

Hof van beroep te Brussel
18^{de} Kamer
Zaak n° 2014/AR/ _____

Contactgegevens van de advocaten:
dirk.vanliedekerke@olswang.com
02/647.47.72

VERZOEKSCHRIFT VAN BELGACOM IN BEROEP TEGEN HET
“BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT VAN 10 DECEMBER 2013
BETREFFENDE DE HERZIENING VAN DE REFERENTIEAANBIEDINGEN
BRUO, BROBA EN WBA VDSL2 (BRXX 2012)
[INCL. REMAPPING-PROJECT]”

VOOR: **BELGACOM N.V. van publiek recht**, waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 1030 Brussel, Koning Albert II-Laan 27, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0202.239.951 (hierna “Belgacom”);

Vertegenwoordigd en bijgestaan door Mr. Dirk Van Liedekerke, advocaat, kantoor houdende te 1050 Brussel, Louizalaan 326, bus 26;

VERZOEKENDE PARTIJ

GEEFT MET EERBIED HET VOLGENDE TE KENNEN AAN HET HOF VAN BEROEP

TEGEN: **Het Besluit van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 10 december 2013 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA EN WBA VDSL2 (BRXX 2012)** (hierna de “Beslissing” of de “Bestreden Beslissing”);

Beslissing genomen door de Raad van het **Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie** (hierna het “BIPT”), organisme met rechtspersoonlijkheid, waarvan de zetel gevestigd is te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 35, Ellipse Building, Gebouw C;

TEGENPARTIJ

Gelet op het feit dat Belgacom de rechtstreekse en enige bestemming is van de Bestreden Beslissing van 10 december 2013 van de Raad van het BIPT die aan Belgacom met name een aantal nieuwe en/of meer uitgebreide en strengere *ex ante* regulatoire verplichtingen oplegt;

Gelet op het feit dat Belgacom de Bestreden Beslissing betwist en in het bijzonder een aantal van de daarin aan haar opgelegde verplichtingen omwille van de redenen en gronden die in onderhavig verzoekschrift, samengevat, worden vermeld en onder voorbehoud van nadere toelichting en/of uitbreiding in de loop van de procedure;

Onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning

I. IN FEITE

A. CONTEXT VAN HET ONTWERPBESLUIT EN RAADPLEGINGEN

1. **Inleiding.** Op 11 augustus 2011 nam het BIPT de Beslissing betreffende de referentieaanbiedingen BRUO / BROBA / WBA VDSL2 / BROTSOLL 2010 aan, ter implementatie van de Beslissing betreffende de breedbandmarktanalyse van 1 juli 2011. Deze Beslissing van 11 augustus 2011 wordt ook “Besluit/Beslissing BRxx 2010” genoemd.

Volgens wat het BIPT eerder heeft aangegeven, kwam dit besluit BRxx 2010 – dat de voorloper is van de Bestreden Beslissing – tot stand nadat het Instituut in september 2008 onder meer klachten had ontvangen van alternatieve DSL-operatoren over de kwaliteit van de door Belgacom geleverde groothandelsdiensten die geïmplementeerd werden door het toenmalige ontwerpbesluit. Daaropvolgend had het BIPT beslist om een *audit* te laten uitvoeren van de operationele processen bij Belgacom¹.

Onder voorbehoud van al haar rechten en zonder enige nadelige erkenning is Belgacom ingegaan op het verzoek om een aantal operationele processen bij te stellen in overleg met de sector. Aldus heeft Belgacom dan ook diverse voorstellen tot aanpassing van een aantal van haar referentieaanbiedingen voorgesteld.

Die voorstellen hebben het voorwerp uitgemaakt van een openbare raadpleging, waarop Belgacom uitgebreid heeft gereageerd aangezien het ontwerpbesluit haar rechten op een groot aantal punten kennelijk aantastte en meer in het bijzonder voorzag in de oplegging van een heel aantal onwerkbaar verplichtingen die eenzijdig door het BIPT werden opgelegd. Daarnaast maakte Belgacom, ter ondersteuning van haar standpunt, eveneens aan het Instituut een onafhankelijk verslag over van een aantal feitelijke vaststellingen gedaan door Deloitte die als consultant tussenkwam op verzoek van Belgacom².

Na afloop van de openbare raadpleging heeft het BIPT beslist om een aantal onderwerpen in het definitieve besluit te schrappen in vergelijking met wat in het ontwerpbesluit voorzien was. Om tot een consensus te trachten te komen over de behandeling van bepaalde andere betwiste operationele problemen besliste het BIPT om een aantal werkgroepen op te richten met vertegenwoordigers van Belgacom en de alternatieve operatoren³. In die werkgroepen trad/treedt het BIPT op als waarnemer en bemiddelaar.

¹ Deze *audit* leidde tot een Auditverslag van Analysys Mason en Solucom van 21 januari 2010 betreffende de operationele breedbandprocessen van Belgacom. Dit verslag werd/wordt op een groot aantal punten door Belgacom betwist.

² Belgacom N.V., “*Independent Report of factual findings*”. Het gaat om wat gebruikelijk beschreven wordt als een *Agreed upon procedure* (letterlijk: “een opdracht die wordt uitgevoerd op basis van een vooraf overeengekomen procedure”) die handelde over het ontwerpbesluit van het BIPT zoals ter openbare raadpleging voorgelegd op 9 november 2010 betreffende de referentieaanbiedingen van Belgacom voor de diensten BRUO / BROBA / WBA2010 / BROTSOLL 2010.

³ Besluit van de Raad van het BIPT betreffende de referentieaanbiedingen BRUO / BROBA / WBA VDSL2 / BROTSOLL 2010, pagina 19. De gesprekken binnen deze werkgroepen hebben met name

De uiteindelijke Beslissing BRxx 2010 werd aangenomen op 11 augustus 2011. Belgacom heeft tegen deze beslissing beroep ingesteld⁴.

2. **Het voorstel van Belgacom.** Naar aanleiding van voormeld beroep heeft Belgacom een nieuw voorstel uitgewerkt dat onder meer beoogde om tot een wijziging te komen van de Beslissing van 11 augustus 2011 betreffende haar referentieaanbiedingen.
3. **De bijdragen in het kader van de voorafgaande raadpleging.** Op 24 februari 2012 heeft het BIPT een voorafgaande raadpleging geopend middels de publicatie van voornoemd voorstel van Belgacom op de website van het BIPT. De resultaten van de raadpleging, waarop verschillende geïnteresseerden gereageerd hadden⁵, werden op een vergadering van 20 april 2012 met Belgacom besproken.

Vervolgens werden in mei 2012 drie bilaterale werkgroepen gehouden tussen Belgacom en het BIPT op basis waarvan Belgacom nieuwe voorstellen tot aanpassing van de betrokken referentieaanbiedingen heeft geformuleerd. Het BIPT heeft de alternatieve operatoren / respondenten van de voorafgaande raadpleging op 23 juli 2012 gevraagd naar hun opmerkingen over die nieuwe voorstellen. Het BIPT heeft Belgacom op 28 september 2012 verzocht om de bijlagen van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 verder aan te passen.

Ten slotte heeft Belgacom op 17 september 2012 ook een aanpassing van haar referentieaanbiedingen betreffende de derde fase van het *Remapping*-project aan het BIPT toegezonden dat eveneens aan een voorafgaande raadpleging onderworpen werd.

4. **De bijdragen in het kader van de openbare raadpleging.** De geconsolideerde versie van de referentieaanbiedingen werd nadien van 21 december 2012 tot 8 februari 2013 ter openbare raadpleging van de sector voorgelegd. Naar aanleiding van de opmerkingen ontvangen van Belgacom, het Platform, Mobistar en EDPnet werden uiteindelijk een aantal elementen uit de ontwerp teksten gehaald die onder meer betrekking hadden op informatie verstrekt tijdens de geschiktheidsfase en de verbetering van de *repair-tools*.

B. INTERINSTITUTIONELE SAMENWERKING TUSSEN DE REGULATOREN

5. **Reactie van de gemeenschapsregulators en de Europese Commissie.** Op basis van de reacties ontvangen gedurende de openbare raadpleging werd een aangepast ontwerpbesluit van het BIPT op 19 september 2013 en 21 oktober 2013 aan, respectievelijk, de gemeenschapsregulators en de Europese Commissie overgemaakt. Deze instanties hebben op het hen voorgelegde ontwerpbesluit, dat een

toegelaten operationele verbeteringen te identificeren en uit te voeren die al dan niet een aanpassing van de referentieaanbiedingen vereisten.

⁴ Zie afdeling I.D “Verband met andere procedures” *infra*.

⁵ Het Platform, Mobistar en EDPnet hadden op de voorafgaande raadpleging gereageerd. Colt en Mobistar hebben aan het BIPT achteraf ook nog bijkomende informatie toegezonden.

zeer technische en operationele materie betreft, geen wezenlijke opmerkingen geformuleerd⁶.

Voor zover Belgacom bekend, werd de ontwerpbeslissing van het BIPT niet voor advies aan de Raad voor de Mededinging voorgelegd⁷.

C. DE DEFINITIEVE EN IN ONDERHAVIGE PROCEDURE BETWISTE BESLISSING

6. **Beslissing van 10 december 2013.** Het BIPT heeft de Bestreden Beslissing op 10 december 2013 aangenomen. Net zoals het geval is voor het Besluit van 11 augustus 2011 (BRxx 2010) verwijst de Beslissing, voor wat haar juridische basis betreft, uitdrukkelijk naar met name de breedbandmarktanalyse van 1 juli 2011⁸ en, in het bijzonder, naar de verplichting van operationele uitmuntendheid die daarin aan Belgacom is opgelegd⁹.

Het BIPT beschouwt die marktanalyse meer bepaald als een kaderbeslissing waarvan de principiële (kader)verplichtingen verder moeten worden uitgewerkt via de voornoemde Beslissing BRxx 2010, alsook via de in onderhavige zaak Bestreden Beslissing.

Het BIPT legt met de Bestreden Beslissing van 10 december 2013 aan Belgacom met name de volgende verschillende verplichtingen op die, onder voorbehoud van wat verder in onderhavig verzoekschrift gepreciseerd wordt, via onderhavig beroep ook specifiek betwist worden en die de volgende onderwerpen betreffen:

- de verplichtingen opgelegd inzake *Small Network Adaptations*;
- het compensatiemechanisme op individueel niveau per alternatieve operator;
- de verplichtingen opgelegd inzake de *ISLA Repair 4/6/8*;
- de verplichtingen opgelegd inzake de *Basic SLA Repair*;
- de verplichtingen opgelegd inzake defecte lijn als gevolg van een recente installatie (*Non First Time Right*);
- de regeling voorzien inzake de vergoeding voor onnodig bezoek van de technicus bij de eindklant.

D. VERBAND MET ANDERE PROCEDURES

7. **Beroepsprocedure tegen de breedbandmarktanalyse van de CRC van 1 juli 2011.** Belgacom heeft een beroep ingesteld tegen het voormelde Besluit van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten. Deze procedure is

⁶ Dit kan inderdaad verklaard worden door de hoge graad van techniciteit van de in de Beslissing behandelde onderwerpen.

⁷ De Beslissing maakt in ieder geval geen melding van een dergelijke raadpleging.

⁸ Het gaat meer in het bijzonder om de Beslissing van de Conferentie van de Regulators voor de elektronische Communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten.

⁹ Besluit van de Raad van het BIPT betreffende de referentieaanbiedingen BRUO / BROBA / WBA VDSL2 / BROTSOLL 2010, punten 83 en volgende; Bestreden Beslissing, punten 61 en volgende.

bij het Hof van beroep van Brussel gekend onder het rolnummer 2011/AR/2421. Zoals hierna verder wordt toegelicht, werkt deze betwisting van de rechtsgeldigheid van dat besluit automatisch door in onderhavige procedure in de mate dat de thans Bestreden Beslissing op dat Besluit van 1 juli 2011 gebaseerd is.

8. **Beroepsprocedure tegen het Besluit van het BIPT van 11 augustus 2011.** Belgacom heeft eveneens een beroep ingesteld tegen het Besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2011 betreffende de referentieaanbiedingen BRUO / BROBA / WBA VDSL2 / BROTSOLL 2010 (BRxx 2010), de zgn. voorloper van de Bestreden Beslissing. Deze procedure is bij het Hof van beroep van Brussel gekend onder het rolnummer 2599/AR/2011.

Onder verwijzing naar de Beslissing betreffende de breedbandmarktanalyse van 1 juli 2011 legde het BIPT met het Besluit van 11 augustus 2011 aan Belgacom verschillende nieuwe en/of bijkomende verplichtingen op waartegen Belgacom op 10 oktober 2011 met betrekking tot de volgende onderwerpen beroep heeft ingesteld:

- de *Responstijd tool* betreffende het systeem *Open Calendar*;
- de beschikbaarheid van de *e-tools*;
- de termijn voor *Small Network Adaptations*;
- de nieuwe procedure voor de migratie van de *Tie Cable* bij een defecte DSLAM-poort;
- de gedocumenteerde verslagen voor de berekening van de *SLA's*;
- *ISLA Provisioning*.

Zoals hoger al uiteengezet, heeft Belgacom naar aanleiding van dit beroep tegen de Beslissing BRxx 2010¹⁰ een nieuw voorstel geformuleerd dat aan de basis ligt van de in onderhavige procedure Bestreden Beslissing.

II. IN RECHTE

9. **Inleiding en ontvankelijkheid.** Belgacom is de rechtstreekse bestemming van de in onderhavige procedure Bestreden Beslissing en de enige partij waaraan die Beslissing *ex ante* regulatoire verplichtingen oplegt. Zij getuigt bijgevolg van een meer dan afdoend belang voor het indienen van onderhavig beroep. Het beroep is ook tijdig.

Belgacom heeft geen kennis van het feit dat de Beslissing aan enige andere marktpartij zou betekend zijn.

De door Belgacom tegen de Beslissing ingeroepen middelen worden hierna samengevat en nader toegelicht.

¹⁰ Voor de stand van zaken aangaande dit beroep, verwijst Belgacom naar de betrokken procedure die momenteel nog voor het Hof van beroep behandeld wordt en die eind februari 2014 voor het Hof zal gepleit worden. Belgacom heeft in het kader van die procedure, onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning, aangegeven dat zij niet langer aandrang op bepaalde van haar middelen, gelet in het bijzonder op een aantal feitelijke ontwikkelingen die in de loop van de instaatstelling van die procedure waren tussengekomen (met name betreffende het standpunt ingenomen door het BIPT aangaande de door Belgacom in die procedure betwiste verplichtingen).

A. ALGEMEEN MIDDEL BETREFFENDE DE DOORWERKING VAN DE ONWETTIGHEID VAN DE BESLISSING VAN DE CRC VAN 1 JULI 2011

10. **Onwettigheid van de Beslissing van de CRC van 1 juli 2011.** Zoals al aangegeven, heeft Belgacom een beroep ingesteld tegen het voormelde Besluit van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten, procedure die gekend is onder het rolnummer 2011/AR/2421 bij het Hof van beroep van Brussel.

Belgacom betwist daarin de rechtsgeldigheid van die Beslissing van de CRC van 1 juli 2011. De middelen die daarin worden ontwikkeld, zowel (algemeen) voor wat de uitgewerkte marktanalyse betreft als (in het bijzonder) voor wat de opgelegde verplichtingen betreft (inclusief de verplichting inzake operationele uitmuntendheid) werken door betreffende de thans Bestreden Beslissing in de mate dat laatstgenoemde beslissing, de Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 als juridische grondslag heeft. In de mate dat de Beslissing van de CRC 1 juli 2011 onwettig is en – geheel of gedeeltelijk – dient vernietigd te worden, is de hier Bestreden Beslissing ook onwettig en dient die eveneens vernietigd te worden.

B. MIDDELEN BETREFFENDE DE VERPLICHTINGEN OPGELEGD INZAKE *SMALL NETWORK ADAPTATIONS*

1. Beschrijving van de verplichtingen

11. **Context.** Bij sommige lijninstallaties, moet Belgacom op haar netwerk een technische ingreep doorvoeren die een “*Small Network Adaptation*” (hierna “SNA”) genoemd wordt. Het gaat daarbij meer in het bijzonder om de verschillende technische handelingen die nodig zijn wanneer geen geschikte introductiekabel beschikbaar is om de distributiekabel met het aansluitpunt bij de klant te verbinden. Het gaat, bijvoorbeeld, over nieuwe introducties van bedrading en kabels die in het gebouw van de klant moeten binnengebracht worden, de hernieuwing van dergelijke introducties, het lassen en verbinden van bijkomende koperparen in dergelijke introducties, en het verleggen van introducties van één verdeelkabel naar een andere verdeelkabel.

De Beslissing van het BIPT van 11 augustus 2011 (BRxx 2010) verplicht Belgacom meer bepaald om de SNA's uit te voeren binnen de 20 werkdagen vanaf de bestelling van de lijn door de alternatieve operator¹¹. Echter, aangezien elke SNA graafwerkzaamheden op het publieke domein vereist, verplicht artikel 192/2 van het Algemeen Reglement op de Elektrische Installaties (AREI) de technische (las)ploegen die voor Belgacom tussenkomen om voorafgaand aan hun interventie de plannen betreffende gegraven elektrische installaties geplaatst door andere dienstenleveranciers te raadplegen. Aldus kan de tijd die vereist is voor het bekomen van voornoemde plannen – die afhangt van de beheerders van deze elektrische installaties¹² – vertragingen veroorzaken in het proces van de uitvoering van de

¹¹ Besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2011 betreffende de referentieaanbiedingen BRUO/BROBA/WBA VDSL2/BROTSOLL 2010, punt 482.

¹² Zoals het BIPT zelf in de Bestreden Beslissing onderstreept (punt 273), hoewel het AREI een wettelijke termijn van 7 werkdagen voorschrijft waarbinnen de beheerders van elektrische installaties de noodzakelijke plannen moeten overmaken aan Belgacom, wordt deze termijn niettemin in de praktijk slechts zelden gerespecteerd en is er geen specifieke sanctie voorzien wanneer deze termijn wordt overschreden. Bovendien kan toegevoegd worden dat de voormelde wettelijke termijn enkel

SNA's en bijgevolg het respecteren door Belgacom van de aan haar opgelegde termijn van 20 werkdagen bemoeilijken en onmogelijk maken.

Om aan dit probleem te verhelpen, had het BIPT in diens ontwerpbeslissing voorgesteld om een maximumtermijn te voorzien voor het ontvangen van de plannen, waarbij Belgacom ingeval van het niet respecteren van deze maximumtermijn de inwerkingtreding van een zgn. *stop-clock*¹³ procedure zou kunnen inroepen tot op het ogenblik van de effectieve ontvangst van de plannen¹⁴.

Ter gelegenheid van de bilaterale vergadering van 5 april 2013, heeft het BIPT zich gunstig getoond ten aanzien van het laten vallen van een dergelijke "oplossing" en heeft het Belgacom uitgenodigd om op meer gedetailleerde wijze de oplossing te beschrijven die gebaseerd is op het *Open Calendar* stelsel zoals door Belgacom voorgesteld in het kader van de openbare raadpleging aangaande de ontwerpbeslissing BRxx 2012 van de Raad van het BIPT. Belgacom heeft daaropvolgend haar gedetailleerd voorstel op 3 mei 2013 overgemaakt.

Het BIPT heeft deze oplossing van Belgacom in de Bestreden Beslissing aanvaard, maar heeft beslist om aan Belgacom meerdere nieuwe verplichtingen op te leggen, die nochtans niet in het voorstel van Belgacom voorkwamen en die ook niet waren opgenomen, minstens waarvan de modaliteiten niet waren beschreven of gepreciseerd, in de ontwerpbeslissing die ter openbare raadpleging was voorgelegd¹⁵. Deze verplichtingen worden hierna beschreven.

12. **Verplichting om de verslagen met brutogegevens verder aan te vullen.** Het BIPT legt in de Bestreden Beslissing aan Belgacom de verplichting op om de verslagen met brutogegevens te vervolledigen, die zij aan de regulator evenals aan de alternatieve operatoren moet overmaken als gevolg van de Kaderbeslissing van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten:

*“Om de controle van de prestatie van Belgacom door het BIPT te verzekeren, en om ook de alternatieve operatoren in staat te stellen om de kwaliteit van de hen verstrekte dienst mogelijk te maken, is het BIPT van oordeel dat Belgacom in zijn KPI-verslagen en in zijn verslagen met brutogegevens, zoals opgelegd door de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 ook de volgende gegevens moet opnemen:
(...)*

c. Voor de verslagen met brutogegevens bestemd voor het BIPT en de alternatieve operatoren, voor elk bestelorder waarvoor een SNA noodzakelijk is

- ✓ *Datum van vaststelling van de SNA*
- ✓ *Datum van ontvangst van de plannen*

geldig is voor de intercommunales die de elektriciteitsdistributie verzorgen en dat geen enkele wettelijke termijn voorzien is voor de andere leveranciers van nutsvoorzieningen.

¹³ De *stop-clock* is een mechanisme dat toelaat om het verloop van een termijn op te schorten.

¹⁴ Ontwerp van de Bestreden Beslissing, punt 189.

¹⁵ Bestreden Beslissing, punten 267 tot 291.

✓ *Datum van uitvoering van de SNA*¹⁶.

13. **Verplichting om de SLA *Total Provisioning Timer* aan te passen.** Het BIPT legt in de Bestreden Beslissing aan Belgacom de verplichting op om de SLA *Total Provisioning Timer* aan te passen in het kader van interventies die de uitvoering van een SNA vereisen:

*“Het BIPT is van oordeel dat de SLA "Slot Availability after SNA detection" kan aangepast worden zodat deze ook toepasbaar is in het kader van het MTS-bestelsysteem. In dit geval worden de doelstellingen van de SLA Total Provisioning Timer vervangen door de doelstellingen van deze nieuwe SLA voor iedere interventie waarvoor de uitvoering van een SNA vereist is. Bij vereenvoudiging worden de orders die worden uitgevoerd via het MTS-systeem en die opnieuw moeten gepland worden als gevolg van het ontbreken van de plannen niet verrekend in de evaluatie van de KPI”*¹⁷.

14. **Verplichting om de e-TIC verslagen te vervolledigen.** Het BIPT legt in de Bestreden Beslissing aan Belgacom de verplichting op om in de e-TIC-verslagen een nauwkeurige en gestructureerde commentaar op te nemen betreffende de redenen waarom een SNA werd vastgesteld tijdens de installatie:

*“Belgacom vermeldt in zijn brief van 28 mei 2013 dat de redenen waarom een SNA werd vastgesteld tijdens de installatie reeds werden toegelicht in het e-TIC-verslag. Maar ondanks de verbeteringen die aan dit verslag werden aangebracht in het kader van het remapping-project, is het commentaar van de technici aangaande de oorzaken van een SNA niet gestructureerd. Het BIPT is dus van oordeel dat Belgacom er moet voor zorgen dat de technici aan de alternatieve operatoren een nauwkeurig en gestructureerd commentaar geven over de redenen die hebben geleid tot de vaststelling van een SNA”*¹⁸.

2. Uiteenzetting van de middelen

15. **Overzicht van de uiteenzetting.** Belgacom toont in de onderhavige afdeling aan dat de Bestreden Beslissing dient te worden vernietigd omwille van het gebrek aan openbare raadpleging en de schending van het algemeen beginsel van administratief recht *audi alteram partem* (2.1), de onwettigheid van de verplichting om de verslagen met geïndividualiseerde brutogegevens te vervolledigen (2.2), de onwettigheid van de verplichting om de SLA *Total Provisioning Timer* aan te passen (2.3) en de onwettigheid van de verplichting om de e-TIC verslagen aan te vullen (2.4).

2.1 De schending van de verplichting tot openbare raadpleging en van het algemeen rechtsbeginsel *audi alteram partem* met betrekking tot de voormelde verplichtingen

16. **Schending van de verplichting tot openbare raadpleging.** Het regelgevingskader legt zowel op Europees als op nationaal vlak aan het BIPT de verplichting op om een

¹⁶ Bestreden Beslissing, punt 279.

¹⁷ Bestreden Beslissing, punt 283.

¹⁸ Bestreden Beslissing, punt 276.

openbare raadpleging te organiseren wanneer een ontwerpbesluit aanzienlijke gevolgen kan hebben voor een relevante markt.

Zo bepaalt artikel 6 van de kaderrichtlijn dat:

*“Behalve in gevallen die vallen onder artikel 7, lid 9, artikel 20 of artikel 21, zorgen de lidstaten ervoor dat, wanneer de nationale regelgevende instanties voornemens zijn krachtens deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen maatregelen te nemen, (...) die een belangrijke impact op de betrokken markt hebben, de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen”*¹⁹.

En artikel 140 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voorziet dat:

*“Voorzover een ontwerpbeslissing van het Instituut aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor een relevante markt, organiseert het Instituut een voorafgaande openbare raadpleging met een maximale tijdsduur van twee maanden, met inachtneming van de regels inzake vertrouwelijkheid van de bedrijfsgegevens”*²⁰.

Zoals aangegeven in de voorbereidende werken van de wet van 13 juni 2005, stelt de Belgische wetgever de (verplichte) openbare raadplegingen voor sectorspecifieke wetgeving gelijk aan openbare onderzoeken in de klassieke zin van die term in het Belgisch administratief recht:

“[H]et Instituut [moet] een openbare raadpleging (...) houden over elke ontwerpbeslissing die aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de betrokken markt. (...)”

*Onder die openbare raadpleging moet een openbaar onderzoek worden verstaan in de klassieke zin van de term in Belgisch administratief recht”*²¹.

Aldus, in overeenstemming met de administratieve rechtspraak inzake openbare onderzoeken, teneinde “het nuttig effect” van het onderzoek te behouden, dringt een nieuw onderzoek (lees: een nieuwe openbare raadpleging) zich op indien “na de organisatie ervan, fundamentele wijzigingen worden aangebracht aan het ontwerp dat aan de raadpleging werd onderworpen”²². Zoniet zou het raadplegingsproces immers een “lege doos” zijn, een verplichting die ontdaan is van haar inhoud.

In de onderhavige zaak kan Belgacom enkel vaststellen dat de drie nieuwe verplichtingen die haar door de Bestreden Beslissing worden opgelegd inzake SNA

¹⁹ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (*P.B.*, 24 april 2002, L 108, p. 33), zoals gewijzigd door de Verordening (EG) nr. 717/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2007, de Verordening (EG) nr. 544/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 en Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009.

²⁰ Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *B.S.*, 20 juni 2005.

²¹ *Parl. St.*, Kamer, zitting 2004-2005, legislatuur 51, nrs. 1425/001 en 1426/001, pp. 87 tot 88.

²² Zie met name RvSt, 2 februari 2012, n° 217.713; RvSt, 19 april 2007 n° 170.235.

niet voorkwamen, minstens niet gepreciseerd waren, in het ontwerpbesluit dat ter openbare raadpleging was voorgelegd.

Het ontwerpbesluit dat ter openbare raadpleging werd voorgelegd heeft dus *fundamentele wijzigingen* (oplegging van nieuwe en meer uitgebreide verplichtingen) ondergaan, zonder dat een nieuwe openbare raadpleging werd georganiseerd en zonder dat Belgacom bijgevolg de mogelijkheid heeft gekregen om haar opmerkingen betreffende deze nieuwe verplichtingen te doen gelden.

Eén en ander brengt met zich mee dat de drie door de Bestreden Beslissing betreffende SNA opgelegde verplichtingen voortvloeien uit een schending van de verplichting tot openbare raadpleging en bijgevolg dienen te worden vernietigd. De regulator heeft op geen enkele wijze rekening kunnen houden met het standpunt van Belgacom aangezien er op geen enkel ogenblik de mogelijkheid werd geboden om dienaangaande enig standpunt in te nemen. Het resultaat hiervan is eveneens dat de regulator diens zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden.

17. **Schending van het algemeen rechtsbeginsel *audi alteram partem*.** De Bestreden Beslissing schendt eveneens het algemeen beginsel van administratief recht *audi alteram partem*.

Dit beginsel verplicht de administratieve overheid immers om aan de rechtsonderhorige de mogelijkheid te bieden om zijn opmerkingen/standpunt te doen gelden betreffende iedere ernstige maatregel die zij ten aanzien van hem voornemens is te nemen²³. Zoals in de rechtspraak bevestigd wordt, dringt het beginsel *audi alteram partem* zich des te meer op in geval van een “*wijziging in houding*” in hoofde van de administratie²⁴.

In onderhavige zaak lijdt het geen twijfel dat de drie aan Belgacom opgelegde verplichtingen betreffende SNA een ernstige maatregel uitmaken in de zin van de voormelde administratieve rechtspraak en dat het BIPT aan Belgacom niet de mogelijkheid heeft geboden om haar opmerkingen/standpunt kenbaar te maken betreffende deze drie verplichtingen aangezien, zoals al vermeld, deze niet waren opgenomen of gepreciseerd in de ontwerpbeslissing die ter openbare raadpleging werd voorgelegd. Ze werden na de openbare raadpleging ingevoerd en bijgevolg opgelegd zonder enige voorafgaande mededeling aan Belgacom, die aldus haar rechten en standpunt niet heeft kunnen laten gelden.

Bijgevolg vloeien de drie aan Belgacom opgelegde verplichtingen betreffende SNA voort uit een schending van het *audi alteram partem* beginsel en dienen zij daarom te worden vernietigd.

²³ Zie met name P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2006, pp. 27 tot 30 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{de} ed., Brussel, Larcier, 2008, pp. 221 tot 225, nr 199.

²⁴ RvSt., 2 juni 1988, nr. 30.216.

2.2 Onwettigheid van de verplichting om de verslagen met geïndividualiseerde brutogegevens te vervolledigen

18. **Onwettigheid van de kaderverplichting die aan de grondslag ligt van de hier opgelegde verplichting.** De door de Bestreden Beslissing opgelegde verplichting betreft een uitvoeringsmaatregel van de kaderverplichting die is opgenomen in de Beslissing van 1 juli 2011 en die Belgacom verplicht om aan de alternatieve operatoren verslagen met de hen betreffende geïndividualiseerde brutogegevens over te maken²⁵. De door de Beslissing opgelegde verplichting verduidelijkt en preciseert (door ze verder ten uitvoer te leggen) in het bijzonder de modaliteiten betreffende de inhoud van voornoemde verslagen, door de verplichting op te leggen om daarin bijkomende gegevens op te nemen (datum van vaststelling van de SNA, datum van ontvangst van de plannen en datum van uitvoering van de SNA).

In het beroep dat zij tegen de Beslissing van 1 juli 2011 heeft ingesteld²⁶, heeft Belgacom de onwettigheid van de kaderverplichting betreffende het meedelen van verslagen met geïndividualiseerde brutogegevens aangetoond. De onwettigheid van die specifieke verplichting zoals opgenomen in de Kaderbeslissing van 1 juli 2011 werkt eveneens specifiek door naar de hier betwiste verplichting zoals ze verder wordt uitgewerkt en ten uitvoer gelegd in de hier betwiste Beslissing.

Bijgevolg heeft de door de Bestreden Beslissing opgelegde verplichting als grondslag een onwettige kaderbeslissing, die op dit punt een onwettige (kader)verplichting bevat en is zij, omwille van die reden, op het hier aangevochten punt eveneens onwettig. Bijgevolg dient de door de Bestreden Beslissing opgelegde verplichting alleen al omwille van deze reden te worden vernietigd.

19. **De opgelegde verplichting voldoet niet aan de vereisten van passendheid en evenredigheid en is niet noodzakelijk – afwezigheid van afdoende motivering.** De bestreden verplichting vloeit eveneens voort uit een schending van artikel 5 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie dat vereist dat de door het BIPT opgelegde verplichtingen met name passend en proportioneel zijn²⁷.

Door aan Belgacom de verplichting op te leggen om in de verslagen met geïndividualiseerde brutogegevens voor elk bestelorder dat een SNA vereist de datum van ontvangst van de plannen op te nemen, verplicht het BIPT Belgacom echter om een *bijkomend ingewikkeld proces* te ontwikkelen teneinde de datum van ontvangst van de plannen te bekomen, wat niet alleen niet passend maar eveneens disproportioneel is.

²⁵ Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten, punt 1444: “Bovendien moet Belgacom met dezelfde frequentie als de hierboven vermelde rapporten de tabellen met brutogegevens publiceren aan de hand waarvan het BIPT, en indirect de alternatieve operatoren (in dat geval wordt de informatie namelijk naargelang van de operator gefilterd), de kwaliteit van de dienst meer in detail kan controleren dan via de analyse van de hierboven bedoelde KPI-rapporten”.

²⁶ Zaak gekend onder het rolnummer 2011/AR/2421.

²⁷ Artikel 5 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie: “Binnen het kader van het uitoefenen van zijn bevoegdheden treft het Instituut alle passende maatregelen om de in de artikelen 6 tot 8 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregelen worden op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd, proportioneel toegepast en gerechtvaardigd”.

De verplichting is niet passend in de mate dat het aan Belgacom bijkomend opgelegde proces op operationeel vlak voor de alternatieve operatoren geen enkele toegevoegde waarde met zich brengt. Het enige nut van de verplichting om de datum van ontvangst van de plannen aan de alternatieve operatoren mee te delen zou er immers (theoretisch) in bestaan laatstgenoemden toe te laten om de met hun klanten vastgelegde afspraken uit te stellen. De door Belgacom voorgestelde en de door het BIPT in de Beslissing aanvaarde oplossing om aan de alternatieve operatoren een "HOLD XML – Plan not received" melding te sturen drie dagen voor de interventie teneinde laatstgenoemden op de hoogte te brengen van het niet ontvangen van de plannen biedt echter reeds een afdoend antwoord en oplossing voor deze problematiek²⁸. De opgelegde verplichting is bijgevolg niet passend en niet noodzakelijk aangezien zij geen enkel nut/toegevoegde waarde heeft.

Er dient trouwens te worden vastgesteld dat de datum van ontvangst van de plannen hoegenaamd geen informatie inhoudt die voor de alternatieve operatoren relevant is aangezien er geen enkel verband bestaat tussen de datum van ontvangst van de plannen en de datum van uitvoering van de SNA. Inderdaad, de voor de uitvoering van de SNA voorziene datum wordt als dusdanig niet bepaald of vastgelegd in functie van de ontvangst van de plannen, maar wel degelijk als een functie van een "Slot Availability after SNA Detection"²⁹, d.w.z. een indicator die de termijn meet die gekoppeld is aan de beschikbaarheid van een eerste beschikbare tijdstip (*timeslot*) in de planning voor de uitvoering van de SNA die geïdentificeerd werd. Deze laatste vaststelling versterkt de bevinding dat het toevoegen van de datum van ontvangst van de plannen in de verslagen met geïndividualiseerde brutogegevens, net als het bijkomend proces dat door Belgacom met het oog daarop zou dienen te worden ontwikkeld, geenszins passend en in ieder geval niet noodzakelijk is.

De verplichting is disproportioneel, omdat in de mate dat Belgacom geen dergelijk proces wenst te ontwikkelen op het niveau van de bestelorders van haar *retailafdeling*, zij een nieuwe applicatie zou dienen te ontwikkelen die, enerzijds, toelaat om specifiek de BRxx-bestelorders te identificeren tussen al de lasorders en, anderzijds, toelaat om voor wat de BRxx-bestelorders betreft de datum van ontvangst van de plannen te identificeren daarbij rekening houdend met alle verschillende toepassingsscenario's die zich (kunnen) voordoen³⁰.

²⁸ Zie namelijk punt 274.c van de Bestreden Beslissing: "*Wanneer Belgacom de plannen niet ontvangt, dan krijgt de alternatieve operator 3 dagen voorafgaand aan de interventie een HOLD XML-melding dat de plannen niet werden ontvangen. De alternatieve operator wordt daarna uitgenodigd om een AMEND XML uit te voeren om een nieuwe interventiedatum vast te leggen*".

²⁹ Zie namelijk punt 274 van de Bestreden Beslissing. Zoals aangegeven in de Beslissing, houdt deze "*Slot Availability after SNA Detection*" al rekening met de bijkomende termijn die nodig is voor het opvragen van de plannen voor elektrische installaties. Er dient daarbij opgemerkt te worden dat alvorens gelijk welke graafwerken op het openbaar domein uit te voeren, Belgacom verplicht is om bij de nutsbedrijven de plannen voor verschillende installaties op te vragen en dus niet enkel voor de elektrische installaties maar eveneens, bijvoorbeeld, de installaties die verband houden met de gasleidingen.

³⁰ Er doen zich inderdaad verschillende toepassingsgevallen en scenario's voor. Op niet-exhaustieve wijze, kan bijvoorbeeld verwezen worden naar het geval waarin Belgacom de plannen reeds heeft ontvangen in het kader van een eerdere technische interventie. In dat geval, zou de datum van ontvangst van de plannen in het verleden moeten worden opgezocht en dit kan tot zes maanden in de tijd teruggaan aangezien de door de leveranciers van nutsvoorzieningen overgemaakte plannen een

Daarbij komt nog dat de lasactiviteiten in het kader van de *provisioning* van Belgacom inmiddels werden uitbesteed (*outsourcing*) en aldus aan onderaannemers werden toevertrouwd die actief zijn in vijf verschillende geografische zones, wat ontgensprekelijk van aard is om het implementeren van het bijkomend proces dat de bestreden verplichting plots oplegt nog ingewikkelder te maken.

Uit het geheel van de voorgaande overwegingen volgt dat de bestreden verplichting disproportioneel en niet passend is en bovendien niet noodzakelijk, zodat zij dient te worden vernietigd wegens schending van artikel 5 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie. Aldus ontbreekt het de nieuw opgelegde verplichting eveneens aan een afdoende motivering.

2.3 Onwettigheid van de verplichting om de SLA *Total Provisioning Timer* aan te passen

20. **Context.** Het BIPT legt aan Belgacom de verplichting op om de SLA "*Slot Availability after SNA Detection*" aan te passen zodat deze ook toepasbaar is in het kader van het MTS-bestelsysteem. Het BIPT preciseert dat in dit geval de doelstellingen van de SLA "*Total Provisioning Timer*" vervangen worden door de doelstellingen van deze nieuwe SLA voor iedere interventie waarvoor de uitvoering van een SNA vereist is.

Kort samengevat is het MTS-systeem het door Belgacom geïmplementeerde oude bestelsysteem dat gebaseerd is op de uitwisseling van XML-berichten. Onder dit oude systeem, wanneer de alternatieve operator een lijn wil bestellen, moet hij dan een gewenste installatiedatum aangeven (*Service Requested Date*, SRD of gevraagde datum voor indienststelling). Daarna, moet Belgacom op basis van de planning van haar technici nagaan of de SRD beschikbaar is en de definitieve datum via een XML-bericht bevestigen, met dien verstande dat de definitieve datum en de SRD van elkaar kunnen verschillen. Met andere woorden, onder het MTS-systeem kan de alternatieve operator de installatiedatum niet rechtstreeks zelf kiezen; hij kan een voorkeur aangeven maar de keuze van de definitieve datum blijft in eerste instantie een beslissing van Belgacom.

Het SLA- en compensatiemechanisme dat geïmplementeerd werd voor bestelorders verzonden via het MTS-systeem, berust hoofdzakelijk op de SLA "*Total Provisioning Timer*", die een maximale *provisioning*termijn voorziet, rekening houdend met alle elementen die bij de *provisioning* (validatie, installatie en levering) van een bestelorder betrokken zijn.

In 2010, heeft Belgacom echter, op vraag van het BIPT, een nieuw bestelsysteem (*Open Calendar-systeem*) ingevoerd dat de alternatieve operator meer flexibiliteit biedt bij het maken van een afspraak voor de installatie van een lijn. In tegenstelling tot het MTS-systeem, geeft het *Open Calendar-systeem* de alternatieve operator directe toegang tot de planning en de kalender van de technici van Belgacom. Aldus,

dergelijke geldigheidsduur hebben. In andere gevallen, ontvangt Belgacom bijvoorbeeld enkel een bericht dat de plannen niet bestaan, ... Dit alles toont aan dat er een veelheid aan toepassingsgevallen en scenario's mogelijk zijn, die het bijkomend aan Belgacom opgelegde proces des te ingewikkelder zouden maken.

kan de alternatieve operator zelf de installatiedatum kiezen die het best past voor zijn klant naargelang van de beschikbaarheid van de technici van Belgacom.

Het MTS-systeem zal op termijn integraal vervangen worden door het *Open Calendar*-systeem. Anders gezegd, het MTS-systeem bevindt zich momenteel dus al sinds een zekere tijd in een stadium van uitfasering (*outphasing*)³¹.

21. **Het onredelijk en disproportioneel karakter van de opgelegde verplichting.** De door het BIPT nieuw en bijkomend opgelegde verplichting is in tegenstrijd met wat het reglementair kader voorschrijft in de mate dat zij vanuit diverse oogpunten kennelijk disproportioneel en onredelijk is.

Eerst en vooral, is de bestreden verplichting kennelijk onredelijk en disproportioneel aangezien zij Belgacom verplicht om bepaalde niet-verwaarloosbare investeringen te doen voor het aanpassen van haar MTS-systeem – zoals meer bepaald het implementeren van een haalbaarheidsstudie, het installeren en implementeren van *stop-clock* mechanismen of nog een reeks andere wijzigingen in de *MSY-Data Warehouse Tool (MicroStrategy)* en de *MTS Tracking Tool* – terwijl het MTS-stelsel zich momenteel in een fase van uitfasering bevindt en bijgevolg gedoemd is te verdwijnen in de nabije jaren. Bijgevolg zou Belgacom verloren en nutteloze investeringen moeten doen in dergelijke aanpassingen van haar MTS-systeem, terwijl zij dit oude systeem (dat dateert van 2002) stap per stap wenst te verlaten en te vervangen door een nieuw systeem (*Open-Calendar*) dat, zoals het BIPT zelf in zijn Beslissing aangeeft, “*efficiënter*” is en waarnaar alle alternatieve operatoren bijgevolg in de nabije toekomst op een natuurlijke of verplichte wijze zullen migreren³².

Vervolgens, blijkt de disproportionele aard van de bestreden verplichting en de aanpassingsinvesteringen die zij met zich brengt eveneens uit het bijzonder beperkte volume SNA's die maandelijks worden uitgevoerd voor de BRxx-producten. Het BIPT motiveert op geen enkele wijze hoe het redelijk en proportioneel zou zijn om voor dergelijke lage volumes bijkomende aanpassingen te maken en investeringen uit te voeren, terwijl het gaat om een systeem dat voorzien is om volledig in onbruik te raken.

Tenslotte, is het opleggen van deze bijkomende verplichting eveneens disproportioneel en onredelijk in het licht van de statistieken die door Belgacom aan het BIPT werden meegedeeld en die duidelijk de afwezigheid van enige vorm van discriminatie aantonen tussen de interventies uitgevoerd voor de *retail*afdeling van Belgacom en deze uitgevoerd voor de BRxx-producten. Dergelijke vaststelling had het BIPT er toe moeten aanzetten, indien die zich zou gedragen hebben naar het

³¹ Belgacom verwijst daarbij in het bijzonder naar de operationele werkgroepen van 25 oktober 2012 en 28 februari 2013 (OWG/1205 en OWG/1301) gedurende dewelke zij een voorstelling heeft gemaakt van de ontwikkeling van een nieuwe bestellingsinterface (MSO of *Multi Service Ordering*) die gebaseerd is op de ontwikkelingen die voor *Open Calendar* gerealiseerd werden en die een uitfasering van de MTS-interface beoogt.

³² Door nog bijkomende verplichtingen aan Belgacom op te leggen betreffende het oude systeem dreigt het BIPT de migratie van de alternatieve operatoren naar het nieuwe systeem nog te bemoeilijken en te vertragen, wat kennelijk tegen een oogmerk van efficiëntie ingaat. Deze houding van het BIPT contrasteert eveneens met diegene ingenomen door andere regulatoren in het buitenland die precies dergelijke migraties trachten te stimuleren.

criterium van de redelijke en voorzichtige regulator, om de regulatoire verplichtingen opgelegd aan Belgacom niet te verzwaren aangezien de regulering zich moet beperken tot wat strikt noodzakelijk is voor het bereiken van het door de regulator nagestreefde doel. Dit is kennelijk niet het geval *in casu* aangezien de verplichting die bijkomend wordt opgelegd aan Belgacom kennelijk disproportioneel is.

22. **Gebrek aan prospectieve analyse.** Terwijl, zoals reeds vermeld, het MTS-systeem zich momenteel in een uitfaseringsfase bevindt, zodat het gedoemd is om in de komende jaren te verdwijnen, verplicht de bestreden verplichting Belgacom om in dat systeem bijkomende, niet te verwaarlozen ontwikkelingen door te voeren. Een dergelijke benadering is kennelijk strijdig met de vereiste voorzien in het reglementair kader dat de analyse door de regulator prospectief van aard dient te zijn³³.

De door het BIPT weerhouden benadering blijkt overigens tegenstrijdig te zijn in de mate dat het Instituut, in andere passages van de Bestreden Beslissing, er voorstander van zegt te zijn om de migratie van de alternatieve operatoren naar het stelsel *Open-Calendar* aan te moedigen en desbetreffend aangeeft dat prioriteit zou moeten worden gegeven aan de investeringen en de ontwikkelingen in dit nieuwe stelsel:

“Het BIPT herhaalt dat Belgacom het oude MTS-systeem niet mag afzwakken zolang het BIPT hierover geen beslissing heeft genomen. Gezien de achterstand opgelopen door de alternatieve operatoren bij de invoering van het systeem Open Calendar is het BIPT er echter niet tegen gekant dat de alternatieve operatoren gestimuleerd worden om naar dit systeem over te stappen. Het BIPT is er trouwens voorstander van om in de eerste plaats verbeteringen aan te brengen aan het meest efficiënte systeem, namelijk Open Calendar, conform het evenredigheidsbeginsel”³⁴.

Een dergelijke interne tegenstrijdigheid in de motivering staat ook gelijk aan een afwezigheid van motivering, wat eveneens dient te leiden tot een vernietiging van de hier betwiste verplichting.

23. **Besluit.** Uit het geheel van de hierboven uiteengezette overwegingen volgt dat de verplichting om de SLA “*Total Provisioning Timer*” aan te passen strijdig is met wat het reglementair kader voorschrijft aangezien zij kennelijk onredelijk en disproportioneel is en niet prospectief van aard. Zij berust bovendien op geen enkele adequate of afdoende motivering. Die verplichting moet bijgevolg vernietigd worden.

2.4 Onwettigheid van de verplichting om de e-TIC verslagen te vervolledigen

24. **Context.** In principe worden de SNA’s vastgesteld tijdens het proces van validering van het bestelorder van de alternatieve operator. Voor een beperkt volume aan bestellingen, daarentegen, wordt de noodzaak tot het uitvoeren van een SNA slechts ontdekt op het ogenblik van de interventie ter plaatse door de technicus die voor Belgacom de installatie verzorgt.

³³ Zie, onder andere, Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (2002/C 165/03), *P.B.*, 11 juli 2002, C 165, pp. 6 en volgende.

³⁴ Bestreden Beslissing, punt 380.

De redenen waarom een SNA slechts wordt vastgesteld op het ogenblik van de installatie vinden hoofdzakelijk hun oorsprong in schade die aan het netwerk van Belgacom toegebracht is door werken uitgevoerd door bepaalde eigenaren of door hun aannemers in hun woning, zonder dat deze echter aan Belgacom deze schade hebben gemeld. Anders gezegd, de “laattijdige” vaststelling van een SNA op het ogenblik van de interventie door de technicus is geenszins toe te schrijven aan Belgacom, maar is hoofdzakelijk te wijten aan handelingen van derden waarvan Belgacom geen kennis heeft. Dergelijke elementen zijn bijgevolg niet beschikbaar in de documentatie en databases waarover Belgacom beschikt en kunnen slechts ter plaatse vastgesteld worden op het ogenblik van de tussenkomst van een technicus.

In dit verband, verplicht de Bestreden Beslissing Belgacom om ervoor te zorgen dat haar technici in de e-TIC verslagen die ze aan de alternatieve operatoren overmaken *“een nauwkeurig en gestructureerd commentaar geven over de redenen die hebben geleid tot de vaststelling van een SNA”*³⁵.

25. **Niet passende en disproportionele aard van de opgelegde verplichting.** De door de Bestreden Beslissing opgelegde verplichting om de e-TIC verslagen aan te vullen schendt het voorschrift voorzien in artikel 5 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie aangezien zij kennelijk niet voldoet aan de voorwaarden van passendheid en evenredigheid.

Eerzijds, dient eerst en vooral vastgesteld te worden dat de door het BIPT opgelegde verplichting niet passend is aangezien zij een (bijkomende) last oplegt aan de technici van Belgacom die niet tot hun bevoegdheid behoort, en waarvoor zij nieuwe specifieke werkinstructies en een passende training zouden moeten krijgen³⁶. Er kan niet redelijkerwijze van de gehele populatie aan technici verlangd worden dat zij in elk van de betrokken gevallen een gestructureerde boodschap zouden opstellen ter informatie van de alternatieve operator. Bovendien mag niet uit het oog verloren worden dat de betrokken beslissingen inzake SNA (bijvoorbeeld met betrekking tot het vereist of aangewezen zijn van de uitvoering van laswerken) niet noodzakelijk door de betrokken technicus ter plaatse genomen worden, maar eerder door gecentraliseerde diensten van netwerkexperten die een standpunt innemen op basis van de technische informatie die hen wordt doorgespeeld door de technicus ter plaatse en de informatie waarover zij beschikken.

De bestreden verplichting voldoet des te minder aan de vereiste van passendheid in de mate dat zij als gevolg zou hebben de alternatieve operatoren te verplichten hun eigen IT-systemen aan te passen teneinde de gestructureerde commentaar die in de e-TIC verslagen zou dienen te worden opgenomen te kunnen ontvangen, terwijl de verplichting niet blijkt te volgen uit enig verzoek geformuleerd door de alternatieve

³⁵ Bestreden Beslissing, punt 276.

³⁶ Het zou ook kennelijk onredelijk en disproportioneel zijn om van Belgacom te verlangen dat zij desbetreffend aan elk van de voor haar tussenkomende technici specifieke nieuwe werkinstructies en training zou geven. Dit volgt ook duidelijk uit wat hierna vermeld wordt aangaande de beperkte volumes waarvan hier sprake is. Als men rekening houdt met het feit dat ongeveer 2.000 technici voor Belgacom tussenkomen, spreekt men hier over een situatie waarbij instructies en training zouden dienen gegeven worden aan elk van deze personen terwijl zij de betrokken situatie slechts één keer om de tien jaar zouden tegenkomen ...

operatoren. Het BIPT blijft inderdaad in gebreke om enige alternatieve operator te citeren die een dergelijke behoefte zou geformuleerd hebben. Zelfs indien zulks het geval zou geweest zijn, dan was Belgacom zeker bereid geweest om aan de betrokken alternatieve operator(en) een oplossing “op verzoek” en geval per geval voor te stellen, en aldus een oplossing aan te bieden die voor hen geschikt zou zijn zonder hen te verplichten hun IT-systemen aan te passen zonder dat zij dat wensen. Echter, zoals hiervoor reeds vermeld, aangezien het BIPT het niet nodig heeft geacht om Belgacom op dit punt te raadplegen, voldoet de uiteindelijk door de regulator opgelegde oplossing niet voor Belgacom en lijkt die verder ook niet te beantwoorden aan een vraag van de alternatieve operatoren en kan zij hen bijkomende problemen opleveren. Met andere woorden, de bestreden verplichting is hoegenaamd niet passend aangezien zij geen enkele toegevoegde waarde oplevert voor de alternatieve operatoren op operationeel gebied en daarentegen zelfs contra-productief kan zijn. Ze berust ook op geen enkele afdoende motivering.

Anderzijds, is de bestreden verplichting eveneens disproportioneel in de mate dat zij Belgacom verplicht een reeks investeringen te doen (met name voor de training van haar technici en verder nog op het gebied van de ontwikkeling en aanpassing van haar IT-systeem) terwijl zij opnieuw slechts betrekking heeft op een uiterst beperkt volume van bestelorders, meer bepaald slechts een beperkte minderheid van het gemiddeld maandelijks bestelvolume dat een SNA vereist (wat overeenstemt met minder dan 20 bestelorders). Dit, samen met het feit dat deze verplichting geen enkele toegevoegde waarde oplevert op operationeel vlak voor de alternatieve operatoren, leidt tot de conclusie dat de door het BIPT opgelegde maatregel ontegensprekelijk disproportioneel is.

Uit het geheel van de bovenstaande overwegingen volgt dat de aan Belgacom opgelegde verplichting om de e-TIC verslagen aan te vullen dient te worden vernietigd aangezien zij strijdig is met artikel 5 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

C. MIDDELEN BETREFFENDE HET COMPENSATIEMECHANISME OP INDIVIDUEEL NIVEAU

1. Beschrijving van de verplichtingen

26. **Context.** De onder deze hoofding betwiste verplichtingen betreffen het compensatiemechanisme dat van toepassing is tussen Belgacom en de alternatieve operatoren in geval van niet-naleving van de SLA's opgelegd door het BIPT.

In het kader van het door Belgacom ingestelde beroep tegen de BRxx 2010 Beslissing, is meer dan gerechtigde twijfel gerezen rond de aard van het toepasselijke compensatiemechanisme tussen Belgacom en de alternatieve operatoren:

- kunnen de OLOs een compensatie eisen enkel omdat de KPI berekend op marktniveau lager ligt dan de SLA (“**markt KPI-mechanisme**”), of
- kunnen de OLOs een compensatie eisen omdat hun individueel berekende KPI lager ligt dan het niveau van de SLA (“**individueel KPI-mechanisme**”)?

Aldus, nodigde Belgacom het BIPT in het kader van de voormelde beroepsprocedure uit om diens standpunt op dit punt te verduidelijken. Het BIPT antwoordde en

bevestigde uitdrukkelijk dat noch de BRxx 2010 Beslissing, noch de Kaderbeslissing van 1 juli 2011 inzake de breedbandmarkten een “individueel KPI-mechanisme” invoerden, waaruit dus blijkt (bleek ...) dat het toepasselijke compensatiemechanisme een “markt KPI-mechanisme” was:

“[H]et BIPT preciseert dat de verplichting met betrekking tot de mededeling van de gedocumenteerde verslagen per alternatieve operator geen aanleiding geeft tot een wijziging van de vergoedingsmechanismen zoals voorzien door de beslissing van 1 juli 2011 in geval van niet-naleving van de kwaliteitsniveaus van diensten verstrekt aan de OLO’s.

Belgacom erkent overigens dat een compensatiemechanisme OLO/OLO niet bestaat en niet opgelegd wordt door de Bestreden Beslissing, en al evenmin door de beslissing van 1 juli 2011. Zij stelt immers zelf dat deze situatie zich zou kunnen voordoen (=voorwaardelijk), “onder voorbehoud van verdere precisering van het BIPT”. Dus indien het BIPT dit zou willen opleggen, moet zij daar inderdaad een specifieke beslissing voor nemen, die Belgacom ten gepaste tijde kan aanvallen, indien het dit zou willen”³⁷.

Gelet op het feit dat een mechanisme toepasbaar op individueel KPI-niveau onevenredig en niet-passend zou zijn geweest³⁸, verwelkomde Belgacom de verduidelijkingen aangebracht door het BIPT.

27. **Aan Belgacom opgelegde verplichting.** Niettegenstaande de bovenvermelde verduidelijkingen, verschaft in het kader van een gerechtelijke procedure, heeft het BIPT in de Bestreden Beslissing een volstrekt tegenstrijdig standpunt ingenomen. Enerzijds, geeft het BIPT daarin aan dat diens vorige beslissingen nooit een compensatiemechanisme op marktniveau zouden aanvaard hebben (*sic*). Anderzijds, legt het BIPT aan Belgacom een compensatiemechanisme op dat toepasbaar is op individueel niveau (per operator):

“Belgacom is van oordeel dat de compensaties door de alternatieve operatoren niet geëist kunnen worden op individueel niveau (OLO per OLO), d.w.z. zodra de overeenstemmende KPI’s die werden berekend op grond van de interventies ten overstaan van hun eigen lijnen lager liggen dan de vastgelegde doelstellingen (SLO). Belgacom is eerder van mening dat de compensaties pas moeten gelden vanaf het ogenblik dat de op marktniveau berekende KPI’s lager liggen dan de vastgelegde doelstellingen. Tijdens de gesprekken tussen Belgacom en het BIPT heeft dit laatste aan Belgacom laten weten dat het van mening is dat de compensaties toepasbaar moeten zijn op individueel niveau (OLO per OLO). (...)

Belgacom betwist een ommezwaai in de houding van het BIPT dat één operationele organisatie per alternatieve operator oplegt, wat volgens de provider onredelijk is. Deze organisatie zou kunnen leiden tot discriminatie tussen operatoren.

³⁷ Conclusies van het BIPT van 1 juli 2013 in de voormelde procedure, paragraaf 30, p. 14; zie ook conclusies van het BIPT van 15 januari 2014 in die procedure, paragraaf 45, p. 19.

³⁸ Zie paragraaf 29 *infra*.

Het BIPT wijst dit standpunt van Belgacom af, vooral omdat het in zijn vroegere besluiten nooit voorwaarden heeft goedgekeurd voor de compensaties die enkel van toepassing zijn op marktniveau. (...)

Besluit van het BIPT

Het BIPT verzoekt Belgacom om de bijlagen SLA en Improved SLA van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 aan te passen in overeenstemming met de volgende doelstellingen:

(...) Alle compensaties die vastgelegd zijn in het referentieaanbod kunnen door elke alternatieve operator individueel worden geëist zodra de doelstellingen (SLO) vastgelegd in het referentieaanbod en geëvalueerd op grond van hun eigen bestelorders (en/of hun eigen repair-tickets) niet werden nagekomen, ongeacht het feit of Belgacom deze doelstellingen heeft gerealiseerd op marktniveau”³⁹.

2. Uiteenzetting van de middelen

28. **Gebrek aan afdoende motivering, kennelijk onterechte motivering en afwezigheid van iedere juridische grondslag.** Krachtens het motiveringsbeginsel, een beginsel van behoorlijk bestuur, moet elke administratieve beschikking een deugdelijke grondslag hebben, dit wil zeggen dat zij steunt op motieven die rechtens en feitelijk aanvaardbaar zijn en die, in geval van betwisting, bewezen moeten kunnen worden⁴⁰.

Er dient echter te worden vastgesteld dat het compensatiemechanisme op individueel niveau opgelegd door het BIPT in de Bestreden Beslissing, enerzijds, op een onjuiste en kennelijk betwistbare motivering berust en, anderzijds, iedere juridische grondslag mist.

Ten eerste, is de bewering van het BIPT dat “*het in zijn vroegere besluiten nooit voorwaarden heeft goedgekeurd voor de compensaties die enkel van toepassing zijn op marktniveau*” kennelijk onjuist.

Zoals hoger aangegeven, heeft het BIPT immers, in het kader van een gerechtelijke procedure betreffende de BRxx 2010 Beslissing, uitdrukkelijk erkend dat diens vorige beslissingen een compensatiemechanisme op marktniveau invoerden. Het gaat dus zonder twijfel om een gerechtelijke bekentenis die, volgens wat artikel 1356 van het Burgerlijke Wetboek bepaalt, een volledig bewijs oplevert tegen diegene die de bekentenis gedaan heeft. Aldus kan er in de huidige zaak geen twijfel bestaan over het feit dat de vorige beslissingen van het BIPT een compensatiemechanisme op marktniveau invoerden. Bijgevolg steunt de door het BIPT in de Bestreden Beslissing aangebrachte motivering niet op rechtens aanvaardbare motieven die bewezen moeten kunnen worden.

Hieruit volgt dat de thans Bestreden Beslissing onverenigbaar is met het beginsel voorzien in de vroegere beslissingen van het BIPT dat vereist dat de verbintenissen en doelstellingen van de SLA (en de bijhorende compensatiemechanismen) nageleefd

³⁹ Bestreden Beslissing, punten 149, 180, 181 en 189.

⁴⁰ Zie met name RvSt, 6 maart 2008, nr. 180.548.

moeten worden op marktniveau en niet op een individuele basis per alternatieve operator. Dat wordt bevestigd door meerdere passages in eerdere beslissingen van het BIPT, waaronder:

- BRUO 2006 Beslissing en BROBA 2006 Beslissing:

“Een SLA mag niet als een interne doelstelling van Belgacom worden beschouwd, maar als een doel inzake transparantie en engagement ten opzichte van de markt”⁴¹;

- Breedbandbeslissing van 1 juli 2011:

“Belgacom moet verslagen publiceren over de naleving van de SLA's op tweemaandelijks basis via de kwaliteitsindicatoren (KPI's) om de OLO's voldoende transparantie te bieden over de naleving van de SLA-verbintenissen”⁴².

Ten tweede, vloeit uit het voorgaande punt voort dat bij het opleggen van een compensatiemechanisme op individueel niveau het BIPT in de Bestreden Beslissing aan Belgacom een nieuwe verplichting oplegt die door de Kaderbeslissing van 1 juli niet voorzien wordt.

De Bestreden Beslissing geeft echter uitdrukkelijk aan dat het enkel maar de bestaande maatregelen meer uitgebreid preciseert zonder nieuwe verplichtingen toe te voegen:

“Dit besluit werd aangenomen in uitvoering van de beslissing van de regulatoren van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en brengt deels de verplichtingen inzake toegang, transparantie en niet-discriminatie ten uitvoer. In een dergelijke beslissing worden de bestaande maatregelen meer uitgebreid gespecificeerd zonder dat er nieuwe verplichtingen worden opgelegd”⁴³.

Bijgevolg is de motivering van de Bestreden Beslissing niet alleen kennelijk tegenstrijdig en onjuist maar mist ze ook iedere juridische grondslag.

Het geheel van de bovenstaande overwegingen is op zich voldoende om aan te tonen dat het compensatiemechanisme op individueel niveau zoals voorzien in de Bestreden Beslissing onwettig is en dat het dus vernietigd dient te worden. Ten overvloede, toont Belgacom hierna aan dat zelfs indien het BIPT had kunnen overwegen om een compensatiemechanisme op individueel niveau op te leggen onder verwijzing naar de bovenvermelde elementen (*quod non*), een dergelijk mechanisme in ieder geval kennelijk onredelijk en disproportioneel is.

29. **Onevenredig karakter van het compensatiemechanisme op individueel niveau – Het begrip “statistische fout”.** In het kader van een compensatiemechanisme

⁴¹ Besluit van de Raad van het BIPT van 9 november 2005 betreffende BRUO 2006, p. 37; Besluit van de Raad van het BIPT van 25 november 2005 betreffende BROBA 2006, p. 32 (Belgacom onderlijnt).

⁴² Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten, punt 1443 (Belgacom onderlijnt). Het BIPT maakt noodzakelijk deel van de CRC uit.

⁴³ Bestreden Beslissing, punt 61.

berekend op basis van de individuele KPI's voor elke alternatieve operator waarbij geen enkel onderscheid gemaakt wordt op basis van het aantal bestellingen, zou Belgacom immers onmiskenbaar benadeeld worden ten gevolge van de statistische fout die noodzakelijkerwijze gepaard gaat met een gering volume aan bestellingen van met name kleinere alternatieve operatoren.

Onder het niveau van een bepaald aantal bestellingen zou het loutere feit dat Belgacom voor één lijn van een kleinere operator de verplichte doelstelling opgelegd door de SLA niet zou halen op zich immers al inhouden dat de individuele KPI berekend voor deze enkele, specifieke operator niet zou gerespecteerd zijn, waardoor deze laatste bijgevolg aanspraak zou kunnen maken op een vergoeding door Belgacom, ook al zou de KPI op het niveau van de markt worden nageleefd.

Een klein voorbeeld kan dit eenvoudig illustreren: indien een bepaalde doelstelling van 95% moet gehaald worden voor alle bestelde lijnen en een operator bestelt slechts 10 of 15 lijnen gedurende de relevante periode, dan zal de doelstelling voor die operator niet gehaald worden van zodra er iets fout zou lopen met één van zijn lijnen. Met andere woorden, voor dergelijke operator zou Belgacom, op een individuele basis, steeds een SLA-doelstelling van 100% moeten halen.

Eenzijds, zou een dergelijk compensatiemechanisme kennelijk *disproportioneel* zijn omdat de sowieso al hoge eisen van de aan Belgacom opgelegde SLA's⁴⁴ nog verstrengd worden en er bijgevolg, om de individuele KPI voor een kleine operator te kunnen respecteren, een dienst zou moeten geleverd worden op een kwaliteitsniveau dat nagenoeg de 100% perfectie zou moeten benaderen. Aangezien het op zich voor Belgacom reeds moeilijk is om de eisen van de strikte niveaus van dienstverlening uit de SLA's na leven, en dit overigens voor haar al gepaard gaat met een aantal onaanvaardbare en onredelijke opofferingen zoals een systematische discriminatie in het voordeel van de alternatieve operatoren in vergelijking met haar eigen eindgebruikersdiensten⁴⁵, zou de verhoging van het SLA-niveau door de werking van het statistisch risico dreigen te resulteren in een systematische veroordeling van

⁴⁴ Belgacom merkt voor de goede orde op dat de vereisten uit de SLA's die zij dient te respecteren reeds hoger zijn dan wat aan andere operatoren opgelegd wordt (zie met name de Beslissingen van de CRC van 3 september 2013 betreffende de referentieaanbiedingen op groothandelsvlak van de kabeloperatoren die op een veel lager niveau van SLA-dienstverlening vastgelegd zijn dan deze die momenteel en in het verleden aan Belgacom werden opgelegd). Dit maakt de verhoging van het dienstenniveau in de SLA, die voortvloeit uit het niet in rekening brengen van statistische elementen, des te meer disproportioneel wanneer het gaat, zoals in de Bestreden Beslissing het geval blijkt te zijn, om de invoering van een compensatiemechanisme gebaseerd op de individuele KPI van elke operator.

⁴⁵ Het BIPT is goed op de hoogte van het bestaan van deze positieve discriminatie, aangezien Belgacom aan de regulator op regelmatige tijdstippen vergelijkingen overmaakt tussen de KPI's voor BRxx- en de KPI's voor haar *retail*internetdiensten, waaruit keer op keer blijkt dat de kwaliteit van de dienst geleverd aan de alternatieve operatoren superieur is aan degene die Belgacom aan haar eigen kleinhandelsdiensten levert (zie onder meer de Rapporten van de "Z-test" gepubliceerd op de *website* van Belgacom *Wholesale*). De reden hiervoor is eenvoudig: om de strikte dienstenniveaus van de SLA's die op groothandelsniveau opgelegd zijn te kunnen respecteren, moet Belgacom de alternatieve operatoren positief discrimineren door processen toe te passen waarbij op een systematische wijze voorrang wordt gegeven aan de bestellingen van de alternatieve operatoren ten nadele van de kleinhandelsdivisie van Belgacom. Het bestaan van een positieve discriminatie ten voordele van de alternatieve operatoren wordt overigens in verschillende passages in de Bestreden Beslissing erkend. Daarnaast wordt later in onderhavig verzoekschrift nog verwezen.

Belgacom tot het betalen van een vergoeding aan de kleinere alternatieve operatoren. Zulks kan niet redelijk zijn. Zoals hierna zal aangetoond worden⁴⁶, is een dergelijke maatregel des te meer onredelijk en disproportioneel gelet op het feit dat een prospectieve analyse aantoont dat er een aanzienlijke daling van de *provisioning*- en *repair*volumes op de markt aan het optreden is omwille van een migratie van de vraag voor BRxx-producten naar andere producten.

Anderzijds, leidt een dergelijk compensatiemechanisme in werkelijkheid ook tot een *positieve discriminatie* van de kleine operatoren ten aanzien van de grotere operatoren omdat, omwille van het statistisch risico, eerstgenoemden systematisch voor iedere tekortkoming een vergoeding van Belgacom zouden kunnen eisen, terwijl laatstgenoemden niet van een dergelijk voordeel kunnen genieten gezien hun hoger aantal bestellingen. Dergelijk scenario is kennelijk paradoxaal omdat men net door het opleggen en toepassen van de SLA's en het publiceren van de KPI's zegt te willen vermijden dat Belgacom de verschillende alternatieve operatoren zou discrimineren...

De bovenstaande redenen verklaren waarom Belgacom in haar aangepaste voorstellen met betrekking tot de referentieaanbiedingen van 17 februari 2012 en van 12 juli 2012, een minimale drempel (in functie van het volume en van de tijdsperiode) heeft voorgesteld waaronder een alternatieve operator geen compensatie kan eisen, teneinde het statistisch risico dat gepaard gaat met het geringer volume aan bestellingen bij de kleinere operatoren te neutraliseren en te compenseren en aldus rekening te houden met het onvermijdelijke foutenpercentage dat inherent is aan het betrokken type van activiteit.

In de ontwerpbeslissing BRxx 2012 heeft het BIPT echter – op weinig overtuigende wijze – de door Belgacom voorgestelde minimale drempel verworpen, zich steunend op een redenering die uitgaat van een gebrekkig rekenmodel met fictieve extrapolaties die geen enkel redelijk verband houden met de operationele realiteit.

In het kader van de openbare raadpleging betreffende de ontwerpbeslissing heeft Belgacom dan grondig en gedetailleerd de tekortkomingen in de door het BIPT uitgevoerde analyse – voor zover Belgacom kon beschikken over de elementen die in die analyse opgenomen waren – met betrekking tot de verwerping van de door haar voorgestelde minimumdrempel aangetoond. Voor zover nodig en nuttig, veroorlooft Belgacom zich om daarnaar te verwijzen aangezien zij ervan uitgaat dat dit stuk deel zal uitmaken van het administratief dossier dat door het BIPT in het kader van onderhavige procedure aan het Hof zal worden overgemaakt⁴⁷.

Belgacom betreurde daarin in het bijzonder de volledige verwerping door het BIPT van het statistisch risico dat met de bestellingen van de kleinere operatoren gepaard gaat, en dit niet enkel als een gevolg van een onjuiste lezing door de regulator van het door Belgacom geformuleerde voorstel, maar ook op basis van een vooringenomen methodologie die bepaalde elementaire statistische wetmatigheden, zoals de wet van de grote getallen, miskent.

⁴⁶ Zie paragraaf 32 *infra*.

⁴⁷ Bijdrage van Belgacom van 8 februari 2013 in het kader van de openbare raadpleging aangaande de ontwerpbeslissing BRxx 2012 van de Raad van het BIPT, zie in het bijzonder de pagina's 37 tot 49.

Desondanks houdt het BIPT in de Bestreden Beslissing nog steeds vast aan diens standpunt en verwerpt het de door Belgacom voorgestelde minimumdrempel, met uitzondering van een minimale tijdsperiode aangezien het BIPT uiteindelijk aanvaardt dat “[d]e compensaties worden berekend op grond van een volume over een periode van één jaar”⁴⁸. Hoewel Belgacom deze eerste stap van het BIPT in de goede richting enkel maar kan toejuichen, meent zij nog steeds dat een dergelijke (weliswaar noodzakelijke) voorwaarde betreffende een minimale tijdsspanne voor de berekening op zich niet volstaat om op afdoende wijze het risico op statistische fout dat voortvloeit uit beperkte bestelvolumes van kleine alternatieve operatoren te ondervangen. Om die reden kan Belgacom enkel maar haar kritische bemerkingen die zij ten aanzien van de door het BIPT uitgevoerde analyse had geformuleerd, en waarover het BIPT reeds beschikt, integraal hernemen. Enkel een bijkomende voorwaarde opnemen inzake het temporeel kader, zoals het BIPT in de Beslissing gedaan heeft, is kennelijk onvoldoende om een afdoend en passend antwoord te bieden voor de kwestie van het statistisch risico waarvan het bestaan thans door het BIPT wel blijkt onderkend te worden.

Waarschijnlijk omdat het zich bewust was van de gebreken in zijn analyse in het licht van de kritische bemerkingen van Belgacom, heeft het BIPT nog gepoogd om op bepaalde punten de motivering van zijn standpunt in de Bestreden Beslissing aan te vullen. Zoals Belgacom hierna zal aantonen, is de bijkomende motivering die het BIPT heeft toegevoegd echter kennelijk ontoereikend, onredelijk en tegenstrijdig.

30. **De motivering van het BIPT is gebaseerd op artificiële veronderstellingen.** Het BIPT lijkt het onredelijke karakter van het compensatiemechanisme op individueel niveau in de Beslissing te trachten te weerleggen door te beweren dat het opleggen van een compensatiemechanisme op marktniveau ook tot een positieve discriminatie zou leiden, maar dan van de grote alternatieve operatoren ten aanzien van de kleine operatoren:

“In elk geval zullen de alternatieve operatoren met de grootste volumes in sterke mate de prestaties op marktniveau beïnvloeden. (...) Laten we uitgaan van een markt samengesteld uit 2 operatoren. Het volume van operator A is 1000 eenheden. Het volume van operator B is 50 eenheden. De tolerantie voor de kwaliteitsdoelstelling werd bepaald op 95%. Laten we ervan uitgaan dat voor elke operator 25 eenheden de kwaliteitsdoelstelling niet behaald hebben. Operator A behaalt een prestatie van 97,5%. Operator B behaalt een prestatie van 50%. Deze laatste prestatie ligt ver beneden de tolerantie voor de kwaliteitsdoelstelling (95%), terwijl de prestatie op marktniveau (95,2%) deze kwaliteitsdoelstelling wel degelijk bereikt. (...)

Door de uitvoering van zijn verzoek zou Belgacom zijn inspanningen voornamelijk kunnen toespitsen op de alternatieve operatoren met een groot volume om zo een marktprestatie te realiseren die in overeenstemming is met zijn verplichtingen. Dit verzoek zou dus een weerslag kunnen hebben op de nieuw toetredende alternatieve operatoren omdat zij van nature een kleiner volume hebben”⁴⁹.

⁴⁸ Bestreden Beslissing, punt 189.3.

⁴⁹ Bestreden Beslissing, punt 173 en voetnoot 57.

Aldus is de ganse redenering van het BIPT – die trouwens louter hypothetisch is – in werkelijkheid gebaseerd op de hypothese van een soort “intentieproces” tegen Belgacom dat er uit bestaat te veronderstellen dat de diensten en het personeel van Belgacom, bewust en intentioneel, een verschillende dienstkwaliteit zouden leveren afhankelijk van de (grootte) van de betrokken alternatieve operator, door hun inspanningen te richten op de grote alternatieve operatoren teneinde de SLA op het niveau van de markt te respecteren, terwijl zij de kleine alternatieve operatoren zouden verwaarlozen.

De hypothese waarop het BIPT zich baseert, berust echter op geen enkele bewezen of bewijsbare feitelijke grondslag, noch op enige aanwijzing die in de richting van een dergelijke bestaande praktijk zou gaan. Dat verrast ook niet aangezien de afdelingen van Belgacom immers in werkelijkheid en in de praktijk geen enkel onderscheid maken op operationeel vlak in functie van de betrokken individuele alternatieve operator: een lijn is een lijn, een bestelorder is een bestelorder en een herstelticket is een herstelticket. Het enige onderscheid dat op operationeel niveau wordt gemaakt, is dit tussen de *retail*afdeling van Belgacom en de alternatieve operatoren (op algemene wijze, samen genomen), wat zich in praktijk vertaalt in een positieve discriminatie in het voordeel van de alternatieve operatoren aangezien Belgacom anders niet in staat is om de haar opgelegde groothandelsverplichtingen na te leven.

Uit de bovenstaande vaststellingen vloeit voort dat de hypothese waarop het BIPT zich baseert kennelijk artificieel en bijgevolg onredelijk is, zodat de motivering van de Bestreden Beslissing niet op afdoende gronden in feite en in rechte berust. Bijgevolg moet de Bestreden Beslissing worden vernietigd in zoverre zij een compensatiemechanisme op individuele basis voorziet.

31. **Incoherentie in vergelijking met de kwestie van de *forecasting*.** Belgacom beschouwt – en had zulks ook aangetoond in het kader van de openbare raadpleging – dat het standpunt van het BIPT incoherent is met het standpunt dat het inneemt met betrekking tot de kwestie van de *forecasting*⁵⁰.

Inderdaad, wat de *forecasting* betreft, heeft het BIPT in het verleden rekening gehouden met het statistisch risico, dat gepaard gaat met kleine volumes, bij het vaststellen van een drempel van minimum 50 maandelijkse bestellingen per zone/subzone zodat de kleinere alternatieve operatoren niet zouden benadeeld worden door het statistisch risico:

*“Het Instituut heeft vorig jaar ook een drempel van 50 lijnen per area / subarea ingevoerd, zodat kleine operatoren geen maandelijkse forecast moeten overmaken aan Belgacom”*⁵¹.

⁵⁰ *Forecasting* verwijst naar de processen om de verwachte bestelvolumes van de alternatieve operatoren te bepalen.

⁵¹ Zie met name Besluit van de Raad van het BIPT van 29 november 2006 betreffende de kwalitatieve aspecten van het referentieaanbod BROBA 2007, p. 46; Besluit van de Raad van het BIPT van 21 november 2007 met betrekking tot BRUO & BROBA, FORECASTING & SLA, p. 7.

De regulator heeft het in rekening brengen van het statistisch risico ten voordele van kleine alternatieve operatoren eveneens bevestigd in de Kaderbeslissing van 1 juli 2011:

“De vaststelling van de verwachte bestelvolumes (“forecasts”) heeft tot doel Belgacom een idee te geven van de nodige resources en middelen en aan de alternatieve operatoren een efficiënte en tijdige levering van deze bestelde volumes te garanderen.

Gelet op deze doelstelling blijkt dat elke vorm van niet-naleving van deze voorspelde volumes leidt tot een onevenwicht tussen de beschikbare resources en de werkelijke bestelvolumes. Een overdreven complexiteit van deze regels inzake verwachte volumes die de operator met een sterke machtspositie oplegt, kan echter de efficiëntie en de precisie van het systeem aantasten. In dat geval bestaat de kans dat een alternatieve operator de volumes die hij heeft voorspeld niet in acht neemt om redenen waarop hij weinig vat heeft. Een operator met een bestelvolume dat ruim lager is dan dat van de operator met een sterke machtspositie zal bijvoorbeeld statistisch een veel hogere foutenmarge hebben. In dat geval is het gebruik van voorspellingen inefficiënt en riskeert het overigens extra kosten te veroorzaken voor de OLO’s in geval van niet-naleving van deze voorspellingen”⁵².

Eén en ander leidt dus tot een statistisch risico (waarvan het bestaan door de regulator onderkend wordt) dat in de overwegingen van de regulator een variabel en subjectief concept blijkt te zijn naargelang wat de bedoeling is. Dergelijk standpunt, dat telkens in het nadeel van Belgacom wordt ingeroepen en weerhouden, is kennelijk tegenstrijdig en onredelijk en leidt tot het opleggen van een stelsel dat kennelijk onevenredig en onevenwichtig is.

In een poging om deze kennelijke tegenstrijdigheid uit te leggen, heeft het BIPT de volgende motivering toegevoegd in de Bestreden Beslissing:

“Het standpunt van het BIPT betreffende de versoepeling van het mechanisme van forecasting is ook in overeenstemming met het standpunt in dit besluit. De samenvoeging van de geraamde gegevens is noodzakelijk om aan de alternatieve operatoren, en in het bijzonder aan de kleine operatoren, de toepassing van billijke en identieke regels te waarborgen, en om hen op die manier de kans te geven om zich in redelijke omstandigheden op de markt te ontwikkelen. Deze beslissing wil aan alle alternatieve operatoren identieke kwaliteitsdoelstellingen waarborgen. De nagestreefde doelstelling is dus ook dezelfde”⁵³.

Belgacom kan deze bijkomende motivering die door het BIPT werd toegevoegd, en die in werkelijkheid het kennelijk tegenstrijdig karakter van het standpunt van het BIPT ingenomen in de Bestreden Beslissing enkel en alleen maar bevestigt, enkel maar betreuren. Inderdaad, dit standpunt heeft geen inhoud en is zinloos. Het antwoordt geenszins op de vaststelling van de tegenstrijdigheid in de “oplossingen” die door het BIPT worden uitgewerkt, in verband met een problematiek die zich op

⁵² Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten, punten 1463 en 1464.

⁵³ Bestreden Beslissing, punt 179.

twee niveaus stelt, doch waarvoor telkens een voor Belgacom nadelig antwoord op gegeven wordt.

Omwille van alle hierboven vermelde redenen dient de Bestreden Beslissing te worden vernietigd op de door Belgacom betwiste punten aangezien zij berust op een niet toereikende en tegenstrijdige motivering.

32. **Gebrek aan prospectieve analyse.** De door het BIPT uitgevoerde analyse strijdt met wat het reglementair kader voorschrijft omwille van het feit dat zij niet prospectief van aard is en om die reden resulteert in een niet passende en onredelijke oplossing.

Om de door Belgacom voorgestelde voorwaarde van een minimumdrempel op het vlak van bestelvolume te verwerpen, heeft het BIPT zich immers in Bijlage C bij de Bestreden Beslissing, die van december 2013 dateert, gebaseerd op een numeriek model dat uitsluitend betrekking heeft op het jaar 2011, en dat bijgevolg op geen enkele wijze rekening houdt met de huidige en voorzienbare evolutie van de markt:

“Het BIPT acht het dus niet evenredig om het recht op compensatie van de alternatieve operatoren voor installaties van lijnen te koppelen aan het bestelvolume. Het BIPT heeft bovendien een analyse uitgevoerd op grond van een numeriek model dat het verwaarloosbare karakter aantoont van de impact van de alternatieve operatoren met een klein volume op het globale bedrag van de compensaties dat Belgacom zou moeten betalen. Die analyse kan worden geraadpleegd in Annexe C. (...)

Voor het uitwerken van het numeriek model hield het BIPT rekening met de informatie die door Belgacom op 10 en 14 februari 2012 werd verstrekt aangaande het aantal interventies dat voor elke alternatieve operator gerealiseerd werd tijdens het jaar 2011”⁵⁴.

Een prospectieve analyse, zoals ze had moeten uitgevoerd worden, toont daarentegen aan dat er zich op de markt een belangrijke daling van de bestelvolumes voor BRxx-producten heeft ingezet, met name omwille van de migratie van de vraag door de alternatieve operatoren naar andere diensten die beantwoorden aan hun behoeften, zoals groothandelsaanbiedingen voor doorverkoop en toegang tot de netwerken van de kabeloperatoren⁵⁵ evenals commerciële oplossingen die het aanbieden van convergerende diensten mogelijk maken⁵⁶. Daar komt nog bovenop dat de installaties uitgevoerd door de alternatieve operatoren die hebben gekozen voor het “OLO Certified Technician”⁵⁷ of “Partner Install”⁵⁸ model van Belgacom uitgesloten zijn

⁵⁴ Bestreden Beslissing, punten 164 en 502

⁵⁵ Dit is bijvoorbeeld het geval voor Mobistar dat van plan is om televisie- en breedbandinternetdiensten aan te bieden op basis van de gereguleerde aanbiedingen van de kabeloperatoren. Mobistar heeft trouwens recentelijk de nodige betalingen aan de kabeloperatoren gedaan om de regulering van de kabelinfrastructuur effectief te implementeren, door 600,000 euro te storten aan Telenet en 600,000 euro aan Tecteo en Brut el . Voornoemde kabeloperatoren beschikken sindsdien over zes maanden om de vereiste technische en operationele systemen te leveren aan potentiële groothandelsklanten.

⁵⁶ Dit is bijvoorbeeld het geval voor KPN dat momenteel een *multiplay*-aanbod commercialiseert onder het merk SNOW, op basis van een commercieel samenwerkingsverband afgesloten met Belgacom.

⁵⁷ Dit is momenteel bijvoorbeeld het geval voor [VERTROUWELIJK – NAAM] en, in een nabije toekomst voor [VERTROUWELIJK – NAAM].

van het toepassingsgebied van de meerderheid van de SLA's die verband houden met de *provisioning*.

Aangezien het rekenmodel waarop het BIPT zich baseert deze belangrijke daling van de bestelvolumes voor BRxx-producten totaal buiten beschouwing laat, is de door het BIPT uitgevoerde analyse noodzakelijkerwijze inadequaet en gebrekkig.

Daarenboven, door geen rekening te houden met dergelijke bijzondere nationale omstandigheden, is de door het BIPT uitgevoerde analyse eveneens in strijd met de praktijken van goed bestuur (*best practices*) voorgeschreven door BEREC, die voorzien dat de nationale regelgevende instanties dienen tussen te komen bij de bepaling van SLA's "*rekening houdend met de specifieke marktomstandigheden*"⁵⁹.

Ten slotte, is de door het BIPT weerhouden benadering, in een dergelijke context van sterke daling van de bestelvolumes voor BRxx-producten, eveneens kennelijk onredelijk aangezien het BIPT, door Belgacom er van te weerhouden SLA's te kunnen berekenen op het niveau van de markt, en zich op die manier op een ruimere statische basis te kunnen baseren, Belgacom blootstelt aan een verplichting van permanente en systematische betaling van vergoedingen aan de alternatieve operatoren.

Bovendien gaat de hele redenering van het BIPT uit van een kennelijk onjuiste premisse, namelijk dat het enige risico waaraan Belgacom door het haar opgelegde stelsel zou blootgesteld zijn een risico zou zijn op het moeten betalen van compensaties aan alternatieve operatoren. Dat risico zou dan beperkt zijn, wat op zich niet aangetoond is (omwille van de voormelde redenen) en op zich ook geen afdoende motivering uitmaakt. Echter, het BIPT verliest volkomen uit het oog, wat diens Beslissing kennelijk onredelijk maakt, dat het niet-respecteren van de door het BIPT opgelegde verplichtingen ook door laatstgenoemde, in voorkomend geval, in aanmerking zou kunnen genomen worden als een grond voor vaststelling van een inbreuk op het regulatorisch kader en het daarmee gepaard gaande sanctieregime. Ook vanuit dit oogpunt is de Bestreden Beslissing bijgevolg kennelijk ongegrond.

Op basis de bovenstaande overwegingen, dient de Bestreden Beslissing te worden vernietigd op de door Belgacom betwiste punten aangezien zij de voorschriften van het reglementair kader schendt.

⁵⁸ Dit is het geval voor [VERTROUWELIJK – NAAM] en andere operatoren hebben recentelijk ook hun belangstelling voor deze oplossing al uitgedrukt.

⁵⁹ BEREC BoR (12) 128, *Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale broadband access (including bitstream access) imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market*, Best Practice 25c: "*NRAs should take oversight for the process of setting SLAs. NRAs should determine the level of their involvement in this process by taking into account specific market circumstances and particular concerns for discriminatory behaviour*" (vrij vertaald: "NRIs moeten toezicht houden op het vastleggen van SLA's. NRIs dienen de mate van hun tussenkomst in dit proces te bepalen rekening houdend met de specifieke marktomstandigheden en bijzondere bezorgdheden betreffende discriminierend gedrag").

D. MIDDELEN BETREFFENDE DE VERPLICHTINGEN OPGELEGD INZAKE DE *ISLA REPAIR* 4/6/8

1. Beschrijving van de verplichtingen

33. **Inhoud van de verplichtingen.** Het BIPT legt aan Belgacom nieuwe, en meer in het bijzonder ernstig verstrengde verplichtingen op inzake de *ISLA Repair*, waarbij het gaat om de zgn. *Improved SLA* (of “verbeterde” SLA) met betrekking tot de hersteldiensten (*Repair*) die door alternatieve operatoren kan gekozen worden. De opgelegde verplichtingen hebben betrekking op elk van de referentieaanbiedingen van Belgacom, namelijk BRUO, BROBA en WBA VDSL2.

De betrokken verplichtingen worden in punt 239 van de Bestreden Beslissing als volgt samengevat⁶⁰:

85% van de herstellingsorders wordt afgesloten binnen een termijn van 4 uur
95% van de herstellingsorders wordt afgesloten binnen een termijn van 8 uur
99% van de herstellingsorders wordt afgesloten binnen een termijn van 24 uur

Daarbij dient onmiddellijk opgemerkt te worden dat het BIPT Belgacom verplicht om deze nieuwe verplichtingen toe te passen op een “per operator”-basis en niet op basis van de op marktniveau behaalde resultaten.

In tegenstelling tot wat uit de Beslissing zou kunnen afgeleid worden, komt dit geenszins overeen met het voorstel dat door Belgacom geformuleerd was en dat uitging van een niveau van 80% van de herstellingsorders (ook “tickets” genaamd) binnen de 4 uur en 95% van de herstellingsorders binnen de 8 uur, telkens berekend op basis van de op marktniveau behaalde resultaten en niet op een “per individuele operator”-basis die het BIPT oplegt.

Op basis van de voormelde verplichtingen, legt het BIPT ook aan Belgacom de verplichting op om het compensatiestelsel te herzien voor elk van de voormelde gereguleerde groothandelsaanbiedingen. Zo voorziet het BIPT in punt 247 van de Beslissing het volgende: “*Een forfaitair bedrag van 50% van de bijdrage voor lijnhuur zal worden bepaald voor elke interventie die recht geeft op een compensatie*”. In punt 248 van de Beslissing voegt het BIPT nog het volgende toe: “*Bovendien zal aanvullend ook in een compensatie voorzien worden die evenredig is aan de interventietermijn voor de 3 hierboven vastgelegde doelstellingen als compensatie voor iedere herstellingstermijn die elk van de doelstellingen overstijgt. Deze compensatie wordt bepaald als 25% van de maandelijkse bijdrage voor lijnhuur voor elk van de doelstellingen*”.

Uit het voormelde volgt dat het BIPT zowel de betrokken timers veel scherper en strenger stelt dan voorheen alsook dat het Instituut het compensatiestelsel dat Belgacom dient te respecteren substantieel verzwakt⁶¹.

⁶⁰ Belgacom merkt voor de goede orde op dat het BIPT in punt 251 van de Bestreden Beslissing een meer passende formulering gebruikt aangezien daarin eerder naar hersteltickets wordt verwezen die opgelost zijn in plaats van “afgesloten”.

2. Uiteenzetting van de middelen

34. **Miskenning van de beginselen van niet-discriminatie en kostenoriëntatie – afwezigheid van rechtsgrond en redelijke basis voor de oplegging van de verstrengde verplichtingen.** Zoals het BIPT expliciet erkent in de punten 219 en 223 van de Beslissing, zijn de beginselen van niet-discriminatie en van kostenoriëntatie de elementen die dienen in rekening gebracht te worden voor het uitwerken en bepalen van de doelstellingen in een *Improved SLA* (ISLA) en daarbij dient verwezen te worden naar wat in de basisbeslissing van 1 juli 2011 van de CRC inzake de analyse van de breedbandmarkten voorzien is. Het gaat daarbij meer in het bijzonder om de volgende punten uit de voormelde beslissing:

1024 [...] De tarieven van de diensten inzake toegang tot binair debiet van Belgacom moeten de principes inzake basering op de kosten van een efficiënt operator naleven.

1144 Belgacom dient dus op alle derde operatoren die gebruik willen maken van een dienst voor bitstreamtoegang, niet-discriminerende voorwaarden toe te passen die gelijkwaardig zijn aan die welke het zichzelf biedt.

1441 Het BIPT moet overigens nagaan of de niveaus van dienstverlening verstrekt aan externe toegangzoekers gelijkwaardig zijn aan deze die door Belgacom intern worden geleverd.

Onder verwijzing naar de voormelde elementen, die het BIPT zelf aanhaalt als richtsnoeren en leidende principes voor diens tussenkomst, kan Belgacom enkel vaststellen dat het door het BIPT opgelegde niveau van dienstverlening voor de *ISLA Repair* voor de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 significant hoger ligt dan het niveau van performantie dat door Belgacom bereikt wordt in het kader van haar eigen commerciële aanbiedingen voor haar professionele klanten op eindgebruikersvlak.

Het BIPT heeft overigens zelf deze positieve discriminatie ten voordele van de alternatieve operatoren kunnen vaststellen op basis van de KPI's voor de *retail*aanbiedingen Office&Go die voor de KMO's bestemd zijn en de aanbiedingen Explore die bestemd zijn voor het segment van de grote ondernemingen. Inderdaad, Belgacom heeft via het overmaken van meerdere schrijvens in de loop van het jaar 2012 aangetoond dat de alternatieve operatoren perfect in staat waren om met de aanbiedingen op *retail*vlak van Belgacom op het B2B (*business-to-business*) segment te concurreren. Sterker nog, Belgacom heeft aangetoond dat de dienstkwaliteit op groothandelsvlak significant hoger lag dan voor wat de *retail*dienst voor de eigen professionele klanten van Belgacom betreft. Het BIPT stelt overigens in punt 223 van de Beslissing uitdrukkelijk “*vast dat er geen discriminatie is ten opzichte van de alternatieve operatoren in verband met de termijn voor herstelling van de businesslijnen*”⁶².

⁶¹ Daarbij kan nog opgemerkt worden dat de vergoedingen voor de *ISLA Repair* ook nog eens naar boven toe zijn herzien door de punten 129 en volgende van de Bestreden Beslissing in de mate dat het Belgacom niet langer meer is toegestaan om de tickets uit te sluiten die kunnen aangemerkt worden als de “*worst cases*” (slechtste of extreme gevallen) voor de berekening van de betrokken vergoedingen.

⁶² Belgacom maakt daarentegen wel voorbehoud bij het percentage dat in de tekst van punt 223 van de Bestreden Beslissing geciteerd wordt aangezien het voor de betrokken eindgebruikersdiensten van

Op basis van de voormelde vaststellingen, die door het BIPT uitdrukkelijk bevestigd worden, valt niet in te zien wat een redelijke grond, laat staan een wettige rechtsgrond, voor tussenkomst van het BIPT uitmaakt om de bestaande doelstellingen voorzien in de *ISLA Repair* nog verder aan te scherpen en te verzwaren, zeker niet wanneer men vaststelt dat deze op een hoger en nog strenger niveau geplaatst worden dan (i) het voorstel dat door Belgacom geformuleerd werd op marktniveau (terwijl de nieuwe verplichtingen per operator worden weerhouden) en dan (ii) de door Belgacom op marktniveau in het verleden gerealiseerde prestaties over een lange periode. Het is dan ook kennelijk ten onrechte dat het BIPT in punt 226 van de Beslissing aangeeft dat het het “*dus redelijk en evenredig [acht] om de timers en de toleranties van de doelstellingen die werden vastgelegd in de ISLA Repair te herzien, rekening houdend met het daadwerkelijk vastgestelde prestatieniveau*”. Die ongegronde beweringen, die overigens op geen redelijke feitelijke en objectieve vaststellingen berusten, brengen het BIPT uiteindelijk tot een arbitraire keuze van timers en doelstellingen die op geen enkele afdoende motivering berust en die Belgacom verplicht om verder investeringen te doen in een positieve discriminatie ten voordele van de alternatieve operatoren⁶³.

35. **Bijkomende overwegingen die de kennelijke onredelijkheid van het door het BIPT weerhouden standpunt aantonen.** Rekening houdend met de beginselen van kostenoriëntatie en evenredigheid, komt het aan het BIPT toe om aan te tonen dat het opgelegde dienstniveau in alle omstandigheden, inclusief vanuit een prospectief standpunt, op redelijke wijze haalbaar is, en dit zowel op marktniveau als op een “operator per operator”-basis.

Desbetreffend dient echter rekening gehouden te worden met het feit dat de aard van de hier betrokken dienst met zich meebrengt dat het gaat om een dienst waarin enkel beperkte volumes gehaald worden en waarvoor bijgevolg het hoger reeds vermeld statistisch risico nog sterker doorwerkt dan voor wat het geval is voor een standaard SLA (*Basic SLA*). Het BIPT houdt daarmee echter geenszins rekening en miskent aldus ook het voorzichtigheidsbeginsel en komt tot een kennelijk onredelijk resultaat dat niet afdoende gemotiveerd is en ook niet afdoende kan gemotiveerd worden.

Daarbij komt ook dat rekening moet gehouden worden met het feit dat het gaat om een dienst die op een 24/7 basis (zeven dagen per week en 24 uur op 24) dient geleverd te worden en die aldus significante kosten voor Belgacom met zich meebrengt, terwijl zij hiervoor enkel wordt vergoed door een maandelijkse vergoeding per lijn die zich onder haar reële kosten bevindt. Dit wordt met name al bevestigd door het feit dat de betrokken huurgelden (*rental fees*) ISLA die momenteel gelden niet meer aangepast en geactualiseerd werden voor een periode die nu al

Belgacom hoger ligt dan wat de werkelijkheid is. De Beslissing geeft overigens niet duidelijk aan wat de bron is van de betrokken informatie die vermeld wordt.

⁶³ Het standpunt van Belgacom dat het BIPT zich er in feite toe dient te beperken om uit te gaan van een niet-discriminatieverplichting voor diens evaluatie wordt overigens ook ondersteund in de *Best Practices* gepubliceerd door ERG die de Beslissing overigens op andere punten citeert: “*there should be assurance that access products will be of reasonable quality and that service levels (delivery times, ..., repair times, ...) will be reasonable and comparable with that provided to SMP player’s own business*” (vrij vertaald: “er dient verzekerd te worden dat de toegangsproducten van redelijke kwaliteit zullen zijn en dat de dienstniveaus (leveringstermijnen, ..., herstellingstijden, ...) redelijk zullen zijn en vergelijkbaar met die geleverd aan de eigen activiteiten van de SMP-speler”).

nagenoeg tien jaar bedraagt, terwijl alleen al de salariskosten gedurende die periode sterk toegenomen zijn⁶⁴.

Dit brengt met zich mee dat het met de redelijkheid niet te verenigen valt om zowel de ISLA-doelstellingen voor herstellingen als de daarmee gepaard gaande compensaties⁶⁵ (significant) te verhogen, zonder tegelijkertijd de huurgelden (*rental fees*) voor de *ISLA Repair* te herzien. Desbetreffend kan overigens verwezen worden naar wat de eigen consultant van het BIPT (Analysys Mason) terecht heeft kunnen aangeven in het kader van de consultatie rond het kostenmodel NGN/NGA wanneer deze aangaf dat “wanneer de OLO’s immers hogere financiële boetes willen bij een schending van de ISLA’s, dan zouden ze hogere gemiddelde kosten voor de ISLA’s moeten verwachten (aangezien een efficiënte operator meer ondersteunend personeel voor de ISLA zou tewerkstellen om het risico dat er hogere boetes worden opgelopen in geval van niet-nakoming van het niveau van dienstverlening te verminderen)”⁶⁶. Dit door de eigen consultant van het BIPT weerhouden principe kan en dient eenvoudigweg uitgebreid en toegepast te worden in het kader van een verhoging van de doelstellingen voor de *ISLA Repair*⁶⁷, terwijl het BIPT er in de Beslissing op geen enkele wijze rekening mee houdt en aldus nalaat om met de operationele gevolgen en de gevolgen op het vlak van de kosten van diens beslissing rekening te houden. De motivering van de Beslissing is aldus niet alleen gebrekkig; het BIPT schendt eveneens diens voorzichtigheidsplicht.

36. **Overige factoren waarmee het BIPT geen of niet-afdoende rekening heeft gehouden.** Naast de voormelde elementen heeft het BIPT eveneens nagelaten om met een reeks andere belangrijke factoren rekening te houden en die op een afdoende wijze in de Beslissing te verwerken. Deze elementen dragen bijkomend bij tot de

⁶⁴ Eén en ander wordt ook geïllustreerd door het kostenmodel dat door Belgacom aan het BIPT in 2011 is voorgelegd, doch dat tot op heden door het BIPT nog niet behandeld werd ...

⁶⁵ Zonder zelfs rekening te houden met wat in voetnoot 61 *supra* werd aangegeven, kan Belgacom daarbij ook opmerken dat de compensaties op grond van de *ISLA Repair* kunnen oplopen tot een bedrag dat meer dan tien keer hoger ligt dan de maandelijkse vergoeding voor een BRxx-lijn indien het gaat om een herstellticket waarvoor de drie nieuwe doelstellingen (4 uur, 8 uur en 24 uur) niet gehaald worden, terwijl de professionele klanten aan de *retailzijde* van Belgacom, in voorkomend geval, recht hebben op een vergoeding die gelijk is aan één maand abonnementsgeld binnen het aanbod Office&Go (en niet op twee maanden abonnementsgeld zoals de Beslissing verkeerdelijk in punt 225 aangeeft). Voor de goede orde voegt Belgacom ook nog toe dat, in tegenstelling tot wat het BIPT veronderstelt in punt 247 van de Beslissing, een gemist ticket over het algemeen niet zijn reden vindt in het niet-respecteren van de gemaakte afspraak aangezien het merendeel van de interventies in het kader van de *ISLA Repair* zich buiten een voorafgaandelijk gemaakte afspraak situeren aangezien ze zo spoedig mogelijk, en binnen zeer korte termijnen, dienen plaats te vinden. Bovendien zijn er sowieso in voorkomend geval bijzonder weinig gemiste afspraken.

⁶⁶ Analysys Mason, Verslag voor het BIPT, Raadplegingsdocument voor de NGN/NGA-ontwerpmodellen, 23 december 2011, p 34. Belgacom heeft overigens aan de consultant van het BIPT eveneens een *benchmark* kunnen bezorgen met de situatie in Frankrijk voor de *ISLA Repair* en deze vergelijking is meer dan sprekend: 22 euro in Frankrijk tegen 7,11 euro in België voor ULL, waarbij dan nog eens rekening dient gehouden te worden met de verschillende uitsluitingsclausules die in Frankrijk in het referentieaanbod van France Télécom voorzien zijn.

⁶⁷ Gelijkaardige beginselen werden overigens al door buitenlandse regulatoren weerhouden, zoals met name door de Britse regulator in een recente consultatie betreffende de vaste toegangsmarkten die van 19 december 2013 dateert.

kennelijke onredelijkheid van de weerhouden oplossing die aldus bijzonder onevenwichtig en onevenredig is.

De Beslissing wordt meer in het bijzonder gekenmerkt door de afwezigheid van antwoord op de argumenten en kritieken die Belgacom op een onderbouwde wijze naar voor heeft gebracht in het kader van de raadpleging en het verzoek om inlichtingen van het BIPT van juni 2013. Desbetreffend kan enkel vastgesteld worden dat de Beslissing geen elementen bevat die de juistheid en gegrondheid van de door Belgacom voorgedragen standpunten en redeneringen in vraag zouden kunnen stellen. Die opmerkingen werden dan ook niet in rekening gebracht door het BIPT.

Zo heeft Belgacom met name de aandacht kunnen vestigen op de bijzondere verantwoordelijkheid die de alternatieve operatoren dragen voor het kunnen respecteren van de *(I)SLA Repair*. Het gaat daarbij in het bijzonder om het feit dat Belgacom geconfronteerd wordt (blijft) met een zeer hoge ratio van zgn. *Wrongful Repairs* (ten onrechte verzochte herstellingen) die met zich mee brengen dat het nog moeilijker is om de timers te respecteren voor de herstellingen die wél terecht worden aangevraagd. Die onterechte verzoeken om over te gaan tot herstellingen, terwijl daar geen grond toe is, vereisen immers wel degelijk de inzet van middelen door Belgacom, inclusief in vele gevallen de (onnodige) tussenkomst van een technicus. Hetzelfde geldt met betrekking tot de zgn. negatieve stromen (of “*useless end-user visits*”/nutteloze bezoeken bij de eindgebruiker) waarbij het gaat om gevallen waarbij meerdere tussenkomsten vereist zijn en die veroorzaakt worden door de alternatieve operator of diens eindgebruiker (bijvoorbeeld, de klant die afwezig is, een site die niet toegankelijk is, en dergelijke meer). Ook die elementen werken telkens in het nadeel van Belgacom aangezien de herstelactiviteiten moeten verdubbeld worden doordat de tussenkomst van een eerste technicus zal moeten worden herhaald bij een tweede interventie, terwijl de klok tegen Belgacom loopt.

Wat de *Wrongful Repairs* betreft, kan worden toegevoegd dat het in beginsel aan de alternatieve operator toekomt om na te gaan of het probleem zich niet binnen zijn eigen veld van verantwoordelijkheid situeert alvorens een verzoek tot herstelling tot Belgacom te richten. Desalniettemin wordt vastgesteld dat de ratio voor onterechte verzoeken tot herstelling rond de 50% bedraagt. De reden hiervoor valt niet ver te zoeken aangezien het bedrag dat voor een compensatie inzake *Wrongful Repair* door de alternatieve operator dient gedragen te worden eenvoudigweg op een onvoldoende hoog niveau is bepaald⁶⁸ en die geenszins de aan de zijde van Belgacom veroorzaakte kosten dekt. Aldus wordt de alternatieve operator niet aangespoord om geen misbruik te maken van het herstellingsstelsel en worden door Belgacom onnodig en op inefficiënte wijze middelen ingezet die bijgevolg niet beschikbaar zijn om de doelstellingen te halen voor de herstellingen waarom wel terecht wordt verzocht.

Doordat bij de bepaling van de doelstellingen en/of de betaling van de compensaties onder de *ISLA* geen rekening gehouden wordt met de *Wrongful Repairs* laat het BIPT na om een noodzakelijke aansporing voor de alternatieve operator in het *ISLA*-

⁶⁸ Eén en ander werd ook al uiteengezet in emailberichten die in december 2012 aan het BIPT werden overgemaakt en waarin Belgacom een voorstel formuleerde voor het actualiseren van de vergoeding voor “*wrongful repair request*” (onterecht verzoek voor herstelling), doch dat tot op heden door het BIPT nog niet behandeld werd.

herstellingsstelsel in te bouwen (dat het aantal *Wrongful Repairs* significant zou kunnen drukken) en weerhoudt het een systeem dat kennelijk onevenwichtig en onredelijk is. Eén en ander strijdt overigens met wat het BIPT nochtans zelf heeft voorzien in de punten 1297 en 1430 van de basisbeslissing van 1 juli 2011 waarin het verwijst naar het feit dat een efficiënt herstellingsstelsel dat naar behoren werkt ook dient te kunnen rekenen op de medewerking van de alternatieve operator.

In de Bestreden Beslissing laat het BIPT echter kennelijk na om daarmee rekening te houden en legt het eenzijdig de verplichting van efficiëntie enkel en alleen aan de zijde van Belgacom⁶⁹, terwijl het eerder zelf al heeft aangegeven dat het bewerkstellingen van een efficiënte oplossing ook de (efficiënte) medewerking van de alternatieve operatoren vereist. Zulks is dan ook incoherent en tegenstrijdig en toont bijkomend aan dat de Beslissing niet afdoende gemotiveerd is en berust op een kennelijk onevenwichtig stelsel dat onredelijk is.

Wat de voormelde negatieve stromen (*useless end-user visits*) betreft, gaat het BIPT er kennelijk onterecht vanuit dat die voldoende in rekening zouden gebracht worden door het mechanisme van de zgn. *stop-clock* (of stilzetten van de lopende tijds klok). Het BIPT antwoordt desbetreffend niet op de opmerkingen die eerder al door Belgacom zijn geformuleerd en die er met name op wijzen dat een dergelijk stelsel voor haar volkomen onterecht enkel in haar nadeel werkt zonder dat zij daar enige vat op heeft. Het weerhouden stelsel komt er immers op neer dat de klok enkel wordt stilgezet en dat zij bij de tweede tussenkomst door Belgacom opnieuw begint te lopen vanaf het punt waarop zij werd stilgezet. Aldus wordt de onnodig bij de eerste interventie gebruikte tijd, waarvoor Belgacom geenszins verantwoordelijk is, nog steeds in het nadeel van Belgacom in rekening gebracht en loopt zij het risico om de timer niet te respecteren. Het weerhouden stelsel komt er aldus in feite op neer dat de timers voor Belgacom nog scherper worden gezet. Belgacom wordt daarbij overigens nog een tweede maal gepenaliseerd gelet op het feit dat in afdeling 9.1 van de Beslissing, het BIPT de mogelijkheid verwerpt voor Belgacom om op korte termijn te kunnen overgaan tot de facturatie van de negatieve stromen⁷⁰.

Er wordt in ieder geval op geen enkele redelijke wijze verklaard, laat staan gemotiveerd, waarom de tijd die gebruikt wordt voor het ingaan van de *stop-clock* ten laste van Belgacom zou dienen te komen, terwijl het gaat om een situatie die tot de verantwoordelijkheid van de alternatieve operator behoort⁷¹. Het moge duidelijk zijn dat het BIPT zich desbetreffend niet kan verschuilen achter het feit dat “*de negatieve stromen niet noodzakelijk het gevolg zijn van een opzettelijk manoeuvre van de*

⁶⁹ Zie met name de punten 214 en 219 van de Bestreden Beslissing. Incidenteel kan men ook de kennelijke tegenstrijdigheid opmerken in de redactie van punt 214 van de Beslissing, waarin verwezen wordt naar de kostoriëntatie van de dienst, en wat wordt aangegeven op pagina 53 van de BRxx 2010 beslissing van 11 augustus 2011, waarin wordt vermeld dat het gaat om een dienst die niet-kostengeoriënteerd is. Nochtans is de betrokken prijs van de *ISLA* in de tussentijd niet geëvolueerd. Ook dat wijst op een miskennis van de zorgvuldigheidsplicht en een gebrek aan afdoende motivering.

⁷⁰ Die weigering van het BIPT om Belgacom een dergelijke vergoeding te laten factureren is overigens kennelijk tegenstrijdig met de zgn. rechtvaardiging die het BIPT in punt 245 van de Beslissing tegen Belgacom inroept.

⁷¹ Voor de goede orde merkt Belgacom ook op dat het BIPT op geen enkele wijze aangeeft hoe het met de negatieve stromen rekening zou hebben gehouden bij de bepaling van de doelstellingen.

alternatieve operator” (punt 229 van de Bestreden Beslissing). Dergelijke overwegingen zijn immers irrelevant⁷² aangezien het gaat om omstandigheden die binnen de verantwoordelijkheid van de alternatieve operator vallen en die op generlei wijze aan Belgacom kunnen aangerekend worden, terwijl de Beslissing dit op kennelijk onterechte wijze wel doet.

Tenslotte verwijst Belgacom ook nog naar de internationale vergelijkingen die zij in juni 2013 aan het BIPT heeft meegedeeld in het kader van een verzoek om inlichtingen. Ook daarmee houdt de Bestreden Beslissing op geen enkele wijze rekening. Ook die vergelijkingen tonen nochtans aan dat de door het BIPT opgelegde verplichtingen kennelijk onredelijk en excessief zijn.

E. MIDDELEN BETREFFENDE DE VERPLICHTINGEN OPGELEGD INZAKE DE *BASIC SLA REPAIR*

37. **Bijkomende verplichting inzake de *Basic SLA Repair*.** Het BIPT acht het noodzakelijk dat er voor de alternatieve operatoren voldoende voorspelbaarheid zou bestaan voor wat betreft de herstellingstermijn voor de storingen die werden vastgesteld op de lijnen en legt een bijkomende garantie op door het niveau van de *repair tickets* (aanvragen voor herstellingen) die moeten worden opgelost voor het einde van de vierde halve werkdag na de melding van het incident, op te voeren naar 98%. Het gaat om een bijkomende verplichting aangezien Belgacom reeds in 90% van de gevallen een herstelling moet uitvoeren ten laatste voor het einde van de tweede halve werkdag na de melding van het incident. De overige 10% acht het BIPT niet verwaarloosbaar, wat een voldoende reden zou uitmaken om een bijkomende nieuwe verplichting op te leggen.
38. **Geen objectieve grond, laat staan noodzaak, voor de oplegging van de nieuwe verplichting die kennelijk onredelijk is.** Belgacom betwist deze bijkomende SLA-verplichting. Er bestaat geen redelijke grond, laat staan een noodzaak, om een nieuwe en bijkomende verplichting op te leggen voor de 10% zgn. “extreme gevallen”⁷³ die de eerder beoogde herstellingsdoelstelling overschrijden. Zoals hoger al aangegeven⁷⁴, dient de sectorregulator zich in essentie te baseren op het beginsel van de niet-discriminatie wanneer hij in deze materie wenst tussen te komen. Desbetreffend blijkt uit de KPI-gegevens (*Key Performance Indicators* of

⁷² Hetzelfde geldt overigens voor de andere overwegingen geformuleerd in punt 229 van de Beslissing waarin wordt beweerd dat “indien de alternatieve operator ervoor kiest om een maandelijkse bijdrage te betalen om de garantie te krijgen dat een herstelling wordt uitgevoerd binnen een tijdsspanne van 4 uur, dan kan redelijkerwijze verwacht worden dat deze operator even vanzelfsprekend zal geneigd zijn om er alles aan te doen opdat de lijn zo snel mogelijk zou hersteld zijn”. Indien die bewering juist zou zijn, zou overigens niet in te zien vallen hoe het komt dat de ratio van *Wrongful Repairs* zo’n 50% bedraagt bij de *ISLA Repair*. Als de betrokken overwegingen al iets aantonen, dan is het veeleer de ingesteldheid van het BIPT die op kennelijk onevenredige en onevenwichtige wijze de *ISLA*-verantwoordelijkheid volledig bij Belgacom tracht te leggen “omdat de alternatieve operator toch iets betaalt”. Voor dergelijke benadering bestaat geen enkele redelijke en objectieve rechtvaardiging.

⁷³ Bestreden Beslissing, punt 262.

⁷⁴ Inclusief onder verwijzing naar het standpunt van ERG in diens *Best Practices* die hoger al geciteerd werden en waarnaar de Beslissing in verschillende passages verwijst, doch niet op het hier centraal staande punt.

kwaliteitsniveau van de dienstverlening)⁷⁵ die Belgacom ten vertrouwelijke titel aan het BIPT heeft overgemaakt en uit de gegevens die zij op haar website publiceert dat Belgacom de groothandelsdiensten waarover het hier gaat al op zeer significante wijze positief “discrimineert” in vergelijking met haar eigen eindgebruikersdiensten. Er kan haar bijgevolg geen enkel verwijt gemaakt worden betreffende het voldoen aan haar verplichtingen met betrekking tot toegang, niet-discriminatie en transparantie, zodat er geen redelijke feitelijke of rechtsgrond bestaat voor de nieuw opgelegde verplichting.

Bovendien dient ook opgemerkt te worden dat men hier, in tegenstelling tot wat bij de *ISLA Repair* het geval is en die betrekking heeft op de professionele klanten, te maken heeft met de brede markt van de residentiële eindgebruikers waarbinnen Belgacom geen enkele SLA op eindgebruikersvlak aanbiedt. Vanuit dat oogpunt wordt het nog moeilijker om in te zien op welk vlak er zich enige vorm van discriminatie of nadelige behandeling ten nadele van de alternatieve operatoren zou voordoen.

De nieuw opgelegde verplichting is ook kennelijk onredelijk in de mate dat zij er *de facto* op neer komt dat Belgacom zou verplicht worden om verder positief te discrimineren in het voordeel van de alternatieve operatoren en zo de kloof tussen haar eigen eindgebruikersdiensten en de diensten geleverd aan de alternatieve operatoren in haar eigen nadeel verder zou dienen uit te diepen. Zulks is ook niet verenigbaar met het evenredigheidsbeginsel en creëert een bijkomend onevenwicht ten nadele van Belgacom waarvoor geen enkele redelijke grond bestaat.

De Bestreden Beslissing, die ook onvoldoende gemotiveerd is, dient omwille van de voormelde redenen dan ook vernietigd te worden op het punt van deze bijkomende verstrenging van de verplichtingen die aan Belgacom opgelegd wordt.

39. **Bijkomende overwegingen die het kennelijk onredelijk en onevenredig karakter van de opgelegde verplichting aantonen.** Bij de beoordeling van de bijkomend opgelegde verplichting dient ook rekening gehouden te worden met het feit dat het BIPT de verantwoordelijkheid voor en de impact van de *Wrongful Repairs*⁷⁶ en de negatieve stromen (veroorzaakt door de alternatieve operator of door zijn klant; bijvoorbeeld, site ontoegankelijk, klant afwezig) eveneens integraal doorschuift naar Belgacom (binnen een stelsel dat op zich al significant verzwaaard is door de toepassing van de doelstellingen en de compensatie op een “per operator”-basis⁷⁷). Zoals al aangegeven, hebben deze factoren – die geenszins binnen het veld van verantwoordelijkheid van Belgacom vallen maar binnen de taken en verantwoordelijkheden die de alternatieve operatoren op zich dienen te nemen –, onbetwistbaar een negatieve impact op de prestaties van Belgacom en maken zij het Belgacom bijkomend moeilijk om de reeds bestaande doelstellingen, en *a fortiori* de nieuwe, nog verstrengde, doelstellingen te kunnen respecteren. Door met deze

⁷⁵ Zie met name Bijdrage van Belgacom van 8 februari 2013 in het kader van de openbare raadpleging aangaande de ontwerpbeslissing BRxx 2012 van de Raad van het BIPT, in het bijzonder pagina 51.

⁷⁶ Voor de brede markt voor residentiële eindgebruikers bedraagt de gemiddelde ratio van *Wrongful Repairs* nog steeds een zorgwekkend hoog niveau van zo'n 30%.

⁷⁷ Zie hierover ook de specifieke middelen die al in afdeling II.C *supra* werden behandeld.

factoren op geen enkele wijze rekening te houden, voorziet het BIPT geen enkele aansporing voor de alternatieve operatoren om hun eigen verantwoordelijkheden en taken op te nemen en op efficiënte wijze uit te voeren. Aldus creëert het BIPT een stelsel dat eenzijdig, onevenwichtig en kennelijk onredelijk is in het nadeel van Belgacom zowel voor wat het respecteren van de opgelegde doelstellingen betreft als voor wat de dienstverlening naar haar eigen eindgebruikers betreft (die lijdt onder de verplichtingen die haar op groothandelsvlak worden opgelegd).

Het standpunt van het BIPT aangaande de al dan niet koppeling van het SLA-percentage aan het aantal *Wrongful Repairs* is overigens sinds 2007 incoherent en valt niet redelijkerwijze te begrijpen. In 2007 was het BIPT voorstander van een *SLA-timer* waarvan het percentage is vastgesteld in functie van het totaal aantal *Wrongful Repairs*. In de ontwerpbeslissing BRxx 2012, gaf het BIPT dan aan voorstander te zijn van een SLA toepasselijk op individueel niveau waarvan het percentage is vastgesteld in functie van het aantal *Wrongful Repairs* van elke alternatieve operator teneinde rekening te houden met hun impact op de betreffende SLA. Uiteindelijk weerhoudt het BIPT dan een diametraal tegenovergesteld standpunt in de Bestreden Beslissing en het bepaalt daarbij het SLA-percentage op individueel niveau met een bijkomende garantie van een aanvullende doelstelling (98%) zonder rekening te houden met de impact van de *Wrongful Repairs*, waarbij één en ander dan nog eens strijdt met wat het BIPT aanvaard heeft in de bijlagen bij de SLA's die door het Instituut zijn goedgekeurd en die het toepassingsgebied van de SLA's betreffen. Daarin wordt nochtans duidelijk gewezen op het feit dat de medewerking van de alternatieve operator vereist is. In de Bestreden Beslissing valt daarvan echter geen spoor terug te vinden en wordt een eenzijdig en onevenwichtig stelsel van dienstgaranties aan Belgacom opgelegd. Die "oplossing", die overigens geen rekening houdt met en op generlei wijze antwoordt op de opmerkingen die Belgacom had ingediend (inclusief, onder andere, de gegevens van internationale vergelijking (*benchmarking*) die Belgacom had overgemaakt), is kennelijk onredelijk en in strijd met de voorschriften van het reglementair kader.

F. MIDDELEN BETREFFENDE DE VERPLICHTINGEN OPGELEGD INZAKE DEFECTE LIJN ALS GEVOLG VAN EEN RECENTE INSTALLATIE (*NON FIRST TIME RIGHT*)

1. Beschrijving van de verplichtingen

40. **Context.** In de BRxx 2010 Beslissing, heeft het BIPT aan Belgacom de verplichting opgelegd om een compensatie te betalen aan de alternatieve operatoren in geval van gebrekkige installatie van een lijn waarvoor Belgacom verantwoordelijk is. Het bedrag van die vergoeding is gelijk aan de installatievergoeding voor de lijn (= gratis installatie)⁷⁸.

Op deze basis, voorziet het referentieaanbod van Belgacom in een compensatie voor de alternatieve operatoren voor iedere lijninstallatie die een defect vertoont binnen de 14 kalenderdagen na de afsluiting van de interventie door de technicus. In de praktijk wordt een lijn beschouwd als zijnde defect als gevolg van de installatie (wat begrepen wordt onder de uitdrukking *Non First Time Right*) indien binnen een termijn van 14

⁷⁸ Besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2011 betreffende de referentieaanbiedingen BRUO/BROBA/WBA VDSL2/BROTSOLL 2010, punten 199 tot 216.

kalenderdagen na de installatie een *repair*-ticket werd geopend door de alternatieve operator en indien het incident zich bevindt op het toegangsnetwerk van Belgacom en indien het veroorzaakt werd door Belgacom of door een derde die werkt voor Belgacom.

41. **Aan Belgacom opgelegde verplichtingen.** Het BIPT legt in de Bestreden Beslissing aan Belgacom nieuwe SLA-verplichtingen inzake *First Time Right* op⁷⁹. Die worden in de Beslissing in het bijzonder als volgt samengevat:

Het BIPT legt de doelstelling voor het kwaliteitsniveau van de dienstverlening wat betreft defecte lijnen als gevolg van een recente installatie als volgt vast:

Te behalen doelstelling	Lijnen die in overweging moeten worden genomen voor de evaluatie van de doelstelling
98%	Lijnen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 - installatie met bezoek Lijnen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 - installatie zonder bezoek (met uitsluiting van de defecten aan de KVD/LDC, de invoerdoos en het NTP)
93%	Lijnen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 - installatie zonder bezoek (met inbegrip van alle defecten)

Het BIPT verplicht Belgacom eveneens om in de bijlage *Basic SLA* de bovenstaande doelstellingen, alsook de nadere regels in verband met de compensaties die reeds opgenomen zijn in het hiertoe opgestelde referentieaanbod, op te nemen in een nieuwe SLA “*First Time Right Provisioning*” betreffende de betrouwbaarheid van de recente installaties.

2. Uiteenzetting van de middelen

42. **Overzicht van de uiteenzetting.** Belgacom toont in de onderhavige afdeling de onwettigheid aan van de *SLA First Time Right Provisioning* doelstelling van 98% voor installaties die een bezoek van de Belgacom technicus bij de eindklant vereisen evenals de installaties die geen afspraak vereisen en waarvoor het gebrek zich bevindt op het niveau van de LEX (2.1) en de doelstelling *SLA First Time Right Provisioning* van 93% voor installaties zonder bezoek van een Belgacom technicus bij de eindklant en die alle gebreken insluiten (2.2).

2.1 Onwettigheid van de *SLA First Time Right Provisioning* doelstelling van 98%

43. **Onredelijk, onevenredig en discriminatoir karakter van de verplichting.** De *SLA First Time Right Provisioning* doelstelling van 98% zoals voorzien en opgelegd door het BIPT in de Bestreden Beslissing is strijdig met de voorwaarden voorzien in het reglementair kader voor het opleggen van *ex ante* maatregelen aangezien zij kennelijk onredelijk en disproportioneel is.

⁷⁹ Bestreden Beslissing, punten 358 tot 377.

Ten eerste, is de door het BIPT opgelegde doelstelling onredelijk en disproportioneel aangezien zij geenszins de technische en operationele werkelijkheid, die in de praktijk wordt vastgesteld, noch de mogelijkheden van het netwerk en van de technische teams van Belgacom reflecteert. Het BIPT is hiervan nochtans goed op de hoogte aangezien de verslagen over de SLA-verbintenissen die Belgacom aan het Instituut op geregelde basis overmaakt duidelijk aantonen dat de doelstelling van 98% door Belgacom in 2013 nooit werd bereikt.

Deze doelstelling van 98% voor de *SLA First Time Right Provisioning* staat trouwens haaks op de oplossing die door het BIPT werd weerhouden voor de *ISLA Repair*, waarvoor de regulator daarentegen in de Beslissing aangeeft dat het “redelijk en evenredig [was] om de timers en de toleranties van de doelstellingen die werden vastgelegd (...) te herzien, rekening houdend met het daadwerkelijk vastgestelde prestatieniveau”⁸⁰. Een dergelijke benadering aangaande de *SLA First Time Right Provisioning* ontbreekt bijgevolg ook de vereiste objectiviteit en afdoende motivering aangezien bij de beoordeling door de regulator telkens een variabel criterium in het nadeel van Belgacom weerhouden wordt.

Daar komt ook nog eens bovenop dat de doelstelling van 98% des te minder redelijk, evenredig en realistisch is wanneer men rekening houdt met het feit dat de alternatieve operatoren over 14 kalenderdagen beschikken om een gebrekkige lijn te melden – wat een relatief lange periode uitmaakt en bijgevolg resulteert in een bepaalde onzekerheid betreffende de oorsprong van het vastgestelde gebrek –, en met de invloed van bepaalde externe en omgevingsfactoren zoals het optreden van corrosie in het netwerk of enige andere factor die aan de oorsprong kan liggen van wat in feite (automatisch) als een gebrekkige tussenkomst wordt aangemerkt. Een foutmarge van slechts 2%, zoals die toegestaan in de Beslissing, is kennelijk onvoldoende en onredelijk om met het geheel van die factoren rekening te houden.

In feite was een doelstelling van 95% voor *SLA First Time Right Provisioning* ruim afdoende en voldoende geweest aangezien dit, enerzijds, redelijk dicht het niveau benadert van de technische realisatie die werkelijk wordt vastgesteld in de praktijk op het terrein (en die al een positieve discriminatie inhoudt in het voordeel van de groothandelsdiensten in vergelijking met de eindgebruikersdiensten van Belgacom) en dit, anderzijds, zou hebben overeengestemd met de vaststellingen gedaan door het BIPT tijdens de openbare raadpleging⁸¹ en, in een perspectief van internationale vergelijking, met de standaardpraktijk van andere regulatoren. Belgacom zal hierop terugkomen in de volgende paragraaf.

Ten tweede, is de door het BIPT opgelegde doelstelling van 98% eveneens kennelijk onredelijk en disproportioneel aangezien dat objectief verder gaat dan de doelstelling van niet-discriminatie die, zoals hoger reeds vermeld, nochtans de basisgrondslag uitmaakt voor de tussenkomst van de regulator.

⁸⁰ Bestreden Beslissing, punt 226.

⁸¹ Aldus heeft het BIPT betreffende de responstijd van het stelsel *Open Calendar* op algemene wijze in diens ontwerpbeslissing het volgende kunnen erkennen: “[e]en nalevingspercentage van 95% is redelijk voor de Basic SLA”.

Belgacom, kan inderdaad enkel maar vaststellen dat het door het BIPT opgelegde niveau van dienstverlening voor de *SLA First Time Right Provisioning* zeer beduidend hoger ligt dan het niveau van performantie dat door Belgacom bereikt wordt in het kader van haar eigen commerciële aanbiedingen op eindgebruikersvlak. Het BIPT is nochtans goed op de hoogte van het bestaan van deze vorm van positieve discriminatie ten voordele van de alternatieve operatoren aangezien de verslagen betreffende de KPI's die Belgacom op regelmatige basis aan het Instituut overmaakt, aantonen dat de realisaties van Belgacom inzake *First Time Right Provisioning* voor BRxx-producten systematisch hoger liggen dan die voor de eigen *retail*afdeling van Belgacom. Om die reden is de tussenkomst van het BIPT niet enkel onredelijk en disproportioneel, maar ontbreekt het haar eveneens aan iedere rechtsgrond.

Ten derde, is de door het BIPT opgelegde performantiedoelstelling van 98% eveneens onredelijk en discriminerend wanneer men dit vergelijkt met de foutmarge die door het Instituut lijkt te worden aanvaard op het vlak van *Wrongful Repairs*, d.w.z. de verzoeken tot herstelling die ten onrechte bij Belgacom worden ingeleid omdat de verantwoordelijkheid daarvoor bij de alternatieve operator kan worden gelegd.

Het is inderdaad nuttig om in deze context op te merken dat daar waar het BIPT inzake de *SLA Non First Time Right* enkel een uiterst beperkte foutmarge van 2% aanvaardt, deze laatste blijkbaar een veel hogere foutmarge inzake *Wrongful Repairs* lijkt te tolereren (wanneer het gaat om zaken die binnen het domein van verantwoordelijkheid van de alternatieve operatoren vallen). Van Belgacom wordt immers een bijna volledig foutloos parcours verwacht (2% afwijking toegestaan), terwijl de regulator het zelfs niet nodig acht om effectief tussen te komen ten aanzien van *Wrongful Repair*-percentages die van 30 tot 50% lopen en waarvoor de verantwoordelijkheid bij de alternatieve operator ligt en die Belgacom onnodig en nutteloos belasten.

Eén en ander illustreert dat de aan Belgacom opgelegde doelstellingen niet op objectieve en redelijk onderbouwde criteria berusten, maar eerder uitgaan van een eenzijdige tenlastelegging van verplichtingen aan Belgacom, terwijl een efficiënte dienstverlening nochtans de medewerking van alle operatoren vereist.

Omwille van alle hierboven aangehaalde redenen, is de door het BIPT opgelegde doelstelling van 98% voor de *SLA First Time Right Provisioning* kennelijk onredelijk en disproportioneel zodat de Beslissing op dit punt dient vernietigd te worden.

44. **Gebrekkige motivering inzake de *benchmark* gebruikt door het BIPT.** In het kader van de openbare raadpleging had Belgacom op basis van een internationale vergelijking (*benchmark*) aangetoond dat een doelstelling van 95% voor *SLA First Time Right Provisioning* een redelijke doelstelling uitmaakt, die overeenkomt met een standaardpraktijk in andere lidstaten van de Europese Unie.

Het BIPT verwerpt deze argumentatie van Belgacom in de Bestreden Beslissing ten onrechte en tracht diens standpunt inzake het beweerdelijk redelijk en evenredig karakter van de opgelegde doelstelling van 98% te rechtvaardigen op basis van een onjuiste en misleidende voorstelling van de situatie die zich voordoet in Nederland,

Denemarken en Frankrijk⁸². Het BIPT laat desbetreffend inderdaad na om rekening te houden met een aantal factoren en fundamentele elementen betreffende het regulatorische regime dat in de voornoemde lidstaten werd geïmplementeerd en deze foutieve benadering van het BIPT brengt met zich dat de motivering van de Beslissing kennelijk gebrekkig en niet afdoende is. Eén en ander wordt hierna beknopt geïllustreerd.

Wat Nederland betreft, laat het BIPT eerst en vooral na te verduidelijken dat de betaling van compensaties door de historische operator (KPN) op algemene wijze afhangt van en bepaald wordt door de kwaliteit van de *forecasts* (geschat volume) en de *ordering* (bestellingen) van de alternatieve operatoren, wat een duidelijk verschil uitmaakt met de in België geldende situatie, waar de *forecasts* niet worden gemaakt door de alternatieve operatoren maar door Belgacom zelf.

Vervolgens, wat meer bepaald de installaties van gebrekkige lijnen betreft, voorziet de referentieaanbieding voor *ontbundeling* van KPN, in tegenstelling tot wat het BIPT beweert, geen enkele compensatie op dit vlak. Het is slechts in geval van laattijdigheid bij de lijninstallatie dat de referentieaanbieding voor ontbundeling van KPN in de betaling van een compensatie voorziet, en niet in geval van een gebrekkige installatie⁸³. Dit maakt ontegensprekelijk een belangrijk verschil uit in vergelijking met de regulering die in België is opgelegd en die voorziet in het feit dat de installatie gratis is in geval van gebrekkige installatie en daarnaast ook nog een vergoeding oplegt in geval van laattijdigheid van de installatie van de lijn.

Wat de referentieaanbieding voor *bitstream* van KPN betreft, is het weliswaar zo dat een SLA-doelstelling voor "*leverbetrouwbaarheid*" is voorzien van 96% (wat op zich al minder is dan 98%). Het BIPT laat echter na te vermelden dat deze doelstelling direct afhankelijk is van het feit dat geen enkele afwijking op het vlak van de overgemaakte *forecast* wordt vastgesteld: "*Bij elke procent afwijking van de forecast wordt het serviceniveau voor leverbetrouwbaarheid met hetzelfde percentage omlaag bijgesteld*"⁸⁴. Anders gezegd, de SLA-doelstelling voor de installatie van een *bitstream*-lijn is lager of gelijk aan 96%, afhankelijk van de kwaliteit van de *forecast* aangeleverd door de alternatieve operator.

Daaruit volgt dat de verwijzing door het BIPT naar de regulering in Nederland om het zgn. redelijk en evenredig karakter van de opgelegde SLA-verplichting van 98% te rechtvaardigen, zoals die in de Beslissing aan Belgacom wordt opgelegd, geenszins een afdoende motivering kan uitmaken.

Wat Denemarken betreft, stelt Belgacom eerst en vooral vast dat de doelstelling voor "*Leveringsprecision*" (leveringsbetrouwbaarheid) die het percentage van bestellingen bepaalt die zonder fout en op de afgesproken datum moeten geleverd worden door de historische operator (TDC) slechts 95% bedraagt⁸⁵. Daar komt nog

⁸² Bestreden Beslissing, punten 364 en 365.

⁸³ KPN Reference Offer for MDF Access Services, Service Level Agreement Ordering and Provisioning, versie 5.0, 31 mei 2010, sectie 4, paragraaf 4.10, en sectie 5, p. 7.

⁸⁴ KPN Annex 3 Procedures en Servicenniveaus Wholesale Broadband Access, versie 3.4, 1 februari 2013, sectie 5.11, p. 23.

⁸⁵ TDC Bilag 4 Service Level Agreement for rå kobber og delt rå kobber, 1 januari 2012, sectie 4, p. 3.

bovenop – en het BIPT laat na dit in de Bestreden Beslissing te vermelden – dat de termijn binnen dewelke de evaluatie van gebrekkige lijnen dient te gebeuren is vastgelegd op 3 werkdagen vanaf de levering, wat een termijn is die zo'n viermaal korter is dan de termijn van 14 kalenderdagen die in België van toepassing is. Een dergelijk verschil is allesbehalve verwaarloosbaar.

Deze elementen tonen bijgevolg aan dat de in Denemarken geldende regulering geenszins als grondslag kan dienen of een rechtvaardiging kan vormen voor de SLA-doelstelling van 98% opgelegd door het BIPT aangezien de doelstelling die in Denemarken is opgelegd zich onbetwistbaar onder een dergelijk prestatieniveau bevindt.

Wat Frankrijk betreft, dient te worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot wat het BIPT in de Bestreden Beslissing aangeeft, de performantie gerealiseerd door de historische operator (Orange) deze van Belgacom niet overstijgt, zelfs wanneer een termijn van 30 kalenderdagen wordt gebruikt voor de beide operatoren teneinde voldoende vergelijkbare vergelijkingscriteria te gebruiken.

Inderdaad, indien men voor de twee betrokken operatoren het percentage van signaleringen (van defecten) betreffende lijnen zonder spraak⁸⁶ geleverd sedert minder dan 30 kalenderdagen vergelijkt, dan stelt men vast dat, enerzijds, de prestaties van Belgacom in de meerderheid van de gevallen die van Orange overtreffen en, anderzijds, dat de prestatieniveaus van Orange systematisch lager liggen dan 98% en 95%. Aldus, is de bewering van het BIPT dat *“de doelstellingen die behaald werden in Frankrijk [aantonen] dat een efficiënte operator een meer ambitieuze doelstelling moet kunnen nastreven dan de doelstelling die Belgacom wenst toe te passen in zijn referentieaanbiedingen”*⁸⁷ kennelijk onjuist.

Bovendien, stelt Belgacom vast dat de bewering van het BIPT dat *“de compensatie in de referentieaanbiedingen van Orange toepasbaar [is] voor alle gevallen van productiedefecten”* niet correct blijkt te zijn; minstens wordt ze niet aangetoond in de mate dat de referentieaanbieding van Orange voor ontbundeling aangeeft dat de compensatie voor *“défauts de production”* (productiedefecten) *“onderworpen is aan de algemene voorwaarden zoals beschreven in de toegangsovereenkomst”*⁸⁸.

Uit het geheel van wat voorafgaat, volgt bijgevolg dat de *benchmark* die door het BIPT werd gemaakt kennelijk gebaseerd is op vooringenomen en onjuiste elementen en beoordelingen zodat die vergelijking geenszins de beweerdelijk redelijke en proportionele aard van de SLA-doelstelling van 98% kan rechtvaardigen. Wel integendeel, de analyse van de geldende regulering in de drie door het BIPT geciteerde lidstaten toont duidelijk aan dat de SLA-doelstelling betreffende de

⁸⁶ De lijnen zonder spraak maken in België de meerderheid uit van de geïnstalleerde basis voor BRxx-producten.

⁸⁷ Bestreden Beslissing, punt 365.

⁸⁸ Referentieaanbieding voor toegang tot de lokale lus van Orange, 20 december 2013, p. 108: *“La pénalité due par Orange (...) pour défaut de production (...) est soumise aux conditions préalables telles que décrites dans la convention d'accès”* (vrij vertaald: *“De compensatie verschuldigd door Orange (...) in geval van productiegebrek (...) is onderworpen aan de algemene en voorafgaandelijke voorwaarden zoals beschreven in de toegangsovereenkomst”*).

levering van gebrekkige lijnen in de betrokken landen onder dit prestatieniveau ligt. De motivering die door het BIPT naar voren wordt geschoven is bijgevolg niet enkel onjuist, maar eveneens niet passend, zodat de Bestreden Beslissing op de door Belgacom betwiste punten dient te worden vernietigd.

2.2 Onwettigheid van de *SLA First Time Right Provisioning* doelstelling van 93%

45. **Context.** De *Do It Yourself*-installaties kunnen door de alternatieve operatoren worden gevraagd wanneer een bezoek door een technicus van Belgacom bij de eindgebruiker niet vereist is, wat met name niet het geval is, onder meer, wanneer een *Network Termination Point* (NTP) (dit is de Belgacom-aansluitdoos die zich bij de eindklant bevindt) dient te worden geïnstalleerd⁸⁹.

Of een NTP al dan niet dient te worden geïnstalleerd, wordt in essentie bepaald door de alternatieve operatoren, op wie de verplichting rust om desbetreffend bij hun klanten bepaalde informatie in te winnen. Belgacom kan niet tussenkomen in dit informatieproces aangezien het haar strikt verboden is in contact te treden met de klanten van de alternatieve operatoren.

Het succes van een *Do It Yourself*-installatie hangt dus in de praktijk af van Belgacom (verificatie van de beschikbare documentatie betreffende de technische situatie van de lijn), de alternatieve operator (bevraging van zijn klant en kwaliteit van de filtering) en de eindklant van de alternatieve operator (kwaliteit van de informatie overgemaakt aan zijn/haar operator). Anders gezegd, het *Do It Yourself*-installatieproces hangt in hoofdzaak af van een risico en een verantwoordelijkheid die gedeeld worden tussen de drie voornoemde partijen.

In de Bestreden Beslissing, legt het BIPT aan Belgacom een *SLA First Time Right Provisioning* doelstelling van 93% op voor *Do It Yourself*-installaties, die alle gebreken insluiten.

46. **Kennelijk onredelijk en onevenredig karakter van de opgelegde verplichting.** De door het BIPT opgelegde verplichting is kennelijk onredelijk en disproportioneel in de mate dat zij betrekking heeft op alle installatiegebreken, terwijl Belgacom slechts in staat is om dat deel van de verantwoordelijkheid te controleren dat inherent verbonden is aan de tussenkomsten van haar eigen technische teams.

Uit één en ander vloeit voort dat Belgacom in de Beslissing verantwoordelijk wordt gesteld voor elementen waarvoor de verantwoordelijkheid bij de alternatieve operatoren of hun klanten ligt en waarover zijzelf bijgevolg geen controle heeft. Zoals hoger reeds vermeld, is Belgacom immers niet in staat om de informatie te controleren die de alternatieve operatoren opvragen bij hun eindklanten om te bepalen of al dan niet een NTP dient te worden geïnstalleerd.

Echter, via de opgelegde verplichting zou Belgacom verplicht worden een compensatie te betalen voor een gebrekkige installatie in de hypothese waarin de installatie van een NTP noodzakelijk was, maar waarin deze noodzaak niet werd vastgesteld omwille van het feit dat de alternatieve operator die de lijn bestelde bij

⁸⁹ Bestreden Beslissing, punt 361.a.ii.

zijn klant desbetreffend geen informatie, of minstens geen afdoende informatie, heeft ingewonnen.

De hier door Belgacom bestreden verplichting is bijgevolg kennelijk onredelijk en disproportioneel aangezien zij de essentie zelf van het *Do It Yourself*-installatieproces, dat gebaseerd is op een gedeeld risico en een gedeelde verantwoordelijkheid, volkomen negeert.

Het standpunt van het BIPT is op dit punt overigens tegenstrijdig, aangezien in de ontwerpbeslissing die ter openbare raadpleging werd voorgelegd, de regulator expliciet het beginsel van gedeeld risico in herinnering had gebracht en had aangedrongen op de verantwoordelijkheid van de alternatieve operatoren betreffende de al dan niet aanwezigheid van een NTP bij hun klanten:

“Het BIPT stelt vast dat Belgacom retail op zijn website aan alle klanten zonder voorafgaande verificatie de keuze biedt tussen een installatie door een technicus of een Do It Yourself-installatie. Op de website van Belgacom wordt de mogelijke klant overigens uitdrukkelijk gevraagd of hij ermee instemt zich te vergewissen van de interne bekabeling van zijn woning zonder een controle uit te voeren van de daadwerkelijke verbinding tussen de invoerkabel en de interne bekabeling van de woning. Dit betekent dus dat alle potentiële klanten van Belgacom buiten de gevallen waarvoor een voorafgaande aansluiting nodig is, mogen vragen om een Do It Yourself-installatie uit te voeren. Overeenkomstig het non-discriminatiebeginsel ziet het BIPT dus geen bezwaren tegen het feit dat een alternatieve operator eveneens systematisch een Do It Yourself-installatie vraagt, aangezien hij overigens de verantwoordelijkheid op zich neemt voor het eventuele ontbreken van het NTP bij de klant en voor de technische situatie binnen het gebied van verantwoordelijkheid die op hem rust overeenkomstig de referentieaanbiedingen”⁹⁰.

Ter vergelijking, merkt Belgacom ook nog op dat in de landen waar een compensatie bestaat voor de installatie van een gebrekkige lijn, de *First Time Right Provisioning* indicator enkel het deel van de verantwoordelijkheid van de historische operator in het installatieproces beoogt te meten. In Frankrijk, bijvoorbeeld, vermelden de door Orange gepubliceerd KPI-verslagen enkel de gebrekkige installaties waarvoor de oorzaak aan Orange (France Télécom) is toe te schrijven: “*Taux de signalisations sur les parcs livrés depuis moins d’un mois – cause FT*”⁹¹.

In het licht van alle voormelde elementen dient besloten te worden dat de door het BIPT opgelegde verplichting kennelijk onredelijk en onevenredig is zodat de Beslissing op dit betwiste punt dient vernietigd te worden. Het is kennelijk onredelijk en het kan niet redelijkerwijze gerechtvaardigd worden dat Belgacom een verantwoordelijkheid opgelegd krijgt en dient te dragen voor factoren die niet binnen haar controle vallen.

⁹⁰ Ontwerpbeslissing van 4 december 2012, punt 139 (Belgacom onderlijnt).

⁹¹ Belgacom onderlijnt, vrij vertaald: “Percentage van signaleringen voor de parken geleverd sedert minder dan een maand – oorzaak FT”.

47. **Onjuiste en niet passende motivering.** Het BIPT rechtvaardigt de SLA *First Time Right Provisioning* doelstelling van 93% eveneens “*omdat anders Belgacom geen enkele stimulans zou hebben om een afdoende kwaliteit van interventie te waarborgen*”⁹².

De door het BIPT aangebrachte motivering is op dit punt kennelijk niet passend en onjuist aangezien elke niet succesvolle installatie een bijkomende kost oplevert die Belgacom zoveel mogelijk wenst te vermijden, wat voor haar op zich reeds een voldoende stimulans vormt om een kwaliteitsvolle dienst te leveren.

G. MIDDELEN BETREFFENDE DE REGELING INZAKE DE VERGOEDING VOOR ONNODIG BEZOEK VAN DE TECHNICUS BIJ DE EINDKLANT

48. **Weigering van herziening van de vergoeding.** Terwijl het BIPT in afdeling 9.3 van de Bestreden Beslissing weliswaar het voorstel goedkeurt om een onderscheid te maken tussen de vergoedingen voor onnodige bezoeken (met of zonder verplaatsing van de technicus), voegt het BIPT het volgende toe: “*Het BIPT vraagt echter aan Belgacom om beide bijdragen te behouden op het bedrag van € 20,59, dat nu geldt*”⁹³. Dit komt neer op een weigering tot herziening van het niveau van de betrokken vergoedingen, die zou worden uitgesteld “*tot het BIPT een kwantitatief besluit genomen heeft in het kader van het dossier over de herziening van het kostenmodel*”⁹⁴.

49. **Kennelijk onredelijk en tegenstrijdig standpunt dat discriminatoir is ten aanzien van Belgacom.** De weigering van het BIPT vormt een bijkomende veruitwendiging van het eenzijdig, disproportioneel en onevenwichtig stelsel dat door de Bestreden Beslissing gecreëerd wordt en dat in de hoger vermelde middelen al betwist werd. Alle lasten voor Belgacom worden verzwaaard en de gevallen waarin zij vergoedingen zal dienen te betalen worden uitgebreid, daar waar geen initiatief wordt genomen om enige aansporing te geven tot een toename in de efficiëntie aan de zijde van de alternatieve operatoren.

Terwijl, zoals hoger al aangegeven, het BIPT in de Kaderbeslissing van 1 juli 2011 erkent dat een efficiënte dienstverlening vereist dat de tussenkomsten van de alternatieve operator eveneens efficiënt zijn, weigert het BIPT inderdaad de nodige maatregelen te nemen om enige aansporing aan de alternatieve operatoren te geven om dit objectief te realiseren, en aanvaardt het daarentegen een stelsel verder te bestendigen waarvan het weet dat het niet te verenigen valt met het beginsel van de kostenoriëntatie en dat het een ongerechtvaardigd voordeel verschaft aan de alternatieve operatoren ten laste van Belgacom aangezien haar verboden wordt om haar kosten te recupereren.

Belgacom heeft het BIPT nochtans al sinds december 2010, in het kader van de discussies betreffende BRxx 2010 verzocht om dringend werk te maken van de herziening van de betrokken vergoedingen die zich kennelijk onder de bij Belgacom

⁹² Bestreden Beslissing, punt 370.

⁹³ Bestreden Beslissing, punt 413.

⁹⁴ Bestreden Beslissing, punt 412.

veroorzaakte kosten bevinden en die er toe leiden dat Belgacom gevraagd wordt om (overigens totaal onnodig en op onnuttige wijze) de activiteiten van de alternatieve operatoren te subsidiëren. Belgacom heeft daarna nog herhaaldelijk bij het BIPT aangedrongen om deze herziening uit te voeren, mede gelet op het feit dat ieder ander door Belgacom genomen initiatief om de ratio van *Customer Absent* (klant afwezig bij bezoek door de technicus) terug te dringen zonder enig noemenswaardig resultaat is gebleven.

Tegen die achtergrond is het kennelijk onredelijk en discriminatoir en valt het ook niet redelijkerwijze te rechtvaardigen dat het BIPT in de Bestreden Beslissing de verplichtingen opgelegd aan Belgacom nogmaals op meerdere punten substantieel verzwakt, terwijl het Belgacom verder verplicht om mee te werken aan en in een inefficiënt stelsel dat door de alternatieve operatoren wordt veroorzaakt en waarvoor Belgacom een “vergoeding” ontvangt die haar niet toelaat haar kosten te dekken⁹⁵. Daardoor wordt een kennelijk onevenredig en onevenwichtig stelsel gecreëerd dat niet verenigbaar is met de doelstellingen die door de regulator dienen nagestreefd te worden. Dergelijke onwettigheid, die door het Hof dient vastgesteld te worden, tast de rechtsgeldigheid van de gehele Beslissing aan.

Dat Belgacom verplicht wordt om haar dienstverlening onder de kosten aan te bieden, volgt overigens niet alleen uit de kosteninformatie die al voor het BIPT beschikbaar is. Ze volgt eveneens uit een vergelijking met de vergoedingen waarop SMP-operatoren in het buitenland recht hebben voor onnodige bezoeken bij de klanten en die ook al sinds geruime tijd door Belgacom aan het Instituut werden overgemaakt. Zo kan Belgacom slechts aanspraak maken op ongeveer 20 euro per onnodig bezoek, terwijl de betrokken vergoeding in Frankrijk bijvoorbeeld 60 euro bedraagt, in Nederland 63 euro en in het Verenigd Koninkrijk 85 pond.

H. CONCLUSIE

50. **Vernietiging van de Bestreden Beslissing op de onwettige punten.** Hierboven werd aangetoond dat de Beslissing is aangetast door meerdere kennelijke onwettigheden.

Gelet op de door Belgacom ontwikkelde middelen verzoekt zij dat de Beslissing zou vernietigd worden, in voorkomend geval enkel op de punten waarop het Hof van beroep haar middelen zal inwilligen.

⁹⁵ De houding van het BIPT is bovendien ook onverenigbaar met wat het Hof al heeft kunnen vaststellen in een arrest van 12 mei 2006 in zaak 2004/AR/174 aangaande het aanbod BRUO 2004.

OM DIE REDENEN,

En onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning,

Verzoekt Belgacom U met eerbied, Mijnheer de Eerste Voorzitter, Dames en Heren Kamervoorzitters, Dames en Heren Raadsheren:

- haar akte te verlenen van het beroep dat zij instelt door middel van onderhavig verzoekschrift, tegen het “*Besluit van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 10 december 2013 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA EN WBA VDSL2 (BRXX 2012)*”;
- onderhavig beroep toe te wijzen aan een Kamer bestaande uit 3 raadsheren, waarbij Belgacom van oordeel is dat onderhavig beroep kan worden beschouwd als vallend onder de “*exclusieve bevoegdheden*” opgenomen onder code I.1,a;
- onderhavig verzoekschrift te willen betekenen aan het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, organisme met rechtspersoonlijkheid, waarvan de zetel gevestigd is te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 35, Ellipse Building, Gebouw C, evenals aan de Minister die voor de telecommunicatie bevoegd is, waarvan het adres het volgende is 1210 Brussel, Kunstlaan 7;

akte te nemen van het feit dat Belgacom eveneens een afschrift van onderhavig verzoekschrift op eigen initiatief, en enkel voor zover nodig of nuttig, bij een ter post aangetekend schrijven met ontvangstbewijs toestuurt aan het BIPT evenals aan de Minister die voor de telecommunicatie bevoegd is, zelfs indien deze verplichting niet meer door de wet wordt voorzien;

- en, rekening houdend met de bepalingen van artikel 2 van de Wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, volgens dewelke de beslissingen van het BIPT het voorwerp kunnen zijn van een beroep met volle rechtsmacht bij het Hof van beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kortgeding, het BIPT te laten weten dat het dient te verschijnen op 19 maart 2014 om 9:00 uur, voor de 18^{de} kamer van het Hof van beroep te Brussel, zetelend op de gebruikelijke plaats voor haar zittingen, Justitiepaleis, Poelaertplein, te 1000 Brussel (zaal 1.D);
- onderhavig beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, en bijgevolg
 - vast te stellen dat de Bestreden Beslissing op de door onderhavig beroep geviseerde punten door onwettigheid is aangetast, geheel dan wel gedeeltelijk, en bijgevolg
 - de Bestreden Beslissing, geheel dan wel gedeeltelijk, te vernietigen in de mate dat het Hof van beroep op individuele wijze de middelen ingeroepen door Belgacom gegrond verklaart;

- het BIPT tot de kosten te veroordelen, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

Brussel, 17 februari 2014

Voor Belgacom, haar raadsman,

Dirk Van Liedekerke

Advocaat

INVENTARIS

In dit stadium van de procedure worden geen stukken neergelegd, aangezien de documenten waarnaar in onderhavig verzoekschrift verwezen wordt, zich in principe in het administratief dossier bevinden dat door het BIPT aan het Hof van beroep zal worden overgemaakt.