telecommunicatiediensten als vermeld in bijlage I te verstrekken en die een aanmerkelijke macht op de markt hebben, dienen te voldoen aan alle redelijke verzoeken om toegang tot het netwerk ook op andere punten dan de aansluitpunten die aan de meeste eindgebruikers worden aangeboden”. Het Hof van Justitie spreekt zich met andere woorden niet uit over de vraag of artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991 aan het BIPT een voldoende rechtsgrond biedt om maatregelen te nemen die ertoe strekken de specifieke bepalingen van artikel 109ter, § 3, van de wet te doen naleven.

Het arrest van het Hof van Justitie leidt dan ook niet tot een andere conclusie dan die waartoe de Raad van State in overweging 50.2 is gekomen.

50.4. Ook al kan het BIPT op grond van artikel 75, § 3, van de wet, gelezen in samenhang met artikel 109ter, § 3, optreden in het kader van onderhandelingen over een interconnectie, het mag geen beslissing nemen die indruist tegen het bepaalde in artikel 109ter, §§ 1, 2, eerste lid, en 5, eerste lid. Het mag met andere woorden geen beslissing nemen die het voeren van dergelijke onderhandelingen en het sluiten van een overeenkomst onmogelijk maakt.

Te dezen beperkt het BIPT zich ertoe om het redelijk karakter van de terminatietarieven van Telenet te beoordelen en om het ogenblik te bepalen vanaf wanneer Belgacom deze tarieven moet toepassen. Het BIPT mengt zich voor het overige niet in de eigenlijke onderhandelingen tussen Belgacom en Telenet. In de bestreden beslissing verwijst het integendeel uitdrukkelijk naar de onderhandelingen die de partijen nog moeten voeren over de bedoelde terminering en de operationele implementatie ervan.

De bestreden beslissing is dan ook niet strijdig met artikel 109ter, §§ 1, 2, eerste lid, en 5, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991.

50.5. Er blijft evenwel nog te onderzoeken of de bestreden beslissing niet valt onder de toepassing van één of andere bepaling van artikel 109ter waarbij

een bijzondere bevoegdheid aan het BIPT wordt toegekend. In bevestigend geval dient nagegaan te worden of voldaan is aan de voorwaarden die voor de uitoefening van de betrokken bijzondere bevoegdheid worden gesteld. In zulke gevallen kan het BIPT zich niet beroepen op zijn algemene bevoegdheid, bedoeld in artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991, om geen rekening te moeten houden met de beperkende voorwaarden voor de uitoefening van zijn bijzondere bevoegdheden.

Gelet op de in het onderdeel ingeroepen bepalingen, dient met name te worden onderzocht of de bestreden beslissing niet valt onder de toepassing van artikel 109ter, § 2, derde lid, of § 5, tweede en derde lid.

50.5.1. Artikel 109ter, § 2, derde lid, van de wet van 21 maart 1991 bepaalt dat het BIPT in bepaalde gevallen kan beslissen om de verplichting tot het aanknopen van onderhandelingen tijdelijk te beperken.

De bestreden beslissing valt kennelijk niet onder de toepassing van die bepaling.

50.5.2. Artikel 109ter, § 5, tweede lid, van de wet van 21 maart 1991 bepaalt dat het BIPT, "indien zulks absoluut noodzakelijk is om de gelijkheid van de mededingingsvoorwaarden of de interoperabiliteit te garanderen", mag vragen "de reeds gesloten overeenkomsten te wijzigen". Artikel 109ter, § 5, derde lid, bepaalt dat, bij het uitblijven van een akkoord binnen de door het BIPT bepaalde termijn, of indien het BIPT de nieuwe overeenkomst niet goedkeurt, het de wijzigingen oplegt "die het absoluut noodzakelijk acht".

Een optreden van het BIPT heeft in de in die bepalingen genoemde gevallen een uitzonderlijk karakter. Het BIPT zou geen wijziging van de tussen de partijen gesloten overeenkomst kunnen opleggen op de enkele grond dat een door één van de partijen voorgestelde wijziging, bijvoorbeeld van de tarieven voor de terminatie, "redelijk" is.

De bijzondere bevoegdheid bepaald in artikel 109ter, § 5, tweede en derde lid, heeft echter slechts betrekking op de gevallen waarin tussen de partijen reeds een interconnectieovereenkomst is gesloten. Als het gaat om een geval waarin de partijen nog een overeenkomst moeten sluiten, is de algemene bevoegdheid bepaald in artikel 75, § 3, gelezen in samenhang met artikel 109ter, § 3, ten volle van toepassing.

In de bestreden beslissing wordt met geen woord gerept over een reeds gesloten interconnectieovereenkomst. Integendeel, aan het einde van de beslissing wordt erop gewezen dat die beslissing “nog ruimte laat voor de betrokken partijen om onderhandelingen te voeren over de betreffende terminering en zijn operationele implementatie”. Het BIPT heeft het met name niet over de wijziging van een bestaande overeenkomst. Er moet dan ook worden aangenomen dat het BIPT ervan uitgaat dat er geen bestaande interconnectieovereenkomst is.

Belgacom betwist dat uitgangspunt niet, of voert daartegen toch geen uitdrukkelijke grieven aan.

Ten overvloede merkt de Raad van State op dat dit uitgangspunt niet kennelijk onredelijk is. Tussen de partijen is weliswaar op 19 december 1997 een voorlopige interconnectieovereenkomst gesloten, in afwachting van een definitieve overeenkomst. Volgens zowel Belgacom als Telenet werd die voorlopige overeenkomst elk jaar stilzwijgend verlengd. Dat is echter niet meer gebeurd vanaf het jaar 2002, toen Telenet andere terminatietarieven voorstelde. Het BIPT kon ervan uitgaan, al was het impliciet, dat er vanaf dat ogenblik geen overeenkomst meer was tussen de partijen, en dat de partijen een nieuwe overeenkomst moesten sluiten. Omwille van het uitdrukkelijke onderscheid dat de partijen gemaakt hebben tussen de voorlopige overeenkomst en de nog te sluiten definitieve overeenkomst, kon het BIPT er eveneens van uitgaan dat de onderhandelingen tussen de partijen moesten leiden tot een nieuwe (definitieve) overeenkomst, en niet tot een wijziging van de bestaande (voorlopige) overeenkomst.

In die omstandigheden moet worden aangenomen dat de bestreden beslissing geen aangelegenheid betreft die valt onder de toepassing van artikel 109ter, § 5, tweede en derde lid, van de wet van 21 maart 1991. Het BIPT kon derhalve een beslissing nemen ter naleving van de bepalingen van artikel 109ter, § 3, van de wet, zonder dat zijn optreden diende te voldoen aan de beperkende voorwaarden bepaald in artikel 109ter, § 5, tweede en derde lid.

50.6. Uit het voorgaande volgt, enerzijds, dat het BIPT de bestreden beslissing kon nemen op grond van artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991, gelezen in samenhang met artikel 109ter, § 3, van die wet, en anderzijds, dat artikel 109ter, §§ 1, 2 en 5, van de wet van 21 maart 1991 geen beletsel vormt voor het optreden van het BIPT. Noch de genoemde wetsbepalingen, noch de ter uitvoering

van artikel 109^{ter} vastgestelde bepalingen van het koninklijk besluit van 20 april 1999 worden door de bestreden beslissing geschonden.

Het onderdeel faalt naar recht.

51.1. In het *derde onderdeel* wordt in de eerste plaats aangevoerd dat, als er een geschil ontstaat in verband met een verzoek tot interconnectie, de Kamer voor interconnectie bevoegd is, overeenkomstig artikel 79^{ter}, § 2, van de wet van 21 maart 1991. Het BIPT zou zich niet op zijn algemene bevoegdheid inzake toezicht en controle, bedoeld in artikel 75, § 3, van die wet, kunnen beroepen om zich te mengen in dergelijke geschillen.

Voorts wordt aangevoerd dat het BIPT volgens artikel 75, § 9, van de genoemde wet toeziet op de uitvoering van de beslissingen van de Kamer voor interconnectie. In de memorie van wederantwoord verduidelijkt Belgacom dat het BIPT er in de voorliggende zaak dan ook over moet waken dat, ter uitvoering van de beslissing van de Kamer voor interconnectie van 3 juni 2002, de onderhandelingen tussen Belgacom en Telenet hernomen worden. Met de bestreden beslissing zou het BIPT precies het omgekeerde doen, met name aan de onderhandelingen elk concreet voorwerp ontnemen.

51.2. In zoverre in het onderdeel wordt aangevoerd dat het BIPT een beslissing neemt in een aangelegenheid die behoort tot de bevoegdheid van de Kamer voor interconnectie, moet vooreerst worden opgemerkt dat artikel 79^{ter}, § 2, van de wet van 21 maart 1991 weliswaar bepaalt dat de Kamer voor interconnectie op verzoek van één der partijen geschillen inzake interconnectie, huurlijnen, gelijke toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik beslecht, maar dat noch die bepaling, noch artikel 75, § 3, van de wet, noch enige andere bepaling de algemene bevoegdheid van het BIPT inzake toezicht en controle uitsluit ten aanzien van aangelegenheden waarvoor de Kamer voor interconnectie bevoegd is. In de parlementaire voorbereiding van de wet van 19 december 1997 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven teneinde het reglementaire kader aan te passen aan de verplichtingen die inzake vrije mededinging en harmonisatie op de markt voor telecommunicatie, voortvloeien uit de van kracht zijnde beslissingen van de Europese Unie, waarbij artikel 75, § 3, van de wet van 21 maart 1991 is verduidelijkt en artikel 79^{ter} in die wet is ingevoegd, is trouwens gesteld dat aan de Kamer voor interconnectie een specifieke bevoegdheid wordt toegekend, “naast (de)

algemene opdracht inzake toezicht en controle” van het BIPT (memorie van toelichting, Parl. St., Kamer, 1997-98, nr. 1265/1, p. 15).

Bovendien kan de Kamer voor interconnectie slechts optreden op verzoek van één der partijen. Zolang een geschil niet aanhangig is gemaakt bij de Kamer voor interconnectie, kan het BIPT zijn algemene opdracht blijven uitoefenen. Te dezen heeft Telenet weliswaar een geschil inzake de interconnectietarieven aanhangig gemaakt bij de Kamer voor interconnectie, maar deze heeft het verzoek van Telenet op 3 juni 2002 onontvankelijk verklaard en zich dus ten gronde niet uitgesproken. Vanaf dat ogenblik was het geschil niet meer aanhangig bij de Kamer voor interconnectie en kon het BIPT dus een beslissing nemen in de uitoefening van zijn algemene bevoegdheid inzake toezicht en controle. Het feit dat de Kamer voor interconnectie haar beslissing steunde op de omstandigheid dat de termijn voor de onderhandelingen tussen Belgacom en Telenet nog niet verstreken was op het ogenblik dat het geschil bij haar aanhangig werd gemaakt, doet aan die vaststelling geen afbreuk.

Door de bestreden beslissing te nemen heeft het BIPT dus geen bevoegdheid uitgeoefend die exclusief aan de Kamer voor interconnectie zou zijn toegekend, en heeft het de uitoefening door de Kamer voor interconnectie van haar specifieke bevoegdheid ook niet onmogelijk gemaakt.

In zoverre in het onderdeel de schending wordt aangevoerd van met name de artikelen 75, § 3, en 79^{ter} van de wet van 21 maart 1991, faalt het naar recht.

51.3. In zoverre in het onderdeel wordt aangevoerd dat de bestreden beslissing ingaat tegen de verplichting voor het BIPT om uitvoering te geven aan de beslissing van de Kamer voor interconnectie van 3 juni 2002, moet opgemerkt worden dat artikel 75, § 9, van de wet van 21 maart 1991 bepaalt dat het BIPT waakt over de uitvoering van de beslissingen van de Kamer voor Interconnectie, zoals bepaald in artikel 79^{ter} van de genoemde wet.

Te dezen heeft de Kamer voor interconnectie het verzoek om tussenkomst, ingediend door Telenet, onontvankelijk verklaard. Volgens het dispositief van haar beslissing wordt het BIPT ermee belast om, overeenkomstig artikel 6, § 2, van het koninklijk besluit van 4 oktober 1999 houdende de werking en de procedure voor de Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang,

ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik, een mededeling in verband met de beslissing van de Kamer voor interconnectie bekend te maken in het Belgisch Staatsblad. Voorts wordt het BIPT herinnerd aan zijn algemene opdracht om te waken over de uitvoering van de beslissing van de Kamer voor interconnectie.

De verplichting om te waken over de uitvoering van de beslissing van de Kamer voor interconnectie van 3 juni 2002 bracht te dezen slechts mee dat het BIPT moest zorgen voor de bekendmaking van een mededeling daarover. Anders dan Belgacom in haar memorie van wederantwoord aanvoert, bracht die beslissing niet mee dat het BIPT ervoor moest waken dat de onderhandelingen tussen Belgacom en Telenet hernomen werden.

In zoverre in het onderdeel de schending wordt aangevoerd van met name artikel 75, § 9, van de wet van 21 maart 1991, faalt het naar recht.

2. Vierde middel

Standpunt van de partijen

52.1. Belgacom roept een vierde middel in, afgeleid uit de schending van de artikelen 75, § 9, 79ter, 105quinquies, 105sexies A, 109ter, §§ 2, 3 en 5, 144bis en 144ter van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven, de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 april 1999 tot vaststelling van de termijnen en de algemene principes van toepassing op de commerciële onderhandelingen die worden gevoerd om interconnectieovereenkomsten te sluiten en tot vaststelling van de nadere regels voor publicatie van het referentie-interconnectieaanbod en tot vaststelling van de voorwaarden die geregeld moeten worden in de interconnectieovereenkomst, artikel 20 van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 inzake spraaktelefonie, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het proportionaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, en de materiële en de formele motiveringsplicht,

doordat het BIPT in zijn bestreden beslissing van 11 juni 2002, op grond van een onderzoek van het “kostenmodel ontwikkeld door het consultant bureau Ryan Associates”, op instructie van Telenet opgesteld -dat het BIPT, inzake de financiële basisinformatie, als betrouwbaar aanzag, aangezien “de interne auditeur PriceWaterhouseCoopers schriftelijk heeft verklaard dat de inputs in het

kostenmodel de financiële rekeningen van Telenet reflecteren voor wat betreft de afschrijvingen van het jaar 2001, de netto boekwaarde van de activa en de operating kosten”-, besluit: “De vergelijking van de lasten die reëel door Telenet worden gedragen en het gevraagde terminatietarief toont volgens het BIPT aan dat het terminatietarief van Telenet redelijk is op basis van de meegedeelde kosten”, daarbij nog wijzend op het feit dat de kosten en het huidige kostenmodel (van Telenet) thans hoog zijn omdat ze de actuele overcapaciteit van de netwerkelementen reflecteren en omdat de schaalvoordelen in de onderneming niet volledig gerealiseerd zijn, en vervolgens Telenet in de geest van transparantie een beperkt aantal publiciteitsverplichtingen opleggend, wat ertoe heeft geleid dat het BIPT heeft beslist dat Belgacom, op basis van artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991, de vervijfvoudigde beëindigingstarieven moet aanvaarden en betalen,

terwijl, overeenkomstig de beginselen van behoorlijk bestuur, wanneer een administratieve handeling berust op een redelijkheidsbeoordeling vanwege de overheid, door laatstgenoemde rekening moet worden gehouden met alle feitelijke en juridische relevante omstandigheden die op het voorwerp van de administratieve handeling betrekking hebben en daarvan de inhoud en draagwijdte kunnen bepalen,

en terwijl de administratieve handeling die met een redelijkheidsbeoordeling gepaard gaat, impliceert dat de overheid met zorgvuldigheid het geheel van feitelijk en juridisch relevante omstandigheden verzamelt en bij elkaar brengt en pas vervolgens, in functie van al die gegevens, een beslissing neemt,

zodat, zelfs indien het BIPT het verzoek van Telenet tot vervijfvoudiging van haar beëindigingstarieven zou hebben kunnen kwalificeren als een tot Belgacom gericht verzoek tot interconnectie in de zin van artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991 (*quod certe non*, zie het eerste middel), het Instituut niet wettig kon aannemen dat dit zogenaamde verzoek tot verhoging van de beëindigingstarieven met meer dan 400 % een redelijk karakter heeft, op grond van de loutere verwijzing naar een door een derde op instructie van Telenet opgesteld kostenmodel en naar het toezicht op bepaalde gegevens opgenomen in dit model van een bedrijfsrevisor, handelend op instructie van Telenet, alsmede naar een opgelegde publicatie van nummers op het internet, zonder met alle andere feitelijk en juridisch relevante omstandigheden rekening te houden, die op het voorwerp van de beslissing van 11 juni 2003 (namelijk de vervijfvoudigde verhoging van de Telenet

beëindigingstarieven) betrekking hebben en die in het kader van een redelijkheidsbeoordeling de inhoud en de draagwijdte daarvan moeten bepalen (schending van de artikelen 75, § 9, 79^{ter}, 105^{quinquies}, 105^{sexies A}, 109^{ter}, §§ 2, 3 en 5, 144^{bis} en 144^{ter} van de genoemde wet van 21 maart 1991, de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het genoemde koninklijk besluit van 20 april 1999, artikel 20 van het genoemde koninklijk besluit van 22 juni 1998, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, en de materiële en de formele motiveringsplicht),

vermits:

- het BIPT niet tot de zogenaamde redelijkheid van het verzoek van Telenet kon besluiten zonder ook rekening te houden met de feitelijk en juridisch relevante omstandigheden die het reeds uitdrukkelijk in zijn publieke mededeling "inzake de interconnectieverzoeken die buiten het bestek van een referentieaanbod vallen" d.d. 29 januari 2002 en in zijn "voorwaardelijk advies" van 5 februari 2002 aan Telenet opgaf als elementen die het al dan niet redelijk karakter van een zogenaamd verzoek tot interconnectie bepalen (schending van artikel 109^{ter}, § 3, van de genoemde wet van 21 maart 1991 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel),

- het BIPT niet tot de zogenaamde redelijkheid van het verzoek van Telenet kon besluiten zonder ook rekening te houden met de beslissingen van andere Europese telecomregulators, die op basis van hetzelfde Europees wettelijk kader, van gelijkaardige verzoeken tot -overigens beperkte- verhoging van of niet-wederkerige beëindigingstarieven, uitgaande van alternatieve telecomoperatoren kennis hebben genomen en die in de overgrote meerderheid van de gevallen hun verhogingsverzoek hebben afgewezen op basis van overwegingen die zich enten op de onder meer door de Europese en de nationale wetgever nagestreefde doelstellingen van efficiëntie van de markt, verlaging van prijzen, bescherming van de belangen van eindgebruikers, enzovoorts (schending van artikel 109^{ter}, § 3, van de genoemde wet van 21 maart 1991 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel),

- het BIPT niet tot de zogenaamde redelijkheid van het verzoek van Telenet kon besluiten zonder ook rekening te houden met het wettelijk kader waarin zijn tussenkomst zich situeerde en waaruit onder meer volgt dat het aan de telecomoperatoren toekomt om met elkaar over de interconnectievoorwaarden (onder meer de financiële) te onderhandelen -zonder dat het BIPT die onderhandelingen op het één of andere punt definitief zonder voorwerp kan maken, bijvoorbeeld door tarieven op te leggen- (zie artikel 109^{ter}, §§ 2 en 5, van de

genoemde wet van 21 maart 1991 en de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het genoemde koninklijk besluit van 20 april 1999); dat indien de telecomoperatoren niet via onderhandelingen tot een akkoord over de interconnectievoorwaarden of de wijziging ervan komen, enkel de Kamer voor interconnectie bevoegd is om daarover uitspraak te doen wanneer ze door één van de partijen geadieerd wordt (zie de artikelen 75, § 9, 79ter, en 109ter, § 5, van de wet van 21 maart 1991, de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 april 1999); dat wanneer de Kamer voor interconnectie over dergelijk geschil uitspraak heeft gedaan en aan de partijen, minstens impliciet doch zeker, de verplichting heeft opgelegd om overeenkomstig het wettelijk en reglementair kader de onderhandelingen verder te zetten (zie de beslissing van de Kamer voor interconnectie van 3 juni 2002), het BIPT moet toezien op de uitvoering van die beslissing en die beslissing met andere woorden niet mag tegenspreken door een eigen, andersluidende beslissing (zie artikel 75, § 9, van de wet van 21 maart 1991); dat Belgacom de wettelijke plicht heeft transparante tariefcomponenten toe te passen (artikel 105quinquies, *in fine*, van de wet van 21 maart 1991), actuele en toereikende informatie met betrekking tot haar tarieven moet bekendmaken (artikel 105sexies A van de wet van 21 maart 1991 en artikel 20 van het genoemde koninklijk besluit van 22 juni 1998), precieze, actuele en volledige informatie moet verstrekken met betrekking tot de producten en diensten die deel uitmaken van de universele dienst, waartoe de spraaktelefonie behoort (artikel 144bis van de wet van 21 maart 1991) en de tarieven inzake universele dienstverlening transparant moet bepalen (artikel 144ter van de wet van 21 maart 1991), wat inhoudt dat de beëindigingstarieven die Belgacom op verzoek van een andere operator zou moeten toepassen, waardoor zij in concreto die wettelijke verplichtingen niet meer zou kunnen nakomen, door het BIPT zijn af te wijzen als onredelijk, wat te dezen het geval is omdat Belgacom, gelet onder meer op de nummeroverdraagbaarheid, niet meer in het algemeen aan de eindgebruikers het op een oproep toepasselijke eindgebruikerstarief kan garanderen (schending van de artikelen 75, § 9, 79ter, 105quinquies, 105sexies A, 109ter, §§ 2 en 5, 144bis en 144ter van de wet van 21 maart 1991, de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 april 1999, artikel 20 van het koninklijk besluit van 22 juni 1998, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel),

- het BIPT niet tot de zogenaamde redelijkheid van het verzoek van Telenet kon besluiten zonder ook rekening te houden met de zeer nadelige impact ervan op Belgacom, meer bepaald de ernstige aantasting van haar concurrentiepositie (om aan de verhoogde tarieven te ontkomen kan door de eindgebruiker enkel een overstap naar Telenet worden overwogen), het verlies van de internationale transitmarkt (om

te vermijden met verlies te verkopen), de kost van en de moeilijkheden bij de aanpassing van haar facturatiesysteem (om met de verschillende door te rekenen beëindigingstarieven rekening te kunnen houden), de verstoring van de goede relaties met haar klanten (ongenoegen over de stijging van de eindgebruikerstarieven bij oproep naar Telenetnummer; onmogelijkheid om de juistheid van de factuur op transparante wijze te kunnen garanderen omwille van de overdraagbaarheid van het nummer), en het erdoor in het gedrang komen van de toepassing van wetsbepalingen die Belgacom opleggen transparante tariefcomponenten toe te passen, actuele en toereikende informatie met betrekking tot haar tarieven bekend te maken, precieze, actuele en toereikende informatie te verstrekken met betrekking tot producten en diensten die deel uitmaken van de universele dienst, en inzake universele dienst transparante tarieven te bepalen (schending van de artikelen 105*quinquies*, 105*sexies* A, 109*ter*, § 3, 144*bis* en 144*ter* van de wet van 21 maart 1991, artikel 20 van het koninklijk besluit van 22 juni 1998, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel),

- het BIPT niet tot de zogenaamde redelijkheid van het verzoek van Telenet kon besluiten zonder ook rekening te houden met de noodzaak te verhinderen dat operatoren met een efficiënt netwerk operatoren met niet-efficiënte netwerken via hoge interconnectievergoedingen ter hulp zouden moeten snellen, dat de kost van de inefficiëntie van een netwerk door de eindgebruikers van een andere operator zou moeten worden betaald (door de doorrekening van de interconnectietarieven in de eindgebruikerstarieven), en [met de noodzaak om] marktverstoring, misbruik van machtspositie, abnormale prijzen en verkoop met verlies [te vermijden] (de eindgebruikerstarieven van Telenet zijn namelijk manifest lager dan de door haar van Belgacom geëiste interconnectietarieven voor beëindiging van oproepen op haar netwerk, terwijl een oproep vanuit het Telenet-netwerk naar bijvoorbeeld het netwerk van Belgacom uiteraard ook van dat netwerk gebruik maakt en de kost ervan derhalve minstens op het bedrag van het interconnectietarief zou moeten neerkomen en dat bedrag zelfs zou moeten overtreffen) (schending van artikel 109*ter*, § 3, van de wet van 21 maart 1991 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel),

- het onredelijk is tot het zogenaamd redelijk karakter van het verzoek van Telenet te besluiten louter en alleen op basis van een eenzijdig door Telenet opgesteld kostenmodel (opgesteld en gecontroleerd op haar instructie), zonder enige tegenspraak over de uitgangspunten ervan en de toepassing ervan (onder meer de verwijzing naar mobilofonie; de diensten waarover de kosten worden omgeslagen; de wijze waarop dit gebeurt; ...), en enkele publiciteitsmaatregelen [op te leggen],

waarvan de efficiëntie en het [dienstig] karakter evenmin aan tegenspraak werden ontworpen (schending van artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel),

- het onredelijk is tot het zogenaamd redelijk karakter van het verzoek van Telenet te besluiten op basis van de hiervóór omschreven, eenzijdig door Telenet aan het BIPT meegedeelde stukken en door het BIPT eenzijdig bepaalde publiciteitsmaatregelen, zonder bij de afweging van belangen en de voorbereiding van de beslissing van 11 juni 2002 in aanmerking te nemen en rekening te houden met alle feitelijk en in rechte relevante omstandigheden en zonder die afweging en die voorbereiding uit de beslissing te laten blijken (schending van alle in het middel ingeroepen wets- en reglementsbepalingen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, en de materiële en de formele motiveringsplicht),

- het BIPT in zijn beoordeling van de redelijkheid van het verzoek van Telenet geen rekening heeft gehouden met alle feitelijk en juridisch relevante omstandigheden die op het voorwerp, de inhoud en de draagwijdte van zijn beslissing van 11 juni 2002 betrekking hebben, die omstandigheden niet in die beslissing tot uitdrukking heeft gebracht (schending van de formele motiveringsplicht), en die beslissing integendeel heeft gestoeld op vaststellingen en overwegingen die het eruit getrokken besluit van zogenaamde redelijkheid niet wettig kunnen verantwoorden (schending van de materiële motiveringsplicht).

52.2. In haar memorie van wederantwoord voert Belgacom in de eerste plaats aan dat het middel ontvankelijk is, ook in zoverre daarin de schending wordt aangevoerd van de artikelen 105^{quinquies} en 105^{sexies} A van de wet van 20 maart 1991, van de artikelen 8, 9, 12 en 13 van het koninklijk besluit van 20 februari 1999, en van artikel 20 van het koninklijk besluit van 22 juni 1998.

Vervolgens gaat Belgacom in op de gegrondheid van het middel. Zij bespreekt daarbij achtereenvolgens de volgende aspecten: de beslissingen van buitenlandse regulatoren en hun relevantie voor de voorliggende procedure; het door het BIPT in aanmerking genomen kostenmodel; de toepassing van andere beoordelingscriteria; de doelstelling van de efficiëntie en van de verlaging van de prijzen; de netwerkexternaliteit en de belangen van de eindgebruikers; het gebrek aan transparantie en het verband met de netwerkexternaliteit; de marktverstoring; de toepassing van andere criteria; de materiële motiveringsplicht.

53.1. In zijn memorie van antwoord merkt het BIPT in de eerste plaats op dat Belgacom het kennelijk onredelijk karakter van de bestreden beslissing steunt op gegevens die voortvloeien uit het feit dat Telenet voordien wederkerige tarieven toepaste. Het ging daarbij echter om een feitelijke toestand die wederrechtelijk door Belgacom werd opgelegd, en waarop Belgacom zich dus niet kan beroepen.

Voorts wijst het BIPT erop dat het volledig in overeenstemming is met het regelgevend kader om Telenet, als alternatieve operator, de mogelijkheid te bieden om interconnectietarieven toe te passen die haar kosten dekken. De principiële vrijheid van een operator om zijn tarieven te bepalen wordt voor nieuwe operatoren weliswaar beperkt door het redelijkheidsvereiste, maar dat vereiste kan er niet toe leiden dat een dergelijke operator erdoor gedwongen zou worden om tarieven toe te passen die zelfs zijn kosten niet dekken.

In zoverre Belgacom verwijst naar beslissingen van buitenlandse telecomregulators, wijst het BIPT erop dat uit het recente Implementatierapport van de Europese Commissie blijkt dat in het merendeel van de EU-lidstaten geen wederkerige tarieven worden opgelegd en dat de Commissie het opleggen van dergelijke tarieven zelfs als een mogelijk misbruik van machtspositie van de historische operatoren beschouwt.

In zoverre Belgacom een aantasting van haar concurrentiepositie aanvoert, wijst het BIPT erop dat de concrete feiten, zoals die blijken uit een recente marktstudie, deze bewering tegenspreken. Belgacom's marktaandeel op de markt voor zakenklanten is in 2002 gestegen en dat zal in 2003 ook zo zijn. De tariefverhoging voor oproepen naar Telenet blijkt op de markt een marginaal belang te hebben.

53.2. In zijn laatste memorie gaat het BIPT in het bijzonder in op de grief dat het zou hebben nagelaten om de criteria te onderzoeken die het zelf, in zijn mededeling van 22 januari 2002 en zijn advies van 5 februari 2002, als relevante criteria heeft aangegeven.

Met betrekking tot de mededeling van 22 januari 2002 wijst het BIPT erop dat daarin weliswaar een aantal criteria worden opgesomd die het als leidraad hanteert bij het beoordelen van de redelijkheid van een interconnectieverzoek dat buiten het bestek van een referentieaanbod valt, maar dat daarin ook wordt aangegeven dat de lijst van criteria niet volledig is en dat de

operatoren andere elementen mogen inroepen om de redelijkheid of de onredelijkheid van een interconnectieverzoek aan te tonen.

In zijn advies van 5 februari 2002 heeft het BIPT de criteria opgesomd die van toepassing zijn om te beslissen of het litigieuze verzoek van Telenet tot interconnectie al dan niet redelijk is. Het BIPT voert aan dat het niet verplicht was om in zijn beslissing uit te leggen op welke manier het met elk van die criteria afzonderlijk rekening gehouden heeft, en dat het integendeel het recht had om in zijn beslissing enkel de essentiële criteria op te nemen. Te dezen heeft het BIPT in de bestreden beslissing aldus uitgelegd dat de nieuwe tarieven van Telenet de werkelijke onderliggende kosten reflecteren. Het is om die reden dat het BIPT beslist heeft dat de tarieven van Telenet redelijk zijn. In die beoordeling zit volgens het BIPT ook een afweging van de impact op de eindgebruiker. Met betrekking tot het rechtmatig belang van Belgacom voert het BIPT aan dat dit te dezen bestaat in het betalen van een correcte interconnectieprijs. Het BIPT heeft hiervoor oog gehad door het toepassen van zijn methodologie op het kostenmodel van Telenet. Zoals uit de bestreden beslissing blijkt, heeft dit ertoe geleid dat bepaalde kosten uit het kostenmodel van Telenet zijn verwijderd en dat bepaalde parameters op een objectief verantwoorde wijze zijn geëvalueerd.

54.1. In haar memorie antwoordt Telenet in de eerste plaats dat, in zoverre de bestreden beslissing het wederkerigheidsbeginsel verwerpt, ze wettelijk verantwoord is. Telenet voert aan dat dit beginsel in strijd is met verscheidene rechtsregels.

Vervolgens gaat Telenet uitvoerig in op de gegevens waarop Belgacom steunt tot staving van het middel dat de bestreden beslissing kennelijk onredelijk is.

In zoverre Belgacom aanvoert dat het BIPT geen rekening zou hebben gehouden met de feitelijk en juridisch relevante omstandigheden waarnaar verwezen wordt in de mededeling van het BIPT van 29 januari 2002 en diens voorwaardelijk advies van 5 februari 2002, verwijst Telenet naar haar antwoord op het tweede middel. In dat antwoord heeft Telenet aangevoerd dat er geen schending is van artikel 109ter, § 3, van de wet van 21 maart 1991 of van het redelijkheidsbeginsel of het zorgvuldigheidsbeginsel.

In zoverre Belgacom aanvoert dat geen rekening is gehouden met de beslissingen van andere Europese telecomregulators, antwoordt Telenet dat het BIPT niet gebonden is door die beslissingen en dat die ook geen afbreuk doen aan het redelijk karakter van de bestreden beslissing.

In zoverre Belgacom aanvoert dat geen rekening is gehouden met het wettelijk kader waarin het optreden van het BIPT zich situeert, werpt Telenet in de eerste plaats op dat Belgacom niet uitlegt waarin de schending van de in het middel ingeroepen wetsbepalingen zou bestaan, zodat het middel in zoverre onontvankelijk is. Subsidiair antwoordt Telenet dat de bewering van Belgacom als zou zij niet meer in staat zijn om de op haar rustende wettelijke verplichtingen na te komen, niet ernstig is.

In zoverre Belgacom aanvoert dat het BIPT geen rekening gehouden heeft met de negatieve gevolgen voor Belgacom van de verhoogde tarieven van Telenet, gaat Telenet in op elk van de vijf problemen die Belgacom in het bijzonder aanhaalt (de aantasting van haar concurrentiële positie, een verlies op de internationale transitmarkt, de verstoring van de goede relaties met haar klanten, de kost van en de moeilijkheden bij de aanpassing van haar facturatiesysteem, en de onmogelijkheid om aan haar verplichtingen inzake tarieftransparantie te voldoen). Volgens Telenet zijn de beweringen van Belgacom niet ernstig.

In zoverre Belgacom aanvoert dat het BIPT geen rekening gehouden heeft met de noodzaak om te verhinderen dat operatoren met een efficiënt netwerk operatoren met inefficiënte netwerken ter hulp zouden moeten stellen, waardoor het BIPT een beslissing genomen heeft die strijdig is met de doelstellingen van de liberalisering en de belangen van de eindgebruikers, antwoordt Telenet dat er van een marktverstoring effect geen sprake is. Telenet voert in het bijzonder aan dat het feit dat haar interconnectietarieven hoger zijn dan die van Belgacom, niet automatisch betekent dat Telenet een "inefficiënte" operator zou zijn; dat voldoende competitieve prikkels aanwezig zijn waardoor de opgeroepen partij wel degelijk gevoelig zal zijn voor de hoogte van de interconnectietarieven toegepast door zijn netwerkoperator; dat de doelstellingen van de liberalisering van de telecomsector niet ondermijnd worden door een potentiële verhoging van de eindgebruikerstarieven.

In zoverre Belgacom aanvoert dat het BIPT het kostenmodel en de opgelegde publiciteitsmaatregelen niet aan tegenspraak heeft onderworpen,

verwijst Telenet naar haar antwoord op het derde middel. In dat antwoord heeft Telenet aangevoerd dat de betrokken grief niet ernstig is.

Ten slotte voert Telenet aan dat de bestreden beslissing voldoet aan de formele en de materiële motiveringsplicht en aan het zorgvuldigheidsbeginsel.

54.2. In haar laatste memorie gaat Telenet uitvoerig in op de aangevoerde schending van de materiële motiveringsplicht.

Zij voert aan dat de bestreden beslissing wel degelijk afdoende gemotiveerd is. In dat verband wijst Telenet er met name op dat de bestreden beslissing slechts een concrete toepassing is van vroegere “reglementaire tussenkomsten” van het BIPT, in het bijzonder de adviezen van het BIPT over de tarieven van Belgacom waarin de redelijkheid van asymmetrische tarieven reeds is erkend en de beoordeling van de interconnectietarieven van Belgacom; dat het BIPT zijn tussenkomst heeft beperkt tot bepaalde aspecten van Telenets verzoek en hoofdzakelijk de redelijkheid van de omvang van de tariefverhoging heeft beoordeeld; dat het BIPT in de bestreden beslissing rekening heeft gehouden met de beoordelingscriteria die het in zijn advies van 5 februari 2002 heeft geïdentificeerd (hetgeen met name blijkt uit de “horizontale” werking van de kostenoriëntatietoets die verschillende belangen tegelijkertijd in overweging neemt, de overwegingen die tegemoet komen aan de belangen van de operator met een sterke positie op de markt, de overwegingen die tegemoet komen aan de belangen van de eindgebruikers, en de (bevestigende) motivering op basis waarvan het BIPT nadien ook de redelijkheid heeft beoordeeld van Versatels terminatietarieven (beslissing van 7 december 2004)); dat het BIPT voor de beoordeling van de redelijkheid van Telenets tarieven hoe dan ook geen lagere tarieven had kunnen opleggen dan die welke noodzakelijk waren om Telenets kosten te dekken.

Telenet voert ook aan dat aan het BIPT niet kan worden verweten dat het in zijn beslissing de cijfermatige gegevens niet heeft opgenomen die ten grondslag liggen aan het kostenmodel van Telenet. Op het BIPT rust immers een wettelijke verplichting, ingevolge artikel 120, § 1, van de wet van 21 maart 1991, om de bedrijfsgeheimen van Telenet te beschermen.

Beoordeling

55. Het vierde middel kan worden samengevat als volgt: de bestreden beslissing acht de nieuwe tarieven van Telenet redelijk op basis van slechts één gegeven, namelijk een kostenmodel dat werd opgesteld door een consultant van Telenet, zonder rekening te houden met andere relevante criteria.

Die andere relevant geachte criteria zijn in de eerste plaats die welke door het BIPT zijn vermeld in zijn algemene mededeling van 29 januari 2002 en in zijn schrijven van 5 februari 2002 aan Telenet. Ook uit de beslissingen van buitenlandse telecomregulators inzake interconnectietarieven zouden relevante beoordelingscriteria kunnen worden afgeleid, met name: de doelstelling van de efficiëntie van de telecommarkt en de verlaging van de prijzen; de netwerkexternaliteit en de belangen van de eindgebruikers; de transparantie van de eindgebruikerstarieven; de marktverstoring, ten gevolge van het feit dat de alternatieve operator aan andere operatoren dure interconnectietarieven oplegt en aan de eigen eindgebruikers goedkope prijzen aanrekent. Daarnaast zouden nog andere criteria relevant zijn, die te maken hebben met de impact van de tariefverhoging op de eindgebruikers en op Belgacom.

Door op grond van slechts één van de ter zake relevante criteria te besluiten dat de tarieven van Telenet redelijk zijn, zou de bestreden beslissing een reeks wets- en reglementsbevestigingen en beginselen schenden.

56. Alvorens op het middel in te gaan, acht de Raad van State het nuttig om te herinneren aan het voorwerp van de bestreden beslissing en aan de aard van het toezicht dat hij op die beslissing uitoefent.

Met de bestreden beslissing oordeelt het BIPT dat de door Telenet voor 2002 toegepaste terminatietarieven redelijk zijn, in de zin van artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991. Tevens stelt het BIPT een aantal bijkomende maatregelen vast, met name in verband met de bekendmaking van de tarieven en in verband met de datum met ingang waarvan de nieuwe tarieven door Belgacom moeten worden geïmplementeerd. De beslissing heeft aldus betrekking op welbepaalde terminatietarieven. In het licht van het verweer dat door het BIPT en Telenet wordt gevoerd, moet opgemerkt worden dat de beslissing niet louter gaat over de vraag of het zogenaamde wederkerigheidsbeginsel, op grond waarvan

Telenet dezelfde terminatietarieven zou moeten toepassen als Belgacom, al dan niet wettig is.

In het kader van het voorliggende beroep tot nietigverklaring kan de Raad van State niet zelf oordelen of de litigieuze terminatietarieven redelijk of onredelijk zijn. De Raad van State kan zijn beslissing daarover dus niet in de plaats stellen van die van het BIPT. Hij kan enkel nagaan of de bestreden beslissing al dan niet verenigbaar is met de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen.

57. Noch artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991, noch artikel 4, lid 2, van richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP), waarvan artikel 109^{ter}, § 3, van de wet van 21 maart 1991 mede de omzetting in het interne recht vormt, noch enige andere richtlijn-, wets- of reglementsbeeping omschrijft wat onder “redelijke” verzoeken om interconnectie moet worden verstaan. Bij de beoordeling van de redelijkheid van een dergelijk verzoek beschikt het BIPT dan ook over een zeer ruime beoordelingsbevoegdheid.

Die beoordelingsbevoegdheid van het BIPT heeft zelf de redelijkheid als grens. Bij de toetsing van de redelijkheid van de beslissing van een administratieve overheid beschikt de Raad van State slechts over een marginaal toetsingsrecht, waarbij hij slechts beslissingen kan vernietigen die kennelijk onredelijk zijn, dit zijn beslissingen waarvan het ondenkbaar is dat enige in redelijkheid oordelende overheid, die in dezelfde omstandigheden moet beslissen, dezelfde beslissing zou nemen.

In de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid is elke overheid bovendien gebonden door een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan te dezen de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel relevant zijn, alsmede door de formele motiveringsplicht..

De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking genomen kunnen worden. Bij beslissingen met individuele strekking, zoals de bestreden beslissing, geldt bovendien, op grond van de artikelen 2 en 3 van

de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, een formele motiveringsplicht. Die plicht houdt in dat in de betrokken akte zelf een afdoende motivering moet worden vermeld.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden, wat onder meer betekent dat het alle voor de beslissing relevante feiten met zorgvuldigheid moet vaststellen, en dat het met deze feiten ook rekening moet houden bij het nemen van de beslissing.

58. Zoals in het middel wordt uiteengezet, heeft het BIPT op 29 januari 2002 een algemene mededeling bekendgemaakt “inzake de interconnectieverzoeken die buiten het bestek van een referentieaanbod vallen” (zie hiervóór, overweging 14). In dat advies worden, in de vorm van vragen, tien niet-exhaustieve criteria opgesomd die voor het BIPT een leidraad vormen om de redelijkheid te beoordelen van een interconnectieverzoek dat buiten het bestek van een referentieaanbod valt. Een aantal criteria hebben betrekking op de kosten van de gevraagde interconnectie voor de aanvrager en, meer in het algemeen, op de gevolgen van die interconnectie of van het afwijzen ervan voor de aanvrager. Andere criteria hebben betrekking op de kosten van de interconnectie voor de operator met een sterke machtspositie en op de gevolgen voor de eindgebruikers, voor de netwerken en voor andere operatoren op de markt.

Zoals eveneens in het middel wordt uiteengezet, heeft het BIPT in een schrijven van 5 februari 2002 aan Telenet een eerste, voorlopig standpunt ingenomen ten aanzien van de nieuwe interconnectietarieven (zie hiervóór, overweging 16.2). In dat schrijven geeft het BIPT vooral een toelichting bij het begrip “redelijk verzoek tot interconnectie” en wijst het Telenet op de criteria waarmee zij rekening moet houden om uit te maken of haar verzoek tot interconnectie als redelijk kan worden beschouwd. Zo het BIPT ervan uitgaat dat het redelijk karakter van het interconnectieverzoek in eerste instantie te maken heeft met het kostengeoriënteerd karakter van de betrokken tarieven (“indien de tariefverhoging de werkelijke onderliggende kosten reflecteert, kan niet gezegd worden dat Telenet onredelijke, marktversturende marges voor zich opeist”), maakt het duidelijk dat bij de beoordeling ook “de gerechtigde belangen van de [operator met een sterke marktpositie]” en “de impact op de eindgebruiker” in aanmerking genomen moeten worden. In verband met dit laatste aspect heeft het BIPT met name aandacht voor de verschillen tussen de interconnectietarieven naargelang de operator van de opgeroepene. Omdat de uit de nieuwe tarieven voortvloeiende verschillen

vergelijkbaar zijn met die welke op dat ogenblik al bestaan tussen mobiele operatoren, meent het BIPT, “onder voorbehoud van nader onderzoek”, dat de door Telenet voorgestelde tariefverhogingen redelijk zijn. Dit belet niet dat het BIPT aan het einde van zijn schrijven waarschuwt voor het verstoring effect dat te sterk gedifferentieerde interconnectietarieven met zich kunnen brengen, wegens de zogenaamde externaliteit van de terminatiedienst (de tarieven voor het termineren van oproepen worden betaald door de klanten van concurrerende operatoren), en dat het erop wijst dat in dit verband “waakzaamheid” vereist is.

In de bestreden beslissing wordt het redelijk karakter van de terminatietarieven van Telenet uitsluitend beoordeeld aan de hand van het kostenmodel van Telenet. Nadat het BIPT heeft vastgesteld dat de tarieven de werkelijke kosten reflecteren, concludeert het dat die tarieven “redelijk” zijn. Er wordt niet nagegaan wat de impact is van de tarieven op de markt. Er wordt ook geen aandacht besteed aan de gevolgen van de nieuwe tarieven voor Belgacom. Evenmin komt de impact van de tarieven op de eindgebruikers aan bod. Zo wordt onder meer niet nagegaan wat de gevolgen zijn van het bestaan van een verschil tussen de tarieven voor oproepen binnen het Telenet-netwerk en de tarieven voor oproepen welke afkomstig zijn van een andere operator. In dat verband beperkt het BIPT zich ertoe om aan Telenet de verplichting op te leggen om een aantal gegevens bekend te maken. Het BIPT acht die bekendmaking “van groot belang”, omdat de oproeper op die manier de gevolgen van de prijsdifferentiatie al naargelang de operator van de opgeroepene kan “milderen”, doordat hij bij voorbaat de exacte kost van zijn oproep naar een Telenet-abonnee zal kunnen vaststellen.

59. Belgacom betwist niet dat het BIPT het criterium van de kostenoriëntatie in aanmerking kon nemen om zich uit te spreken over het redelijk karakter van de interconnectietarieven. In het middel wordt enkel aangevoerd dat dit criterium niet als het enige criterium in aanmerking kon worden genomen.

Het behoort in beginsel tot de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van het BIPT om de criteria te bepalen op grond waarvan het de redelijkheid van een verzoek tot interconnectie zal beoordelen. Het staat daarentegen niet aan de Raad van State om aan te geven welke de terzake relevante criteria zijn.

Te dezen heeft het BIPT zelf, in zijn genoemde mededeling van 29 januari 2002 en zijn genoemd schrijven van 5 februari 2002, te kennen geven welke criteria het relevant acht. Naast de kostenoriëntatie noemt het BIPT de

weerslag van de tarieven op de markt, in het algemeen, en de gevolgen ervan voor Belgacom, als operator met een sterke machtspositie, en voor de eindgebruikers, in het bijzonder, als criteria die het in zijn beoordeling zal betrekken. Er wordt niet betwist dat dit relevante criteria kunnen zijn.

Te dezen moet niet worden ingegaan op de vraag of en in hoeverre de standpunten die het BIPT in verband met de terzake toepasselijke criteria heeft ingenomen, voor het BIPT zelf bindend zijn op grond van het beginsel "*patere legem quam ipse fecisti*". Die vraag is aan de orde in het tweede annulatiemiddel, dat hier niet onderzocht wordt. Het vierde middel doet wel de vraag rijzen of het BIPT, na eerst uitdrukkelijk te hebben aangegeven welke criteria het relevant acht, regelmatig tot een beoordeling van de redelijkheid van de interconnectietarieven kon komen zonder met al die criteria rekening te houden. De Raad van State is van oordeel dat het antwoord op die laatste vraag alleen maar ontkennend kan zijn. Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel was het BIPT ertoe gehouden om rekening te houden met de criteria die het zelf als relevant had aangemerkt. Op grond van de materiële en de formele motiveringsplicht moet uit de beslissing ook blijken dat wel degelijk met die criteria rekening is gehouden. In strijd met die beginselen wordt in de bestreden beslissing echter niet ingegaan op andere criteria dan dat van de kostenoriëntatie. Overigens blijkt uit niets dat het BIPT om één of andere reden van oordeel zou zijn dat die andere criteria uiteindelijk niet meer relevant zouden zijn.

De omstandigheid dat het BIPT in de voorliggende procedure voor de Raad van State probeert aan te tonen dat het wel degelijk rekening heeft gehouden met die andere criteria, en dat die geen invloed hebben op de conclusie dat de tarieven van Telenet redelijk zijn, doet geen afbreuk aan het feit dat uit de bestreden beslissing zelf niet blijkt dat die afweging effectief gebeurd is. De latere uitleg van het BIPT kan dat initiële verzuim niet goed maken.

De conclusie is dan ook dat de bestreden beslissing, door niet in te gaan op een aantal criteria waarvan het BIPT eerder de relevantie heeft aangenomen, is genomen met miskennis van het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 (formele motiveringsplicht).

In zoverre is het middel gegrond.

60. Duidelijkheidshalve meent de Raad van State te moeten opmerken dat hij zich met deze conclusie niet uitspreekt over de vraag of het BIPT in redelijkheid heeft kunnen aannemen dat aan het ene criterium dat het wel in aanmerking heeft genomen, voldaan is, met andere woorden of het BIPT in redelijkheid heeft kunnen aannemen dat de door Telenet voorgestelde terminatietarieven de werkelijke kosten reflecteren.

Evenmin spreekt de Raad van State zich uit over de vraag of het BIPT, naast de criteria die het eerder zelf als relevant heeft beschouwd, nog met andere criteria rekening zou kunnen of moeten houden, zoals bijvoorbeeld de criteria waarmee volgens Belgacom buitenlandse telecomregulators bij het nemen van gelijkaardige beslissingen rekening hebben gehouden.

Ten slotte spreekt de Raad van State zich uiteraard ook niet uit over de vraag of het BIPT, wanneer het met alle relevante criteria rekening zou houden, wettig zou kunnen besluiten dat het interconnectieverzoek van Telenet redelijk is.

VI. Zaak A. 126.286/LX-3480

A. Ontvankelijkheid van het beroep

Door het BIPT opgeworpen exceptie

61. Het BIPT werpt een exceptie van onontvankelijkheid op, steunend deels op de aard van de bestreden handeling en deels op het ontbreken van een belang in hoofde van Belgacom.

Het BIPT voert in de eerste plaats aan dat de thans bestreden beslissing van 5 juli 2002 de beslissing van 11 juni 2002 bevestigt, en in dat opzicht dus een louter bevestigende beslissing is. Een dergelijke beslissing kan niet worden aangevochten.

Vervolgens wijst het BIPT erop dat de thans bestreden beslissing, waarbij de eerder toegestane uitvoeringstermijn wordt verlengd en aan Belgacom een verplichting tot rapportering wordt opgelegd, de beslissing van 11 juni 2002 ontwikkelt, en in dat opzicht dus een gevolgakte is. Een gevolgakte is weliswaar, in geval van vernietiging van de hoofdkte, eveneens door nietigheid aangetast, maar

dan enkel als de verzoekende partij belang heeft bij de nietigverklaring. Dit is volgens het BIPT te dezen niet het geval. De beslissing van 5 juli 2002 is op zich niet grieftoudend voor Belgacom, nu ze haar geen reëel nadeel toebrengt. In zoverre de implementatietermijn van de beslissing van 11 juni 2002 met één maand verlengd wordt, gaat het om een beslissing in het voordeel van Belgacom. In zoverre aan Belgacom de verplichting wordt opgelegd om wekelijks te rapporteren over de besprekingen van Telenet, kan de beslissing bezwaarlijk als grieftoudend beschouwd worden.

Beoordeling

62. Bij de bestreden beslissing van 5 juli 2002 wordt op verzoek van Belgacom aan deze laatste een verlenging van de termijn voor de implementatie van de beslissing van 11 juni 2002 toegestaan. Die verlenging wordt evenwel afhankelijk gemaakt van het naleven door Belgacom van de bij de bestreden beslissing opgelegde verplichting om wekelijks te rapporteren over de vorderingen in de onderhandelingen tussen haar en Telenet.

Aldus blijkt dat de beslissing van 5 juli 2002 niet de bevestiging inhoudt van de beslissing van 11 juni 2002, maar die beslissing integendeel nader uitwerkt. In zoverre de exceptie ervan uitgaat dat het gaat om een louter bevestigende beslissing, mist ze feitelijke grondslag.

63. Zo Belgacom geen belang heeft bij de vernietiging van de beslissing waarbij het BIPT, ingaande op haar verzoek, de implementatietermijn verlengt, heeft zij wel belang bij het bestrijden van de beslissing waarbij haar een rapporteringsverplichting wordt opgelegd. Die vaststelling volstaat om te concluderen dat de exceptie niet kan worden aangenomen in zoverre ze steunt op het ontbreken van een belang.

B. Ten gronde

64. In haar verzoekschrift stelt Belgacom dat zij in de eerste plaats de beslissing van het BIPT van 11 juni 2002 aanvecht in de zaak A. 124.863 en dat de bestreden beslissing van 5 juli 2002 een gevolgbeslissing is. Volgens Belgacom moet ook die laatste beslissing uit de rechtsorde worden weggenomen. Omdat niet vaststaat dat ze automatisch als niet-bestaande of zonder rechtskracht zou worden

beschouwd in geval van vernietiging van de beslissing van 11 juni 2002, bestrijdt Belgacom ze met een afzonderlijk annulatieberoep.

De bestreden beslissing van 5 juli 2002 is inderdaad een gevolgbeslissing van de beslissing van 11 juni 2002. Het BIPT is het hiermee trouwens eens, zoals uit de door haar opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid blijkt (zie hiervóór, overweging 61).

Nu het beroep tegen de beslissing van 11 juni 2002 gegrond bevonden is en die beslissing dus moet worden vernietigd, dient ook de gevolgbeslissing van 5 juli 2002 te worden vernietigd. De vernietiging van de laatstgenoemde beslissing is het rechtstreekse gevolg van de vernietiging van de eerstgenoemde beslissing. Ze moet dus worden uitgesproken zonder dat het nodig is om de middelen te onderzoeken die Belgacom tegen de beslissing van 5 juli 2002 heeft ingeroepen. Die middelen zijn trouwens niet verschillend van die welke tegen de beslissing van 11 juni 2002 zijn ingeroepen.

De beslissing van 5 juli 2002 vormt een onlosmakelijk geheel, zodat die beslissing in haar geheel moet worden vernietigd. De omstandigheid dat Belgacom slechts een belang heeft bij het bestrijden van een deel van die beslissing (zie overweging 63), doet hieraan geen afbreuk.

VII. Zaak A. 127.790/LX-3516

A. Ontvankelijkheid van het beroep

Door het BIPT opgeworpen exceptie

65. Het BIPT werpt een exceptie van onontvankelijkheid op, steunend deels op de aard van de bestreden handeling en deels op het ontbreken van een belang in hoofde van Belgacom.

Het BIPT voert in de eerste plaats aan dat de thans bestreden beslissing van 9 augustus 2002 de beslissing van 11 juni 2002 bevestigt, en in dat opzicht dus een louter bevestigende beslissing is. Een dergelijke beslissing kan niet worden aangevochten.

Vervolgens wijst het BIPT erop dat de thans bestreden beslissing, waarbij wordt vastgesteld dat de nieuwe terminatietarieven van Telenet niet afdwingbaar zijn in een internationale context en dus tijdelijk, tot aan het bereiken van een definitief akkoord, vergoed moeten worden aan de voordien toepasselijke tarieven die overeenstemmen met de BRIO (Belgacom Reference Interconnect Offer)-tarieven, de beslissing van 11 juni 2002 ontwikkelt, en in dat opzicht dus een gevolgakte is. Een gevolgakte is weliswaar, in geval van vernietiging van de hoofdakte, eveneens door nietigheid aangetast, maar dan enkel als de verzoekende partij belang heeft bij de nietigverklaring. Dit is volgens het BIPT te dezen niet het geval. De beslissing van 9 augustus 2002 is op zich niet griefhoudend voor Belgacom, nu ze haar geen reëel nadeel toebrengt. De bestreden beslissing heeft integendeel tot gevolg dat voor het inkomend internationaal verkeer niet de door Telenet voorgestelde tarieven zullen moeten worden toegepast, maar wel tarieven die overeenstemmen met de BRIO-tarieven, die lager zijn.

Beoordeling

66. Bij de bestreden beslissing van 9 augustus 2002 wordt ingegaan op de problemen die de beslissing van 11 juni 2002 heeft doen rijzen ten aanzien van de internationale transitdienst die door Belgacom moet worden verzekerd, meer bepaald het internationale binnenkomende verkeer. Het BIPT neemt akte van de negatieve reacties van de buitenlandse operatoren op het verzoek van Belgacom om de verhoogde tarieven van toepassing te maken op het beëindigen van het verkeer in België op het netwerk van Telenet, via de transitdiensten van Belgacom. In het licht van die reacties beslist het BIPT dat het internationaal inkomend verkeer, door Belgacom van een internationale operator ontvangen en via haar transitdienst overhandigd aan Telenet voor beëindiging op het netwerk van deze laatste, getarifeerd moet worden conform de normaal gangbare BRIO-tarieven, of met andere woorden de tarieven die Belgacom normaal betaalt aan alle nationale operatoren voor dergelijk verkeer. Het BIPT voegt hieraan toe dat de verhoogde interconnectievergoedingen van Telenet wel kunnen worden toegepast met betrekking tot het verkeer dat via nationale interconnectie wordt overhandigd aan Belgacom (en door Belgacom verder wordt overhandigd aan Telenet), en dat Belgacom dergelijk verkeer moet aanrekenen aan de andere nationale operator. Ten slotte erkent het BIPT dat de wet van 21 maart 1991 “tromboning” of “least cost routing” niet verbiedt, en dus niet belet dat Belgacom nationaal interconnectieverkeer zou omleiden via een internationale operator.

Aldus blijkt dat de beslissing van 9 augustus 2002 niet de bevestiging inhoudt van de beslissing van 11 juni 2002, maar de draagwijdte van die beslissing integendeel nader bepaalt. In zoverre de exceptie ervan uitgaat dat het gaat om een louter bevestigende beslissing, mist ze feitelijke grondslag.

67. Zo Belgacom geen belang heeft bij de vernietiging van de beslissing waarbij het BIPT haar vrijstelt van de verplichting om de nieuwe tarieven van Telenet toe te passen op inkomende internationale telefoongesprekken, en evenmin bij de vernietiging van de beslissing dat zij nationaal interconnectieverkeer kan omleiden via een internationale operator, beslissingen die overigens door Belgacom ook niet worden bestreden, heeft zij wel belang bij het bestrijden van de beslissing waarbij de bedoelde vrijstelling niet wordt uitgebreid tot het verkeer dat via nationale interconnectie wordt overhandigd aan Belgacom. Die vaststelling volstaat om te concluderen dat de exceptie niet kan worden aangenomen in zoverre ze steunt op het ontbreken van een belang.

B. Ten gronde

68. In haar verzoekschrift stelt Belgacom dat zij op de eerste plaats de beslissing van het BIPT van 11 juni 2002 aanvecht in de zaak A. 124.863 en dat de bestreden beslissing van 9 augustus daarop voortbouwt. Volgens Belgacom moet ook die laatste beslissing uit de rechtsorde worden weggenomen. Omdat niet vaststaat dat ze automatisch als niet-bestaande of zonder rechtskracht zou worden beschouwd in geval van vernietiging van de beslissing van 11 juni 2002, bestrijdt Belgacom ze met een afzonderlijk annulatieberoep.

De bestreden beslissing van 9 augustus 2002 is een gevolgbeslissing van de beslissing van 11 juni 2002. Het BIPT is het hiermee trouwens eens, zoals uit de door haar opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid blijkt (zie hiervóór, overweging 65).

Nu het beroep tegen de beslissing van 11 juni 2002 gegrond bevonden is en die beslissing dus moet worden vernietigd, dient ook de gevolgbeslissing van 9 augustus 2002 te worden vernietigd. De vernietiging van de laatstgenoemde beslissing is het rechtstreekse gevolg van de vernietiging van de eerstgenoemde beslissing. Ze moet dus worden uitgesproken zonder dat het nodig is om de middelen te onderzoeken die Belgacom tegen de beslissing van 9 augustus

2002 heeft ingeroepen. Die middelen zijn trouwens niet verschillend van die welke tegen de beslissing van 11 juni 2002 zijn ingeroepen.

De beslissing van 9 augustus 2002 vormt een onlosmakelijk geheel, zodat die beslissing in haar geheel moet worden vernietigd. De omstandigheid dat Belgacom slechts een belang heeft bij het bestrijden van een deel van die beslissing (zie overweging 67), doet hieraan geen afbreuk.

VIII. Zaak A. 127.855/LX-3517

69. Het beroep in de zaak A. 127.855 is ingesteld door Telenet. Het is gericht tegen de hiervóór genoemde beslissing van 9 augustus 2002, meer bepaald tegen de onderdelen van die beslissing waarbij het BIPT “de verplichting oplegt aan Telenet om de normaal gangbare BRIO-tarieven toe te passen voor het internationaal inkomend verkeer, door Belgacom van een internationale operator ontvangen en via haar transitdienst overhandigd aan Telenet voor beëindiging op Telenet’s netwerk”, en “verklaart dat het ‘tromboning’ of ‘least cost routing’ verschijnsel niet belet wordt door de wet van 21 maart 1991”.

Het beroep van Belgacom tegen de genoemde beslissing van 9 augustus 2002 is hiervóór gegrond bevonden, en die vaststelling moet ertoe leiden dat die beslissing in haar geheel moet worden vernietigd (zie overweging 68). In die omstandigheden moet ambtshalve worden vastgesteld dat het beroep van Telenet zonder voorwerp is geworden.

Nu het beroep van Telenet zijn voorwerp verloren heeft ten gevolge van de vernietiging van de door Telenet bestreden beslissing, is er aanleiding om het BIPT te verwijzen in de kosten.

IX. Zaak A. 134.134/LX-3736

A. Ontvankelijkheid van het beroep

1. In zoverre het beroep is gericht tegen de beslissing van 14 januari 2003

70. De ontvankelijkheid van het beroep wordt niet betwist, in zoverre het is gericht tegen de beslissing van 14 januari 2003. Er is ook geen reden om ambtshalve een exceptie van onontvankelijkheid op te werpen.

2. In zoverre het beroep is gericht tegen de beslissing van 7 februari 2003

Standpunt van de partijen

71. Het BIPT werpt een exceptie van onontvankelijkheid op, in zoverre het beroep is gericht tegen de brief van 7 februari 2003.

Volgens het BIPT is die brief geen aanvechtbare rechtshandeling. Met deze brief wordt vooreerst aan Belgacom een maandelijkse en gedetailleerde rapportering gevraagd over de doorgevoerde *tromboning*. Belgacom lijdt hierdoor geen nadeel dat door een annulatieberoep ongedaan zou kunnen worden gemaakt. Vervolgens wordt Belgacom gevraagd om het BIPT onmiddellijk op de hoogte te brengen van een effectieve of verwachte stijging van het *tromboning* verkeer naar Telenet boven de eerder toegestane limiet van 5 à 6 %. Dat verzoek heeft geen rechtsgevolgen. Minstens gaat het slechts om een op zich niet-aanvechtbare, voorbereidende handeling, die pas bestreden zou kunnen worden als het BIPT op basis van de meegedeelde gegevens een voor Belgacom nadelige beslissing zou nemen.

72. Belgacom antwoordt dat het onderscheid dat het BIPT maakt tussen, enerzijds, een handeling die geen rechtsgevolgen heeft, en anderzijds, een handeling met rechtsgevolgen maar die toch niet aanvechtbaar zou zijn, geen hout snijdt. Ofwel heeft een handeling geen rechtsgevolgen en dan is ze niet aanvechtbaar, ofwel heeft ze wel rechtsgevolgen en dan is ze aanvechtbaar. Voorbereidende rechtshandelingen zijn in de regel niet aanvechtbaar aangezien ze voorafgaan aan een beslissing en bijgevolg geen rechtsgevolgen hebben. Indien voorbereidende handelingen de tot beslissen bevoegde overheid binden of haar beoordelingsvrijheid beperken, zijn ze echter wel aanvechtbaar.

Volgens Belgacom heeft de brief van 7 februari 2003 rechtsgevolgen en is hij dus aanvechtbaar. Met de brief van 14 januari 2003 (de eerste bestreden handeling) heeft het BIPT aan Belgacom verbod opgelegd om het aandeel van *least cost routing* (LCR) "in aanzienlijke mate" te verhogen, d.w.z. de LCR-oplossingen uit te breiden tot andere klanten dan die welke zijn opgesomd in de brief van het BIPT en die oplossingen voor de andere klanten uit te breiden voor hogere volumes van verkeer. Met de brief van 7 februari 2003 wordt gemeld dat Belgacom het BIPT onmiddellijk op de hoogte moet brengen van een vastgestelde of verwachte stijging van het getromboonde verkeer naar Telenet waardoor de

toegestane limieten van 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet overstegen zouden worden. Belgacom kan die mededeling enkel zo begrijpen dat elke, zelfs de kleinste, uitbreiding van LCR-toepassingen als een verhoging “in aanzienlijke mate” zou worden beschouwd, en dus op grond van de brief van 14 januari 2003 verboden is. De brief van 7 februari 2003 heeft dan ook, in samenhang met de brief van 14 januari 2003, wel degelijk rechtsgevolgen. Enerzijds wordt immers aan Belgacom het verbod opgelegd om een aanzienlijk gebruik van LCR- toepassingen te maken (brief van 14 januari 2003); anderzijds is er sprake van een aanzienlijk gebruik zodra de “toegestane limieten” van 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet worden overschreden (brief van 7 februari 2003).

Door te stellen dat de brief van 7 februari 2003 slechts een voorbereidende handeling is, erkent het BIPT dat de grens van 5 à 6 % niet reeds voortvloeit uit de beslissing van 14 januari 2003. Aldus erkent het BIPT in feite dat de brief van 7 februari 2003 geen louter bevestigende beslissing is, maar nieuwe elementen bevat. Bovendien stelt het BIPT nergens dat Belgacom met de brief van 7 februari 2003 geen rekening zou moeten houden of dat de vooropgestelde toegestane limiet van 5 à 6 % niet definitief is. Uit de ganse houding van het BIPT blijkt integendeel dat het BIPT zich door deze limieten gebonden zal achten en zal ingrijpen wanneer Belgacom alsnog de toepassing van LCR zou uitbreiden.

Belgacom wijst er nog op dat het BIPT telkens twijfel heeft laten bestaan over de draagwijdte die moet worden gegeven aan de bestreden beslissing in elk van de vijf voorliggende zaken. Daardoor heeft ofwel het BIPT ofwel Telenet in elk van de door Belgacom ingestelde beroepen de ontvankelijkheid van het beroep betwist. Met name werd telkens ingeroepen dat het zou gaan om een niet-aanvechtbare rechtshandeling. Een dergelijke houding doet afbreuk aan de rechtszekerheid en is kennelijk onzorgvuldig.

De brief van 7 februari 2003 heeft dus rechtsgevolgen en is derhalve aanvechtbaar, zelfs wanneer deze als een voorbereidende handeling zou worden beschouwd (*quod non*).

Beoordeling

73. Voor de beoordeling van de exceptie moet de brief van 7 februari 2003 gelezen worden in de context van de brief van 14 januari 2003.

Met de brief van 14 januari 2003 reageert het BIPT op de aankondiging door Belgacom van een vermindering van de retailprijs voor oproepen van Belgacom naar het netwerk van Telenet. Die vermindering is mogelijk doordat Belgacom het verkeer bestemd voor het Telenet-werk overhandigt aan een buitenlandse operator, die dat verkeer dan aflevert aan Telenet. Het BIPT herhaalt dat *low cost routing* als rechtmatig beschouwd moet worden. Het is echter van oordeel dat de mededinging ernstig belemmerd zou worden indien Belgacom een “aanzienlijk gebruik” zou wensen te maken van de LCR-oplossing voor het afwikkelen van haar nationale interconnectieverkeer naar Telenet. Het BIPT noteert dat Belgacom haar tarieven in de aangekondigde zin kan verlagen, zonder beneden de kostprijs te gaan, als “voor ongeveer 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet toepassing gemaakt wordt van LCR”. Ten slotte beslist het BIPT om aan Belgacom een wekelijkse rapporteringsverplichting op te leggen. Aan het einde van zijn schrijven merkt het BIPT op dat “iedere verdere aanpassing van retailtarieven voor oproepen naar het netwerk van Telenet gebaseerd op de huidige door Belgacom beschreven LCR-oplossingen of iedere uitbreiding van LCR naar andere markten/tarieflannen [...] niet toegestaan is”.

Met het schrijven van 7 februari 2003 reageert het BIPT op de bezwaren van Belgacom tegen het schrijven van 14 januari 2003. Het aanvaardt dat Belgacom niet wekelijks, maar maandelijks rapporteert over de *tromboning*, op voorwaarde evenwel dat Belgacom een vastgestelde of verwachte stijging van het “getromboonde” verkeer naar Telenet, “waardoor de toegestane limieten van 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet zouden overstegen worden”, onmiddellijk aan het BIPT meedeelt.

74. Anders dan Belgacom aanvoert, is het niet voor het eerst in de brief van 7 februari 2003 dat het BIPT duidelijk maakt dat de grens voor een aanvaardbare toepassing van de LCR-oplossing op 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet wordt vastgesteld. Die grens blijkt al uit het schrijven van 14 januari 2003.

Dit neemt niet weg dat het BIPT op 7 februari 2003 een beslissing neemt waarbij wel in zekere mate, maar niet helemaal wordt ingegaan op de vraag van Belgacom om maandelijks te mogen rapporteren. Door de rapporteringsverplichting te bevestigen, zij het in een gewijzigde vorm, neemt het BIPT bovendien een beslissing die de mogelijkheid voor Belgacom om LCR-oplossingen te gebruiken, aan beperkingen onderwerpt. Uit een en ander volgt dat de beslissing die met de brief van 7 februari 2003 aan Belgacom wordt meegedeeld,

voor deze laatste wel degelijk rechtsgevolgen heeft. Die beslissing is dan ook aanvechtbaar.

De exceptie kan niet worden aangenomen.

B. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

75. Belgacom roept onder meer een tweede middel in, afgeleid uit de schending van artikel 159 van de Grondwet en de materiële motiveringsplicht,

doordat de bestreden beslissingen gebaseerd zijn op het uitgangspunt dat gevolg moet worden gegeven aan de beslissingen van het BIPT van 11 juni 2002, 5 juli 2002 en 9 augustus 2002, waarin het BIPT de terminatietarieven van Telenet voor 2002 als redelijk aanmerkt en Belgacom de verplichting oplegt deze tarieven, voor wat de nationale inkomende oproepen betreft, te aanvaarden en te betalen,

terwijl die beslissingen van het BIPT kennelijk onwettig zijn, Belgacom die beslissingen heeft aangevochten voor de Raad van State en het BIPT die beslissingen derhalve, op grond van artikel 159 van de Grondwet, voor onbestaande had moeten houden,

en terwijl, krachtens de materiële motiveringsplicht de beslissingen van een administratieve overheid moeten steunen op motieven die feitelijk juist en juridisch aanvaardbaar zijn, hetgeen in casu niet het geval is,

zodat het BIPT, in zoverre de bestreden beslissingen zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat gevolg moet worden gegeven aan de beslissingen van 11 juni 2002, 5 juli 2002 en 9 augustus 2002, artikel 159 van de Grondwet en de materiële motiveringsplicht schendt.

76. Het BIPT antwoordt dat het “volstrekt onbegrijpelijk” is wat Belgacom met het middel bedoelt. In dit opzicht werpt het de “*exceptio obscuri libelli*” op.

In zoverre het middel aan het BIPT zou verwijten dat het zijn beslissingen van 11 juni, 5 juli en 9 augustus 2002 toepast, terwijl die beslissingen volgens Belgacom onwettig zijn en dus met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing hadden moeten worden gelaten, antwoordt het BIPT dat deze beslissingen uitvoerbaar zijn, nu ze door de Raad van State niet zijn geschorst. Bovendien bevat artikel 159 van de Grondwet een voorschrift dat zich enkel richt tot de hoven en rechtbanken. Het BIPT kan de exceptie van onwettigheid niet op zijn eigen beslissingen toepassen.

In zoverre in het middel de schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangevoerd, antwoordt het BIPT dat de beweerde onwettigheid van de beslissingen van 11 juni, 5 juli en 9 augustus 2002 het voorwerp uitmaakt van afzonderlijke procedures. Daarin heeft het BIPT zijn verweer tegen de aangevoerde onwettigheid ontwikkeld.

77. Telenet antwoordt dat artikel 159 van de Grondwet zich enkel richt tot de organen van de rechterlijke macht en niet tot de organen van het actief bestuur, zoals het BIPT. Het komt het BIPT dan ook niet toe om zijn eigen beslissingen buiten toepassing te verklaren.

Voor het overige verwijst Telenet naar haar memorie in de zaak A. 124.863, waarin zij de aangevoerde gronden van onwettigheid van de beslissing van 11 juni 2002 op uitvoerige wijze heeft weerlegd.

Beoordeling

78. In het tweede middel wordt op een voldoende duidelijke wijze aangegeven dat de bestreden beslissingen onwettig geacht worden doordat ze voortgaan op beslissingen die zelf onwettig zijn. Tevens wordt aangegeven welke rechtsregels daardoor geschonden geacht worden.

De door het BIPT opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid van het middel mist dan ook feitelijke grondslag.

79. In zoverre de schending wordt ingeroepen van artikel 159 van de Grondwet, moet erop gewezen worden dat, naar luid van die bepaling, “de hoven en rechtbanken [...] de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen

alleen [toepassen] in zoverre zij met de wetten overeenstemmen". Uit de aangehaalde bewoordingen blijkt dat de in die bepaling gestelde regel enkel geldt voor de met eigenlijke rechtspraak belaste organen en niet voor die van het actief bestuur. Aan het BIPT, dat een orgaan van het actief bestuur is, kan dan ook niet verweten worden dat het artikel 159 van de Grondwet zou schenden door na te laten bepaalde beslissingen buiten toepassing te verklaren.

Tegen die conclusie voert Belgacom in haar memorie van wederantwoord aan dat een rechtshandeling die door een grove onregelmatigheid is aangetast, door een administratieve overheid buiten toepassing moet worden gelaten. Daaruit leidt Belgacom af dat zij zich wel degelijk kan beroepen op een schending van artikel 159 van de Grondwet. Zonder zich in het algemeen te moeten uitspreken over het principe dat aldus door Belgacom wordt ingeroepen, volstaat het vast te stellen dat te dezen in elk geval niet is aangetoond dat de beslissingen van 11 juni, 5 juli en 9 augustus 2002 door een dermate grove onwettigheid zijn aangetast, dat ze als niet bestaande zouden moeten worden beschouwd.

In zoverre faalt het middel naar recht.

80. In zoverre de schending wordt ingeroepen van de materiële motiveringsplicht, moet worden vastgesteld dat bij de bestreden beslissingen van 14 januari 2003 en 7 februari 2003 perken worden gesteld aan de mogelijkheid voor Belgacom om gebruik te maken van LCR-oplossingen. Zoals uitdrukkelijk wordt uiteengezet in het schrijven van het BIPT van 14 januari 2003, zijn die beperkingen het resultaat van een afweging van het belang van Telenet bij het aanrekenen van redelijke tarieven voor haar terminatiediensten ten behoeve van Belgacom, enerzijds, tegen het belang van Belgacom om op bepaalde marktsegmenten competitief te zijn en te blijven, anderzijds. Aldus blijkt dat de thans bestreden beslissingen mede steunen op het redelijk karakter van de terminatietarieven van Telenet. Het is meer bepaald omwille van het redelijk karakter van die tarieven, dat Belgacom slechts in beperkte mate gebruik mag maken van LCR-oplossingen. Aldus steunen de genoemde beslissingen impliciet, doch zeker, op de beslissing van het BIPT van 11 juni 2002 waarbij het redelijk karakter van de tarieven is vastgesteld.

Hiervóór, bij het onderzoek van het vierde middel in de zaak A. 124.863, is geconcludeerd dat de beslissing van 11 juni 2002 genomen is met schending van een aantal in dat middel ingeroepen rechtsregels. Daaruit volgt dat

de thans bestreden beslissingen steunen op een onwettig uitgangspunt en bijgevolg de materiële motiveringsplicht schenden.

In zoverre is het middel gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt:

- de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, vervat in diens brieven van 11 juni 2002 aan Belgacom en Telenet, waarbij het Instituut de terminatietarieven van Telenet voor 2002 als redelijk beschouwt, Belgacom ertoe verplicht om deze tarieven te accepteren en te betalen, en Belgacom opdracht geeft de bestreden beslissing te implementeren binnen een termijn van één maand na ontvangst van de brief van 11 juni 2002 (zaak A. 124.863/IX-3446);
- de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, vervat in diens brief van 5 juli 2002 aan Belgacom, waarbij de termijn voor de implementatie van de genoemde beslissing van 11 juni 2002 wordt verlengd met één maand, en waarbij aan Belgacom wordt opgelegd om wekelijks te rapporteren over de vorderingen in haar onderhandelingen met Telenet en met de operatoren die gebruik maken van haar transitdienst (zaak A. 126.286/IX-3480);
- de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, vervat in diens brieven van 9 augustus 2002 aan Belgacom en Telenet, waarbij wordt aanvaard dat het internationaal inkomend verkeer, door Belgacom van een internationale operator ontvangen en via haar transitdienst overhandigd aan Telenet, voor beëindiging op het netwerk van deze laatste, slechts getarifeerd wordt conform de normaal gangbare "BRIO" (Belgacom Reference Interconnect Offer)-tarieven, waarbij wordt aanvaard dat de verhoogde interconnectievergoedingen van Telenet kunnen worden toegepast met betrekking tot het verkeer dat via internationale interconnectie wordt overhandigd aan Belgacom en aan Belgacom wordt opgelegd om dergelijk verkeer aan te rekenen aan de andere nationale operator, en waarbij wordt aanvaard dat het nationale interconnectieverkeer wordt omgeleid via een internationale operator ("*tromboning*", of "*least cost routing*" of LCR), in welk geval het verkeer dat aan Belgacom via een internationale operator

- wordt overhandigd, niet onderworpen is aan de nieuwe termineringstarieven van Telenet (zaak A. 127.790/IX-3516);
- de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, vervat in diens brief van 14 januari 2003 aan Belgacom, waarbij wordt geoordeeld dat de mededinging ernstig belemmerd zou worden indien Belgacom een aanzienlijk gebruik zou wensen te maken van de LCR-oplossing voor het afwickelen van haar nationaal interconnectieverkeer naar Telenet, waarbij aan Belgacom de verplichting wordt opgelegd om wekelijks te rapporteren over het verkeer dat afgewikkeld wordt naar Telenet, en waarbij wordt gesteld dat iedere verdere aanpassing van retailtarieven voor oproepen naar het netwerk van Telenet, gebaseerd op de door Belgacom beschreven LCR-oplossingen, of iedere uitbreiding van LCR naar andere markten of tariefplannen niet toegestaan is (zaak A.134.134/IX-3736);
 - de beslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, vervat in diens brief van 7 februari 2003 aan Belgacom, waarbij wordt aanvaard dat Belgacom slechts om de maand rapporteert, op voorwaarde dat Belgacom het Instituut in voorkomend geval onmiddellijk op de hoogte brengt van een vastgestelde of verwachte stijging van het getromboonde verkeer naar Telenet waardoor de toegestane limieten van 5 à 6 % van het verkeer naar Telenet overstegen zouden worden (zaak A.134.134/IX-3736).

2. De Raad van State verwerpt het beroep in de zaak A. 127.855/IX-3517.

3. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als de vernietigde beslissingen.

4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten, begroot op 875 euro.

De tussenkommende partij Telenet wordt verwezen in de kosten van de tussenkost in de zaken A. 124.863/IX-3446 en A. 134.134/IX-3736, begroot op 250 euro.

De tussenkommende partij Belgacom wordt verwezen in de kosten van de tussenkost in de zaak A. 127.855/IX-3517, begroot op 125 euro.

Het door Belgacom op het verzoekschrift in de zaak A. 134.134/IX3736 teveel betaalde recht van 175 euro, wordt haar terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 april 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,

Daniël Moons,

Bert Thys,

bijgestaan door

Wim Geurts,

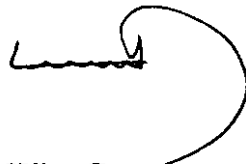
kamervoorzitter,

staatsraad,

staatsraad,

griffier.

De griffier



Wim Geurts

De voorzitter



Paul Lemmens