

Beslissing nr. 2006-P/K-14 van 1 september 2006

Zaak MEDE-P/K-05/0073: NV The Phone Company / NV Belgacom Mobile

1. Het verloop van de procedure

1. Artikel 4, eerste lid 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 (hierna Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling) bepaalt dat de Raad voor de Mededinging uitspraak doet “over de geschillen tussen telecommunicatieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten met betrekking tot interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik”.

Op 9 december 2005 heeft de NV THE PHONE COMPANY, met maatschappelijke zetel te 2018 Antwerpen, Mechelsesteenweg 217, met ondernemingsnummer 0459.273.620 – hierna vaak TPC genoemd – een geschrift van 40 bladzijden ingediend op het secretariaat van de Raad voor de Mededinging – hierna vaak de Raad genoemd – waarin de wens van deze vennootschap is uitgedrukt om een “geschil (...) met betrekking tot bijzondere toegang” bij de Raad in te leiden.

Het verzoek werd door het secretariaat van de Raad geregistreerd met nummer MEDE-P/K-05/0073.

Volgens dat geschrift bestond het “geschil” tussen TPC en de NV BELGACOM MOBILE, met maatschappelijke zetel te 1210 Brussel, Vooruitgangstraat 55, met ondernemingsnummer 0453.918.458 – hierna vaak BMB genoemd.

2. Op 17 januari 2006 heeft BMB een “mémoire en réponse” (memorie van antwoord) bezorgd aan de Raad, aan de heer Verslaggever Patrick Marchand van het Korps verslaggevers, en aan de heer Alain Godfurnon, attaché van de Dienst voor de Mededinging.

In het dispositief van die memorie, die in het Frans is opgesteld, wordt de Raad gevraagd zich onbevoegd te verklaren om kennis te nemen “des demandes introduites par TPC” (van de vorderingen ingesteld door TPC), en, ondergeschikt, “de déclarer ces demandes irrecevables, et à tout le moins, non fondées” (die vorderingen onontvankelijk, of ten minste ongegrond te verklaren).

3. De voorzitter van de Raad voor de Mededinging heeft TPC, BMB, het Korps verslaggevers en de Dienst voor de Mededinging uitgenodigd op een bijeenkomst, die in aanwezigheid van de genodigden heeft plaatsgevonden op 6 februari 2006, en waarop volgende afspraken werden gemaakt en genotuleerd.

TPC en BMB zouden eerst, volgens een vastgestelde kalender, schriftelijke opmerkingen aan elkaar mededelen en indienen op het secretariaat van de Raad, over de vraag in welke taal deze rechtspleging gevoerd diende te worden.

Tevens werd een kalender bepaald voor onderlinge mededeling en indiening van schriftelijke opmerkingen over de zaak zelf, door TPC en BMB, en ook door het Korps verslaggevers (of door de Verslaggever). (De schriftelijke opmerkingen van deze laatste werden, zoals blijkt uit het proces-verbaal van 6 februari 2006, “advies van de verslaggever” genoemd.)

4. Uit schriftelijke opmerkingen van 13 februari 2006 voor TPC en van 17 februari 2006 voor BMB bleek eensgezindheid om de rechtspleging in het Nederlands te doen verlopen.

5. Na schriftelijke opmerkingen voor TPC (getiteld “conclusie”, ingediend op het secretariaat van de Raad op 3 april 2006) en voor BMB (getiteld: “memorie van wederantwoord”, ingediend op het secretariaat van de Raad op 30 april 2006, heeft de heer Verslaggever Toon Musschoot op 15 mei 2006 bij de Raad zijn “verslag” ingediend, dat de datum van 12 mei 2006 draagt. Het is getiteld: “Verslag van de verslaggever in toepassing van artikel 4 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”.

Vervolgens heeft BMB een “memorie in antwoord op verslag van de verslaggever van 12 mei 2006” ingediend (op het secretariaat van de Raad op 3 juli 2006, dank zij een verlenging van de op 6 februari 2006 toegestane termijn, hetgeen mogelijk was ingevolge de verplaatsing van de aanvankelijk op 12 juni 2006 vastgestelde zitting naar 17 juli 2006).

Ten slotte heeft TPC een “memorie in antwoord op het verslag van de verslaggever bij de Dienst voor de Mededinging” ingediend (op het secretariaat van de Raad op 12 juli 2006).

6. De zaak is mondeling behandeld op een zitting van een kamer van de Raad voor de Mededinging op maandag 17 juli 2006 in de namiddag.

De kamer die van de zaak kennis neemt en die deze beslissing uitspreekt is samengesteld uit drie leden van de Raad.

Aldus werd toepassing gemaakt van artikel 4, derde lid, van het huishoudelijk reglement van de Raad voor de Mededinging, goedgekeurd bij Koninklijk Besluit van 14 december 2000, zoals gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 2006 (B.S. 13 juli 2006, 35143), dat de behandeling van een zaak door een kamer samengesteld uit drie leden van de Raad voorschrijft.

2. Feitelijke achtergrond en de standpunten van the Phone Company, van Belgacom Mobile en van de verslaggever

7. Een Mededeling van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie – hierna vaak BIPT genoemd – van 4 augustus 2004 “met betrekking tot de gsm-gateways” leert het volgende.

“Een gsm-gateway is een toestel dat oproepen vertrekkend van een toestel aangesloten op een vast netwerk naar een gsm-netwerk omvormt tot een gsm-gsm-oproep. Daartoe is het apparaat zodanig geprogrammeerd dat het gsm-oproepen herkent.

Gsm-gateways kunnen worden uitgerust met één of meerdere simkaarten. (voetnoot: Indien slechts één simkaart wordt gebruikt, wordt steeds via dezelfde mobiele operator gewerkt.)

Een gsm-gateway kan geïnstalleerd worden voor eigen gebruik. (...)

Het is ook mogelijk om een gsm-gateway te installeren ten behoeve van derden, eerder dan voor eigen gebruik.

Wanneer gebruik wordt gemaakt van een gsm-gateway, ongeacht of dit gebeurt voor eigen gebruik of ten behoeve van derden, wordt een oproep van een vast toestel naar een mobiel toestel automatisch, al dan niet via een huurlijn, naar de gsm-gateway gerouteerd. Doordat de oproep in de gsm-gateway terechtkomt op een gsm-toestel (simkaart), wordt de oproep getransformeerd in een oproep van een gsm-toestel (simkaart) naar een ander gsm-toestel (simkaart), d.w.z. de oproep verloopt van mobiel

naar mobiel en de gesprekskosten voor de oproep van het vaste netwerk naar het mobiele netwerk worden vermeden.”

Zie ook het citaat uit dezelfde mededeling in randnummer 31 hieronder.

8. TPC heeft één of meerdere gsm-gateways (ook “simbox” genoemd) geïnstalleerd, en gebruikt deze ten behoeve van derden, o.m. met simkaarten van BMB, zodat vaste oproepen door derden (klanten van TPC) worden omgezet in mobiele oproepen, die vervolgens, als een mobiele oproep vanop het netwerk van onder meer BMB, beëindigd werden op het mobiele netwerk van onder meer BMB.

Voor BMB ging het om een oproep van een mobiel toestel op haar net (de simkaart in de gateway) naar een mobiel toestel op haar net (zogenaamde “on-net” oproepen). Zo diende TPC een eindgebruikerstarief voor on-net oproepen te betalen.

Waren de oproepen (vanop een vast toestel) niet afgeleid naar de gsm-gateway, dan had BMB (of meer algemeen, elke operator van een mobiel netwerk waarop gesprekken worden afgegeven) mobiele gespreksafgiftetarieven (MTR: “mobile termination rates”; een interconnectietarief dus) kunnen aanrekenen (aan de operator van het vaste netwerk waarop de oproep ontstaat).

Het voordeel voor TPC bestond erin dat het eindgebruikerstarief lager is dan het interconnectietarief. TPC kon op het aanbieden van haar “dienst” (het omzetten van een vaste in een on-net mobiele omroep) aan vaste telefonieoperatoren of hun klanten een marge verwezenlijken, nu zij zelf niet meer dan het eindgebruikerstarief diende te betalen, en aan haar afnemers minder dan het interconnectietarief kon aanrekenen.

9. BMB heeft de gespreksafgifte van oproepen afkomstig van de simkaarten van de gateway(s) van TPC stopgezet op 29 juli 2005 (hierna vaak de “afsluiting” genoemd), en daar is tot vandaag geen verandering in gekomen. BMB heeft hier geen bezwaar tegen, maar TPC vindt die toestand onbevredigend. Aan die afsluiting van haar netwerk voor TPC is een hele geschiedenis voorafgegaan, waarvan hier slechts enkele voor voorliggende zaak relevante hoogtepunten summier worden weergegeven.

Er waren vragen gerezen bij de toelaatbaarheid of zelfs wenselijkheid van het gebruik – meer bepaald: de uitbating ten behoeve van derden – van gsm-gateways. Vandaar de mededeling van het BIPT van 4 augustus 2004 waaruit hiervoor geciteerd werd, en die hierna nog uitvoeriger ter sprake zal komen.

In de verhouding tussen TPC en BMB kunnen de bedoelingen als volgt weergegeven worden. BMB is niet (of niet meer, terwijl zij dat vroeger wel was? Dit kan in deze beslissing in het midden worden gelaten.) bereid TPC (of eender wie) een gsm-gateway te laten bedienen voor omzetting van vaste oproepen naar haar mobiel netwerk tegen eindgebruikerstarieven. TPC integendeel wil de gsm-gateway blijven uitbaten tegen eindgebruikerstarief.

Op 15 oktober 2004 heeft BMB aan het BIPT haar “Price list and specific conditions for the Belgacom Mobile Intermediate Special Access offer for Termination of Voice Calls on Belgacom Mobile network via GSM-Gateways” meegedeeld. Deze werd in november 2004 in gewijzigde vorm meegedeeld. Hij bereikte ook TPC. Zoals de Engelse benaming zegt gaat het om tarieven en voorwaarden voor de afgifte op het netwerk van BMB van gesprekken die in gsm-gateways zijn omgezet in on-net oproepen. Deze tarieven zouden gebaseerd zijn op de interconnectietarieven voor gespreksafgifte op haar mobiel netwerk.

TPC heeft de aangeboden tarieven niet aanvaard.

Op 10 december 2004 heeft BMB haar netwerk voor TPC afgesloten, doch na enkele uren, op verzoek van het BIPT, weer opengesteld.

De Raad van het BIPT heeft vervolgens tweemaal gebruik gemaakt van de bevoegdheid toegekend door artikel 20 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna Wet 17 januari 2003 Statuut Regulator), dat bepaalt: “In geval van hoogdringendheid, wanneer het risico op een moeilijk te herstellen, ernstig nadeel bestaat, neemt de Raad onmiddellijk alle passende voorlopige maatregelen en bepaalt hij de duur ervan zonder dat deze twee maanden mag overschrijden”.

Zo heeft de Raad van het BIPT op 21 januari 2005 BMB verbod opgelegd TPC toegang tot haar netwerk te ontzeggen, en dit voor een termijn van één maand. Bij beslissing van 21 februari 2005 heeft de Raad van het BIPT dit verbod verlengd met een nieuwe termijn van een maand.

Tegen beide beslissingen heeft BMB beroep ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel, overeenkomstig artikel 2, § 1 van de Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling. Telkens heeft BMB ook gevraagd dat het Hof de uitwerking van de aangevochten beslissing zou opschorten, overeenkomstig artikel 2, § 2 van dezelfde wet, doch bij arresten van respectievelijk 15 februari 2005 en 18 maart 2005 werd het verzoek tot schorsing verworpen.

Intussen heeft het Hof ook reeds uitspraak gedaan over het beroep zelf, waarbij gevorderd werd dat beide beslissingen van de Raad van het BIPT zouden worden tenietgedaan. Bij arrest van 7 april 2006 lijkt het Hof te hebben beslist dat op het beroep ingegaan moet worden (aldus randnummer 81: een grief afgeleid uit de ontstentenis van afdoende motivering wordt gegrond verklaard), hoewel het Hof tevens een prejudiciële vraag in verschillende punten stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, naar eigen zeggen alvorens uitspraak te doen.

Om het verbod voorlopig te bestendigen had TPC intussen een vordering ingesteld voor de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend in kort geding, die afwijzend beschikt heeft op 8 juli 2005. De afsluiting is dan, zoals vermeld, gevolgd op 29 juli 2005.

10. Op 9 december 2005 heeft TPC zich dan in de voorliggende zaak tot de Raad voor de Mededinging gewend om “te horen zeggen voor recht” dat het voorstel van BMB met betrekking tot de tarieven bijzondere toegang onwettig is zodat die tarieven niet opgelegd konden worden, en dat BMB TPC onterecht van haar netwerk heeft afgesloten, en om BMB te horen bevelen om TPC opnieuw aan te sluiten, “aan de tarieven die oorspronkelijk door BMB werden toegepast in relatie met TPC”, onder verbeurte van een dwangsom.

Volgens BMB is de Raad onbevoegd om van “het verzoek” van TPC kennis te nemen, op grond van de overweging dat TPC bij de Raad geen geschil in de zin van artikel 4 van de Wet van 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling aanhangig heeft gemaakt. TPC maakt immers aanspraak op toepassing van eindgebruikerstarieven, hetgeen de notie “bijzondere toegang” zou uitsluiten.

In ondergeschikte orde betwist BMB de ontvankelijkheid van het verzoek, op grond van de overweging dat het ingeleid had moeten worden met een dagvaarding bij gerechtsdeurwaardersexploot, overeenkomstig de algemene regel van het Gerechtelijk Wetboek (art. 700) waarvan geen wettelijke bepaling in voorliggend geval afwijkt.

In meer ondergeschikte orde vordert BMB dat het verzoek als ongegrond wordt verworpen, op grond van twee opeenvolgende argumentatielijnen. In de eerste plaats argumenteert BMB waarom zij TPC wel terecht van haar netwerk heeft afgesloten, wegens een geheel van redenen die tot de contractuele sfeer behoren. De redenering komt telkens hierop neer dat TPC geen contractuele aanspraak heeft op voortzetting van de dienstverlening door BMB, dat wil zeggen op het termineren van mobiele gesprekken op het netwerk van BMB die van één van de simkaarten van de gsm-gateway(s) afkomstig zijn. De tweede argumentatielijn, die ondergeschikt is ten aanzien van de eerste, is gericht tegen

middelen die door TPC worden aangevoerd met betrekking tot het aanbod van bijzondere toegang van BMB.

Mocht de in meer ondergeschikte orde aangevoerde argumentatie de Raad niet kunnen overtuigen, dan zou hij volgens BMB de verdere behandeling van de procedure moeten opschorten in afwachting van het antwoord van het Hof van Justitie op de vragen van het Hof van beroep te Brussel (en zelfs van het arrest van het Hof van beroep te Brussel na dat antwoord). Uit het arrest van het Hof van beroep te Brussel van 7 april 2006 blijkt dat de vragen aan het Europese Hof, die relevant kunnen zijn voor de voorliggende zaak, tot doel hebben te achterhalen of BMB ertoe gehouden is gsm-gateways die vaste oproepen omzetten in mobiele oproepen op haar netwerk te dulden, en in welke omstandigheden of tegen welke toepassingsvoorwaarden.

11. Onder leiding van de verslaggever heeft de Dienst voor de Mededinging, bijgestaan door een “vertegenwoordiger” van het BIPT, een “onderzoek” ingesteld naar “het geschil”, zoals is bepaald in artikel 4, tweede lid Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling.

De verslaggever heeft vervolgens een verslag opgesteld, uitlopend op volgende “besluit en voorstel”:

“Gelet op het onderzoek van de stukken door de Dienst voor de Mededinging en de verslaggever, en de antwoorden van het BIPT en de partijen op de gestelde vragen, adviseert de verslaggever de Raad voor de Mededinging:

- zich bevoegd te verklaren tot beslechting van dit geschil tussen TPC en BMB inzake bijzondere toegang op basis van artikel 4 Wet Geschillenbehandeling;
- het verzoek van TPC per gewone brief ontvankelijk te verklaren;
- vast te stellen dat GSM-gatewaydiensten een concurrentieel alternatief uitmaken voor klassieke interconnectiediensten;
- te zeggen voor recht dat de toegang die BMB op haar netwerk aanbiedt in het kader van de dienstverlening door middel van GSM-gateways door TPC, valt onder het stelsel van “bijzondere toegang” en bijgevolg onderworpen is aan de vereiste van kostenoriëntering zoals vervat in artikel 106, § 1 van de Wet van 21 maart 1991 en artikel 62 van de Wet 13 juni 2005;
- te zeggen voor recht dat deze vorm van toegang tot het mobiele netwerk in België wettelijk toegestaan is;
- te zeggen voor recht dat deze vorm van toegang tot het mobiele netwerk niet tot onoverkomelijke problemen hoeft te leiden op vlak van capaciteit of identificatie van de oproeper (mits medewerking op technisch vlak van BMB), en dat BMB niet heeft aangetoond dat deze vorm van toegang moet geweigerd worden wegens manifeste onredelijkheid van de aanvraag of onverenigbaarheid met de bovenvermelde essentiële vereisten van de werkzekerheid en integriteit van het netwerk, interoperabiliteit van de diensten en netten en bescherming van de overgebrachte gegevens;
- BMB op te dragen als SMP-operator haar netwerk open te stellen voor TPC voor gebruik van GSM-gateways ten behoeve van derden als bijzondere toegang, en haar hierbij de nodige technische bijstand te verlenen;
- vast te stellen dat BMB nergens aantoonde dat de tot hiertoe door BMB aan TPC voorgestelde SAO's voldoen aan de voorwaarde van de kostenoriëntering overeenkomstig artikel 106, § 1 van de Wet van 2 maart 1991 en artikel 62 van de Wet van 13 juni 2005;
- te zeggen voor recht dat de door BMB aan TPC gedane SAO's niet op basis van een kostenoriëntatie zijn opgesteld en dus wettelijk gezien niet door BMB aan TPC opgelegd konden en kunnen worden;
- te zeggen voor recht dat BMB bijgevolg onterecht is overgegaan tot afsluiting van de toegang van TPC tot het netwerk van BMB wegens weigering van TPC tot het aanvaarden van de SAO's;

- BMB op te dragen binnen een redelijke termijn – door de Raad te bepalen – een nieuw tariefaanbod voor bijzondere toegang via GSM-gateways ten behoeve van derden bekend te maken en te bezorgen aan TPC en ter controle aan het BIPT te versturen, waarbij uit de motivering van BMB duidelijk het kostengeoriënteerd karakter kan worden nagegaan;
- BMB op te dragen, indien dit aanbod door TPC wordt aanvaard, de afgesloten GSM-gateways opnieuw aan te sluiten, dit volgens de regels van de kunst en op een manier die verenigbaar is met de bovenvermelde essentiële vereisten van de werkzaamheid en integriteit van het netwerk, interoperabiliteit van de diensten en netten en bescherming van de overgebrachte gegevens;
- geen dwangsom op te leggen maar de opvolging van de beslissing van de Raad conform artikel 4 lid 4 Wet Geschillenbehandeling over te laten aan het BIPT.

De verslaggever adviseert de Raad rekening te houden met de status van de marktanalyses door het BIPT, en de gevolgen hiervan op de bovenvermelde wettelijke verplichtingen in het licht van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, op het moment van zijn beslissing.

Artikel 4 lid 4 Wet Geschillenbehandeling legt de opvolgingstaak van de beslissing van de Raad bij het BIPT, zodat het aan dit instituut toekomt te waken over de uitvoering van de beslissing.”

12. Tot het punt waar de verslaggever aan de Raad voor de Mededinging voorstelt om vast te stellen dat BMB TPC ten onrechte van haar netwerk heeft afgesloten, stemt het verslag inhoudelijk overeen met dit van TPC zelf.

Volgens TPC moet uit die vaststelling voortvloeien dat BMB TPC moet heraansluiten, tegen de aanvankelijk toegepaste tarieven. De verslaggever daarentegen is van oordeel dat BMB een nieuw aanbod van voorwaarden tegen dewelke TPC aangesloten kan worden moet formuleren, met kostengeoriënteerde tarieven, dat ter aanvaarding TPC zal voorliggen. Strikt genomen heeft TPC dit laatste niet gevraagd. TPC werd hiermee geconfronteerd bij lectuur van het verslag, doch heeft daarna het voorwerp van haar verzoek niet meer schriftelijk in overeenstemming gebracht met het verslag. Ook ter zitting van de Raad van 17 juli 2006 werd haar gevraagd of zij haar vorderingen helemaal met de voorstellen van de verslaggever in overeenstemming wilde brengen, doch het antwoord was ontkennend.

13. Na het verslag heeft BMB puntsgewijs de inhoud, het besluit en de voorstellen ervan schriftelijk betwist, met gebruik van hetzelfde stramien als dit van haar eerste schriftelijke opmerkingen (in het Nederlands).

3. Taalgebruik

14. De voorliggende rechtspleging is en wordt zowel schriftelijk als mondeling in het Nederlands gevoerd. Er was geen reden om de procedure die in het Nederlands was ingeleid, in het Frans te doen verlopen.

BMB heeft aanvankelijk aanstalten gemaakt om een voorzetting van de rechtspleging in het Frans te bekomen, met het indienen van haar “mémoire en réponse” op 16 januari 2006. Kennelijk baseerde zij zich op de gang van zaken in een procedure restrictieve mededingingspraktijken. Uit artikel 23, § 5 van de Wet tot bescherming van de economische mededinging (WBEM) wordt met name afgeleid dat artikel 11 van de Wet op het taalgebruik in gerechtszaken toepassing moet vinden, welk artikel de keuze van de taal van de rechtspleging toevertrouwt aan “degene die (...) het voorwerp van (onderzoek) is en in “de gemeenten der Brusselse agglomeratie” gevestigd is (dit laatste is het geval van BMB).

In schriftelijke opmerkingen betreffende het taalgebruik komt BMB evenwel tot het beredeneerde besluit dat het Nederlands de taal van de rechtspleging behoort te zijn. Nu BMB zelf van haar –

minstens impliciet – verzoek om de rechtspleging in het Frans te voeren heeft afgezien, is er geen enkele reden meer om haar niet in het Nederlands voort te zetten.

4. Rechtsmacht van de Raad voor de Mededinging

15. Artikel 4 Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling luidt als volgt:

“De Raad voor de Mededinging bedoeld in artikel 16 en volgende van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, doet binnen een termijn van vier maanden uitspraak over de geschillen tussen telecommunicatieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten met betrekking tot interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik, alsmede over de geschillen tussen postoperatoren met betrekking tot de tenuitvoerlegging van de bepalingen van hun vergunning. De procedure voor de Raad voor de Mededinging wordt opgeschort in geval van beroep op de verzoeningsprocedure bedoeld in artikel 14, § 1, 4° van de (...) wet van 17 januari 2003 (Statuut Regulator).

Tijdens het onderzoek van die geschillen door de Raad voor de Mededinging vaardigt het Instituut een vertegenwoordiger af, die samen met de verslaggever van de Dienst voor de Mededinging het dossier onderzoekt.

Het Instituut zorgt ervoor dat de beslissingen die de Raad voor de Mededinging overeenkomstig het eerste lid heeft genomen, ten uitvoer worden gelegd.”

16. In voetnoot 8 van de “Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 augustus 2004 met betrekking tot gsm-gateways” wordt uitvoerig onderzocht wat te verstaan is onder “bijzondere toegang”, een begrip dat in de toenmalige wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (die de reglementering bevatte die voorafging aan deze van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie) niet gedefinieerd werd, met verwijzing naar een beslissing van de toenmalige Kamer van Interconnectie van 5 oktober 2000. Het besluit luidde “dat bijzondere toegang een soortnaam is die alle vormen van toegang tot netwerken of diensten omvat die enerzijds verschillen van de ‘gewone’ toegang die aan de meerderheid van de gebruikers aangeboden wordt en anderzijds van de interconnectie”.

Volgens het BIPT (in die mededeling) is de dienst die erin bestaat om vaste oproepen via een gsm-gateway om te zetten in mobiele oproepen bijzondere toegang in voormelde betekenis. Het BIPT bekijkt aldus de dienstverlening vanuit het oogpunt van de exploitant van de gsm-gateway, hier dus TPC.

BMB aanvaardt de kwalificatie als bijzondere toegang, maar bekijkt de dienst vanuit haar oogpunt, en beschouwt dus zichzelf als degene die toegang verleent, meer bepaald tot haar mobiel netwerk, voor de gespreksafgifte. Bovendien sluit zij niet geheel uit dat de toegang die de mobiele netwerkkoperator voor afgifte verleent aan oproepen die van simkaarten uit een gsm-gateway afkomstig zijn, als “interconnectie” te omschrijven is. Maar de keuze tussen de kwalificatie als “bijzondere toegang” of als “interconnectie” hoeft bij het bepalen van de rechtsmacht niet te worden gemaakt, aangezien beide genoemd worden in artikel 4, eerste lid Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling.

TPC betwist de kwalificatie als “bijzondere toegang”, maar op een grond die niet relevant is bij het beantwoorden van de vraag hier aan de orde is, met name of de dienst gekwalificeerd kan worden als “bijzondere toegang” in de zin van artikel 4.

TPC doet immers gelden dat zij aan BMB alleen eindgebruikerstarieven verschuldigd kan zijn. Eindgebruikerstarieven hoeven niet kostengeoriënteerd te zijn in de betekenis die daaraan in de relevante regelgeving gehecht wordt. Het tarief voor “bijzondere toegang” daarentegen, moet, net als

dit voor “interconnectie” wel kostengeorienteerd zijn, zodat het tarief hoger zou kunnen zijn dan een louter eindgebruikerstarief (zie artikel 106, § 1 Wet 21 maart 1991, zoals vervangen, vanaf 1 januari 1998, bij art. 68 Wet 19 december 1997). Om die reden is het begrijpelijk dat TPC zich niet aansluit bij de kwalificatie “bijzondere toegang”.

Die redenering is echter niet ter zake wanneer nagegaan moet worden of de Raad voor de Mededinging rechtsmacht heeft met toepassing van artikel 4. Immers, al zou TPC, in de uitoefening van haar gsm-gatewayactiviteit voor rekening van derden, een eindgebruiker zijn wat tarifiering betreft, toch wordt de kwalificatie als bijzondere toegang, in de (litigieuze) verhouding tussen telecommunicatieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten, daardoor niet uitgesloten. De toegang van TPC (en van degenen ten behoeve van wie zij de gateways uitbaat) tot het netwerk van BMB is immers niet “de gewone toegang die aan de meerderheid van de gebruikers aangeboden wordt” (zoals het in de Mededeling van het BIPT uitgedrukt wordt). Bovendien lijkt het geen twijfel dat TPC met haar gsm-gateway een “telecommunicatiedienst” levert, zoals het BIPT in dezelfde voetnoot 8 van de Mededeling aanstipt. In artikel 68, 19° van de Wet van 21 maart 1991 wordt de telecommunicatiedienst omschreven als de “dienst die geheel of gedeeltelijk in de transmissie en routing van signalen over telecommunicatienetwerken bestaat, met uitzondering van radio- en televisieomroepdiensten”. De vraag naar de tarifiering van de bijzondere toegang, rijst later, bij de beoordeling van het geschil ten gronde.

17. De Raad is dan ook van oordeel dat de toepassingsvoorwaarden van artikel 4, eerste lid, die bepalend zijn voor zijn rechtsmacht, vervuld zijn. De Europese regelgeving verplicht de Raad er overigens toe om zijn rechtsmacht te erkennen in een geval als het voorliggende, zoals blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 4, die hierna wordt weergegeven om dit punt te verduidelijken.

In het voorontwerp van wet dat tot de wetten van 17 januari 2003 heeft geleid, werd voorzien in een nieuw rechtscollege, de “Kamer van beroep voor telecommunicatie”, die krachtens artikel 30 een besluit kon nemen “over geschillen tussen telecommunicatieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten met betrekking tot interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik” (Parl. St. Kamer, doc 50 1937/001, (30), 43). De omschrijving van de rechtsmacht was dus identiek aan deze die is opgenomen in het latere artikel 4, eerste lid. Enkele andere artikelen betroffen de samenstelling en werking van dit rechtscollege, en schreven de bepalingen voor die de Koning diende op te nemen in een procedurereglement.

In zijn advies van 5 juni 2002 (nr. 33.255/4) heeft de Raad van State gewezen op de bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 24 april 2002 van vier richtlijnen op telecommunicatiegebied, met als uiterste omzettingsdatum 24 juli 2003, en er de aandacht op gevestigd dat, hoewel het niet volstrekt noodzakelijk was dat met het voorontwerp de volledige omzetting ervan tot stand werd gebracht, tussen de inwerkingtreding van een richtlijn en de uiterste datum voor omzetting de lidstaten geen maatregelen mogen uitvaardigen die met de bepalingen ervan strijdig zouden zijn (Parl. St. Kamer, doc 50 1937/001, 54).

Het ging om de richtlijnen van 7 maart 2002 die ten grondslag liggen aan de nieuwe regulering, die in ons land vervat is de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, en aan de lopende marktanalyses die door het BIPT verricht worden: toegangsrichtlijn 2002/19/EG, machtigingsrichtlijn 2002/20/EG, kaderrichtlijn 2002/21/EG, en universele-dienstrichtlijn 2002/22/EG.

Specifiek in verband met de geschillenbeslechting overweegt de Raad van State het volgende:

“De oprichting van deze kamer is het resultaat van een verplichting opgelegd door de Europese richtlijnen inzake telecommunicatie, inzonderheid artikel 9, lid 5 van richtlijn 97/33/EG, om te

voorzien in niet-rechterlijke mechanismen voor de oplossing van geschillen door “de nationale regelgevende instantie”.

Artikel 20 van de kaderrichtlijn verplicht de Lidstaten eveneens te bepalen dat de nationale regelgevende instantie een “bindend besluit” neemt wanneer ze “op een onder deze richtlijn of bijzondere richtlijnen vallend gebied” geadieerd wordt omtrent “een geschil in verband met de verplichtingen (...) tussen ondernemingen die elektronische communicatienetwerken of –diensten aanbieden in een lidstaat”. In lid 2 van hetzelfde artikel wordt evenwel bepaald dat een nationale regelgevende instantie kan besluiten “een geschil niet op te lossen door middel van een bindend besluit wanneer er andere mechanismen bestaan, met inbegrip van bemiddeling, die beter zouden bijdragen tot het tijdige beslechten van het geschil overeenkomstig artikel 8(...)”.

“ (...) moet er rekening mee worden gehouden dat opdat aan de vereisten van de richtlijn wordt voldaan, de mechanismen voor het snelle beslechten van geschillen ook moeten gelden voor andere geschillen dan die bedoeld in artikel 30 van het voorontwerp. Artikel 20, lid 1 van de kaderrichtlijn heeft immers betrekking op de beslechting van alle geschillen tussen ondernemingen die voortvloeien uit het Europees regelgevend kader inzake elektronische netwerken.”

(Parl. St. Kamer , doc 50 1937/001 (54) 66-67).

In het verdere verloop van de parlementaire behandeling werd afgezien van de oprichting van het nieuwe administratieve rechtscollege, en werd de in het oorspronkelijke artikel 30 bedoelde bevoegdheid toegekend aan de Raad voor de Mededinging. Het advies van de Raad van State (uitvoering van artikel 20 van de nieuwe richtlijn) indachtig, werd toegevoegd dat de Raad binnen een termijn van vier maanden uitspraak moet doen. Artikel 20, lid 1 van de kaderrichtlijn bepaalt inderdaad dat het “bindend besluit om het geschil te beslechten” “zo spoedig mogelijk of in ieder geval binnen vier maanden, met uitzondering van uitzonderlijke omstandigheden” genomen moet worden (Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten, Pb. 24 april 2002, L 108/33, 46) (zie amendement 90 en subamendement 103, Parl. St. Kamer, doc 50 1937/008).

Uiteindelijk werd het wetsontwerp gesplitst in de twee wetten van 17 januari 2003, en zijn de bepalingen betreffende de Raad voor de Mededinging in artikel 4 van de Wet Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling opgenomen.

Volledigheidshalve kan nog vermeld worden dat niet alleen de Raad voor de Mededinging belast is met geschillenbeslechting. De Raad van het BIPT werd door de wetgever aangewezen als nationale regelgevende instantie die voorlopige maatregelen kan treffen (artikel 20 Wet 17 januari 2003 Statuut Regulator, in uitvoering van artikel 7, lid 6 kaderrichtlijn en art. 10, lid 6 machtigingsrichtlijn), en als nationale regelgevende instantie die verzoeningsvoorstellen kan formuleren (artikel 14 Wet 17 januari 2003 Statuut Regulator, in uitvoering van artikel 20, lid 2 kaderrichtlijn).

Uit artikel 20 van de kaderrichtlijn, zoals toegelicht in het advies van de Raad van State, moet terecht afgeleid worden dat de bewoordingen van artikel 4, eerste lid Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling zeker niet te restrictief geïnterpreteerd mogen worden.

De nationale regelgevende instantie – in het specifieke geval van artikel 4 Wet Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling: de Raad voor de Mededinging – moet een bindend besluit kunnen nemen tot beslechting van “een geschil in verband met de verplichtingen ontstaan tussen ondernemingen die elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden in een lidstaat” (art. 20, lid 1 Kaderrichtlijn). Dit betekent dat er geen beperking mag uitgaan van de opsomming in artikel 4, eerste lid van het mogelijk voorwerp dat het geschil kan hebben. En dit strookt helemaal met de opvatting, die boven reeds werd bijgetreden, dat “bijzondere toegang” elke andere toegang is dan deze die

aangeboden wordt aan het merendeel van de gewone gebruikers, die bij hypothese geen ondernemingen zijn die elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden.

18. Het middel van BMB afgeleid uit de ontstentenis van bevoegdheid van de Raad, kan niet worden aangenomen.

BMB werpt in wezen een “exceptie van onbevoegdheid” op, in de zin van artikel 854 van het Gerechtelijk Wetboek. De eisende partij, zo luidt de exceptie, grondt haar vordering niet op feiten die de bevoegdheid van de Raad kunnen verantwoorden, omdat die feiten door eiser niet gekwalificeerd worden als “bijzondere toegang”, en overigens evenmin als dusdanig kwalificeerbaar zijn. De eisende partij wil zich immers zien erkennen als eindgebruiker, en ontkent het bestaan van bijzondere toegang, ten minste in hoofdorde. Volgens BMB is de proceshouding van TPC vergelijkbaar met deze van een eiser die de Arbeidsrechtbank vraagt vast te stellen dat hij niet door een arbeidsovereenkomst verbonden is met de verweerder, om vervolgens van diezelfde rechtbank de veroordeling van verweerder te vorderen tot betaling van een schadevergoeding wegens de eenzijdige beëindiging van een distributieovereenkomst.

Het middel van BMB mist feitelijke grondslag. Er moet worden nagegaan waar het verzoek van TPC in werkelijk toe strekt, afgezien van de formele bewoordingen waarin bijvoorbeeld het beschikkende gedeelte gesteld is. Uitgangspunt is dat er op het ogenblik waarop TPC zich met haar verzoek tot de Raad wendt, geen aansluiting van de simkaarten in haar gsm-gateway op het netwerk van BMB was. Met haar verzoek beoogt TPC die aansluiting te bekomen. Zoals boven reeds werd overwogen valt haar vraag noodzakelijk in de toepassingsvoorwaarden van artikel 4, omdat het niet om iets anders dan om bijzondere toegang kan gaan. De naleving van artikel 20 Kaderrichtlijn en het openbare ordekenmerk van artikel 4 Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling dwingt de Raad ertoe zijn bevoegdheid te erkennen.

19. BMB hecht overdreven belang aan het ene punt van het verzoek waarbij TPC vraagt om heraansluiting tegen de aanvankelijk geldende (eindgebruikers)tarieven. Volgens BMB zijn die tarieven wezenlijk voor de vordering van TPC.

BMB benadrukt dat TPC alleen eindgebruikerstarieven wil betalen, en gebruikt dit gegeven om haar exceptie van onbevoegdheid te doen slagen, maar verder ook als grondslag van haar argumentatie volgens dewelke de rechtsmacht van de Raad hoe dan ook beperkt is. Beperkt, in die zin dat niet ingegaan zou mogen worden op de beweerde uitbreiding van het geschil die besluit en voorstel van het verslag van de verslaggever zouden bevatten (namelijk BMB verplichten een nieuw, kostengeoriënteerd tariefaanbod te doen, en aansluiting te verwezenlijken als TPC dit aanbod aanvaardt), en dat de Raad zich evenmin zou mogen uitspreken over de contractuele verhouding tussen partijen (waarin de aanspraak van TPC op eindgebruikerstarieven zijn oorsprong zou vinden).

Die argumentatie mag echter de aandacht niet afleiden van het werkelijke voorwerp van het geschil waarover de Raad zich krachtens artikel 4 uit te spreken heeft. TPC vraagt de Raad niet om een uitspraak over contractuele rechten en verplichtingen, maar wil aansluiting, zij het niet tegen de voorwaarden van het voorhanden zijnde aanbod van BMB (van 15 oktober 2004, zoals aangepast in november 2004). Dat zij aansluiting wil tegen de tarieven die aanvankelijk krachtens de overeenkomst golden is het haast vanzelfsprekende gevolg van de omstandigheid dat dit de laagst verdedigbare tarieven zijn.

Wanneer rekening wordt gehouden met hetgeen werkelijk als geschil door de Raad ter beoordeling staat, namelijk het verzoek tot aansluiting, dienen de voorwaarden van aansluiting als modaliteiten te worden aanzien, die verder ingevuld kunnen worden. Zo staan er (theoretisch) verschillende mogelijkheden open: verplichting tot aansluiting tegen eindgebruikerstarieven, of verplichting tot

aansluiting na aanvaarding van het bestaande aanbod (van 15 oktober 2004, zoals aangepast), of verplichting tot aansluiting na aanvaarding van een nieuw te formuleren aanbod.

Zo wordt meteen duidelijk dat het verslag geen uitbreiding van het geschil inhoudt, waar de verslaggever voorstelt BMB te verplichten een nieuw aanbod van bijzondere toegang bekend te maken, en aansluiting te verlenen zo TPC dit aanbod aanvaardt. Het gaat om niet meer dan een voorstel tot oplossing van het betwiste punt, namelijk aansluiting of niet, en, zo ja, tegen welke voorwaarden.

De juiste omschrijving van het geschil toont ook aan dat de Raad zich niet heeft uit te spreken – en dat ook niet zal doen – over eventuele wederzijdse contractuele rechten en verplichtingen tussen partijen. De Raad hoeft zich alleen te buigen over de vraag of BMB verplicht is een aansluiting te verlenen die nu niet bestaat, en eventueel de (rand)voorwaarden te bepalen.

20. Ten slotte nog het volgende in verband met de exceptie van onbevoegdheid zoals door BMB opgeworpen.

Die exceptie past in de behandeling van bevoegdheidsincidenten zoals ontworpen in het Gerechtelijk Wetboek en de rechtspraak van het Hof van Cassatie, naar de maat van het subjectief contentieux dat door de gewone hoven en rechtbanken behandeld wordt. Onbevoegdheid, en zelfs ontstentenis van rechtsmacht, betekenen in die context dat de eiser zich van adres vergist heeft, dat zijn vordering in werkelijkheid elders behandeld moet worden, bij een andere gewone rechtbank of hof ingeval van onbevoegdheid, of buiten de rechterlijke macht bij ontstentenis van rechtsmacht.

Wanneer de Raad gevraagd wordt artikel 4 Wet 17 januari 2003 toe te passen, zijn er geen alternatieven, zodat de hypothese van een verkeerde keuze van rechter niet aan de orde is.

Wel is het mogelijk dat een geschil dat voor de Raad gebracht wordt, in werkelijkheid een subjectief recht geldend maakt, in welk geval alleen de gewone rechter er geen kennis van zou kunnen nemen. Maar het zou ongerijmd zijn een verzoek dat onder artikel 4 kan worden gebracht, en waar de Raad uitspraak over kan doen, door uitsluitend gebruik te maken van de rechtsmacht die hem door artikel 4 wordt toegekend, per se als een geschil over subjectieve rechten te willen kwalificeren.

5. Vorm van de inleidende akte

21. Artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de in dit wetboek gestelde regels van toepassing zijn op alle rechtsplegingen behoudens deze die geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek.

BMB doet gelden dat TPC dit geschil bij de Raad voor de Mededinging had moeten inleiden met een dagvaarding bij gerechtsdeurwaardersexploot, overeenkomstig artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt dat hoofdvorderingen bij dagvaarding voor de rechter gebracht worden.

Dagvaarding bij gerechtsdeurwaardersexploot wordt echter nooit voorgeschreven door de wettelijke of reglementaire bepalingen die de rechtsingang voor de Raad voor de Mededinging (evenmin in aangelegenheden buiten telecommunicatie, thans elektronische communicatie genoemd) of voor het BIPT beheersen. Daaruit moet worden afgeleid dat er een beginsel bestaat dat die formaliteit niet verplicht gesteld kan worden wanneer de Raad als “nationale regelgevende instantie” een “bindend besluit” moet nemen (volgens de termen van artikel 20 van de kaderrichtlijn). Het bestaan van dat beginsel, dat krachtens artikel 2 Ger.W. aan de toepassing van de regels van het Gerechtelijk Wetboek in de weg staat, mag dus worden afgeleid uit het feit dat voor andere rechtsplegingen voor de Raad en het BIPT andere wijzen van inleiding van het geding dan dagvaarding bij

gerechtsdeurwaardersexploot voorgeschreven worden, al wordt voor deze rechtspleging geen specifieke wijze van inleiding voorgeschreven.

6. Recht van verdediging (na het verslag)

22. BMB doet gelden dat het verslag van de verslaggever aan de zaak een andere wending heeft gegeven. Hierboven is reeds uiteengezet in welk opzicht het “besluit en voorstel” afwijkt van het beschikkend gedeelte van het verzoek van TPC (zie randnummer 12). BMB zal daar vast aan willen toevoegen dat de argumenten die de verslaggever aanvoert evenmin geheel overeenstemmen met deze van TPC. De verslaggever heeft zich inderdaad niet louter beperkt tot commentaar bij de wederzijdse schriftelijke uiteenzettingen van partijen.

Boven is echter ook reeds uiteengezet dat de verslaggever het werkelijk voorwerp van het geschil niet heeft gewijzigd of zelfs maar uitgebreid (zie randnummer 19, inzonderheid voorlaatste alinea).

Een te onderscheiden vraag – die ook door BMB opgeworpen wordt - luidt of het feit dat de inhoud van het verslag ten dele verschilt van deze van verzoek en schriftelijke opmerkingen van TPC het recht van verdediging van BMB niet in het gedrang heeft gebracht. Het antwoord moet ontkennend zijn. Ten eerste diende TPC van bij de aanvang rekening te houden met het werkelijke voorwerp van het geschil. BMB kan er zich niet op beroepen dat zij het geschil (in de zin van artikel 4) zou hebben willen reduceren tot de letterlijke bewoordingen van het beschikkende gedeelte van TPC. Zij wist of moest weten dat dit niet mogelijk was. Ten tweede heeft BMB na het verslag hoe dan ook de gelegenheid gehad zich ook tegen de inhoud ervan te verweren.

23. Meer algemeen merkt BMB op dat er bij wet of reglement geen procedure is uitgewerkt voor de behandeling van een geschil in de zin van artikel 4 Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling.

Op zichzelf kan dat gemis, hoe betreuenswaardig ook, vanzelfsprekend niet in de weg staan aan de uitoefening van de bevoegdheid die door die bepaling aan de Raad wordt toegekend. Overigens is met partijen overlegd hoe de rechtspleging georganiseerd kon worden (onder meer op voormelde bijeenkomst van 6 februari 2006 –zie randnummer 3), en heeft BMB geen concrete bijkomende maatregelen tot bescherming van haar recht van verdediging gevraagd.

7. Regelgevend kader

24. De vraag die deze Raad moet beantwoorden luidt dus als volgt. Sinds 29 juli 2005 staat BMB niet meer toe dat gesprekken die afkomstig zijn van de simkaarten die zich in de gsm-gateways van TPC bevinden door abonnees van BMB ontvangen kunnen worden. Die gsm-gateways zetten oproepen vanop vaste telefoons om in mobiele oproepen. Is BMB ertoe verplicht die oproepen te termineren op haar netwerk? En zo ja, welke voorwaarden moeten vervuld zijn of nageleefd worden om dat resultaat te bereiken?

Eerst moet worden nagegaan welk het regelgevend kader is.

25. Artikel 162 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (B.S. 20 juni 2005, Ed. 2) bepaalt als volgt, onder de titel “Overgangsbepalingen”:

“De verplichtingen die aan de operatoren met een sterke machtspositie worden opgelegd door of krachtens de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven (...) worden behouden tot het Instituut het eerste proces tot bepaling en analyse van de relevante markten, overeenkomstig de artikelen 54 tot 56, definitief heeft afgesloten.”

Artikelen 54 tot 56 bevatten de “procedure voor de analyse van de relevante markten en bepaling van de operatoren met een sterke machtspositie” (zoals vermeld in het opschrift van hoofdstuk II van titel III van de wet), namelijk: het nagaan of de markt daadwerkelijk concurrentieel is, en, zoniet, de spelers met aanmerkelijke marktmacht identificeren en aan die spelers de gepaste verplichtingen opleggen.

Het aangehaalde artikel 162 is de uitvoering van artikel 27 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), dat bepaalt dat de lidstaten alle verplichtingen krachtens de nationale wetgeving als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/19/EG (Toegangsrichtlijn) en artikel 16 van Richtlijn 2002/22/EG (Universele-dienstrichtlijn) handhaven, totdat een nationale regelgevende instantie met betrekking tot deze verplichtingen een besluit heeft genomen overeenkomstig artikel 16 van deze Kaderrichtlijn (artikel 16 betreft de marktanalyseprocedure).

Artikel 7 van Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijhorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn) bepaalt, onder het opschrift “Evaluatie van eerdere verplichtingen inzake toegang en interconnectie”,

– in lid 1:

“De lidstaten handhaven alle verplichtingen inzake toegang en interconnectie die voor de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn ten aanzien van openbare communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen golden krachtens de artikelen 4, 6, 7, 8, 11, 12 en 14 van Richtlijn 97/33/EG, artikel 16 van Richtlijn 98/10/EG en de artikelen 7 en 8 van Richtlijn 92/44/EG; deze verplichtingen worden gehandhaafd tot zij zijn geëvalueerd en daarover een besluit is genomen overeenkomstig lid 3.”

– in lid 3:

“De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties zo spoedig mogelijk na inwerkingtreding van deze richtlijn, en vervolgens op gezette tijden, een marktanalyse uitvoeren volgens de procedure van artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn) om te bepalen of de betrokken verplichtingen moeten worden gehandhaafd, gewijzigd of opgeheven. Voor de voorafgaande kennisgeving aan de partijen waarvoor een dergelijke wijziging of opheffing van verplichtingen geldt wordt een passende termijn in acht genomen.”

Artikel 16 van Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universele-dienstrichtlijn) bevat aan artikel 7 van de Toegangsrichtlijn gelijklopende bepalingen, in verband met eindgebruikerstarieven voor het aanbieden van toegang tot en gebruik van het openbare telefoonnetwerk, carrierkeuze of carriervoorkeuze, en huurlijnen.

26. Is het eerste proces tot bepaling en analyse van de relevante markten, overeenkomstig artikelen 54 tot 56 van de Wet Elektronische Communicatie, afgesloten, zoals is bedoeld in artikel 162 Wet 13 juni 2005 Elektronische Communicatie?

Om die vraag te beantwoorden moet worden nagegaan welke hier de relevante markt(en) is (of zijn).

De Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden

onderworpen, beveelt onder meer volgende markten aan, die hier relevant kunnen zijn, op wholesale-niveau:

- 15. Toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken, en
- 16. Gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken.

Het BIPT heeft een ontwerpbeslissing genomen in verband met markt 16. Zij is medegedeeld aan de Europese Commissie, en zal binnen afzienbare tijd bindend worden, een maand na de bekendmaking op de website van het BIPT (Recente persberichten maken gewag van 1 november 2006).

In die ontwerpbeslissing wordt gesteld dat niet alleen gespreksafgifte op het mobiel netwerk (van BMB) via interconnectie, maar ook gespreksafgifte op het mobiel netwerk (van BMB) via gsm-gateway tot dezelfde relevante markt 16 behoren, op grond van de overweging dat beide vormen van gespreksafgifte substitueerbaar zijn aan de vraagzijde. Daarmee is bedoeld dat, voor de operator die oproepen op het mobiele netwerk van BMB wil doen termineren, dit mogelijk is, enerzijds via interconnectie, of anderzijds via gsm-gateway.

In dezelfde ontwerpbeslissing van het BIPT betreffende markt 16 worden verplichtingen opgelegd aan de drie operatoren met aanmerkelijke marktmacht, BMB, Mobistar en Base, als verstrekkers van de dienst van de interconnectie, die gespreksafgifte aan hun respectievelijke klanten, eindgebruikers van mobiele telefonie, moet mogelijk maken. Voorts wordt overwogen dat geen verplichtingen opgelegd zullen worden, in het raam van de analyse van markt 16, aan operatoren van gsm-gateways. Het BIPT blijkt er dus vanuit te gaan dat de operator van een gsm-gateway kan worden beschouwd als een operator die de dienst van gespreksafgifte aanbiedt (aan andere operatoren of aan eindgebruikers, die oproepen vanop een vast toestel, willen doen afgeven op een mobiel netwerk, in dit geval niet via interconnectie, maar via een gsm-gateway).

De vraag die hier van belang is, bestaat er echter in te weten of aan de mobiele operator zelf (BMB) de verplichting opgelegd zal worden afgifte te verzorgen van de gesprekken die niet via interconnectie maar via gsm-gateway op zijn netwerk terechtkomen.

Zal de mobiele operator verplicht worden om een operator (en de derden ten behoeve van wie hij optreedt) toegang te verlenen door een gsm-gateway te laten installeren? Steeds in dezelfde ontwerpbeslissing kondigt het BIPT aan dat de wenselijkheid van die verplichting onderzocht zal worden in het raam van markt 15 (waarvoor tot heden nog geen ontwerpbeslissing voorligt). Toch overweegt het BIPT reeds dat de vermindering van de tarieven voor gespreksafgifte op mobiele netwerken, waarin de beslissing in verband met markt 16 zal voorzien, waarschijnlijk voldoende zal zijn om de installatie van gsm-gateways te ontraden, zodat het belang van de bedoelde verplichting beperkt zou zijn.

Met andere woorden, de periode waarin, onder het regelgevend regime van de Richtlijnen van 2002 en de Wet van 13 juni 2005, al dan niet voor mobiele operatoren de verplichting zal gelden om gesprekken afkomstig van simkaarten in gsm-gateways op hun netwerk te termineren, zal slechts een aanvang nemen zodra de beslissing van het BIPT in verband met markt 15 bindend zal zijn geworden. Tot dan moet het bestaan van zo'n eventuele verplichting al dan niet vastgesteld worden op grond van het "oude" regelgevende kader.

27. Uit dit onderzoek naar het toepasselijke recht blijkt meteen dat de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie betreffende de uitlegging van diverse bepalingen van de Richtlijnen, die door het Hof van beroep te Brussel zijn gesteld bij arrest van 7 april 2006, geen oplossing zullen aanreiken voor het geschil waarover deze Raad in de voorliggende zaak uitspraak moet doen. Het zijn immers niet die richtlijnen, die hier toepassing moeten vinden.

De Raad hoeft het antwoord van het Hof van Justitie dan ook niet af te wachten, en moet zeker zelf niet de communautaire rechter bevragen. En dit nog afgezien van het vereiste dat de uitspraak over het geschil overeenkomstig artikel 20 Kaderrichtlijn en artikel 4 Wet 17 januari 2003 verwacht wordt binnen een korte termijn, die onbestaanbaar is met de doorlooptijd voor het Hof te Luxemburg. De eindbeslissing van de Raad uitstellen tot na een uitspraak van dat Hof, die pas te verwachten kan zijn wanneer de beslissing van het BIPT over markt 15 in werking zal zijn getreden, zou erop neerkomen dat het voorliggende geschil, tot die datum, de facto noodzakelijk in het voordeel van BMB beslecht zou zijn (zonder uitdrukkelijke en met redenen omklede beslissing van de Raad in die zin).

8. Beoordeling ten gronde

28. Artikel 109ter, § 3, eerste lid van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven bepaalt:

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

(toegevoegd bij art. 73 wet 19 december 1997 (B.S. 30 december 1997, err. B.S. 23 april 1998, err. 30 november 2000, in werking op 1 januari 1998 (art. 100), gewijzigd bij artikel 7, A) K.B. 4 maart 1999, B.S. 14 april 1999, in werking op 14 april 1999 (art. 14) – bekrachtigd bij art. 24 wet 3 juli 2000, B.S. 13 juli 2000, err. B.S. 5 oktober 2000, err. B.S. 10 oktober 2000, err. B.S. 7 november 2000).

Onder “toegang tot de andere punten dan de aansluitpunten die aan de meerderheid van de eindgebruikers wordt aangeboden” kan de gespreksafgifte op een mobiel netwerk via gsm-gateway verstaan worden. Dit blijkt uit de “Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 augustus 2004 met betrekking tot de gsm-gateways”, en werd hierboven reeds overwogen in verband met de notie “bijzondere toegang” die bepalend is voor de rechtsmacht van de Raad (zie randnummer 16 van deze beslissing).

29. Blijft de vraag wat moet worden verstaan onder een “redelijk” verzoek om aansluiting. Mag of moet van een mobiele operator verwacht worden dat hij ingaat op het verzoek om gesprekken via de gsm-gateway te termineren op zijn netwerk?

30. Het besluit van de mededeling van het BIPT van 4 augustus 2004 zegt hierover het volgende:

“Het Instituut is van mening dat gsm-gateways onder de volgende voorwaarden geïnstalleerd kunnen worden, hetzij voor eigen gebruik, hetzij voor installatie ten behoeve van derden:

1. de gsm-gateway die geïnstalleerd wordt voor eigen gebruik voldoet aan de toepasselijke reglementering betreffende radioapparatuur;
2. er moet toestemming zijn van de mobiele operator voor de installatie van een gsm-gateway voor exploitatie ten behoeve van derden; deze toestemming kan worden geweigerd wanneer de aanvraag tot installatie manifest onredelijk is of wanneer de installatie niet verenigbaar is met een of meerdere van de in punt 4.3.1 van deze nota genoemde essentiële eisen;
3. de exploitatie van een gsm-gateway ten behoeve van derden wordt aan het Instituut gemeld overeenkomstig artikel 90 van de wet van 21.3.1991; bij deze aangifte wordt ook het bewijs geleverd van de toestemming van de betreffende mobiele operator;
4. de exploitant van gsm-gateways verzekert, voor wat betreft het traject van de oproeper tot de gsm-gateway, de correcte naleving van artikel 109terE, § 2, van de wet van 21.3.1991.”

De mobiele operator moet dus zijn toestemming verlenen, maar kan die alleen weigeren in bepaalde gevallen, namelijk “wanneer de aanvraag tot installatie manifest onredelijk is”, of “wanneer de installatie niet verenigbaar is met een of meerdere van de in punt 4.3.1. (...) genoemde essentiële eisen”.

Punt 4.3.1 betreft de “exclusiviteit van gsm-frequenties”, en luidt als volgt:

“De gsm-frequenties zijn exclusief aan de gsm-operatoren toegewezen, dit overeenkomstig onder meer artikel 7, § 1 van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van gsm-mobilofonienetten. Gsm-operatoren hebben immers het alleenrecht op het gebruik van de hen toegewezen frequenties.

Zij kunnen evenwel toestaan dat derden onder hun gezag (dit is van de gsm-operatoren) gebruik maken van (een gedeelte van) dit spectrum. Dit is trouwens niet ongebruikelijk, gelet op het feit dat gsm-operatoren in het verleden contracten afsloten met exploitanten van gsm-gateways.

Art. 4, § 5, 2^{de} lid van het voornoemd koninklijk besluit van 7 maart 1995 bepaalt:

‘De operator mag (...) de toegang tot de dienst niet weigeren, noch schorsen, behalve in geval van fraude of wanneer blijkt of vermoed wordt dat de abonnee niet betaalt, of op grond van de volgende essentiële vereisten:

- a) de werkzekerheid van het netwerk;
- b) de handhaving van de integriteit van het netwerk;
- c) de interoperabiliteit van de diensten en van de netten in gerechtvaardigde gevallen;
- d) de bescherming van de overgebrachte gegevens in gerechtvaardigde gevallen.’”

In de volgende sectie, 4.3.2. “toestemming van de mobiele operator”, wordt verduidelijkt waarom aangenomen moet worden dat de mobiele operator toestemming moet verlenen, tenzij de vraag tot installatie “manifest onredelijk” zou zijn, of hij “goede gronden heeft om aan te nemen dat de installatie van een gsm-gateway niet verenigbaar is met de essentiële eisen” vermeld in 4.3.1.:

“Indien de mobiele operator zijn toestemming geeft, kan hij ook rekening houden met de gsm-gateway bij de dimensionering van zijn netwerk. Mobiele operatoren kunnen hun netwerk zodanig dimensioneren dat zij rekening houden met verkeer dat via een gsm-gateway verloopt en dat op die manier de verstoring van de werking van het netwerk kan worden vermeden. Dit kan besproken worden tussen de mobiele operator en de exploitant van de gsm-gateway.

Er is dus geen reden om aan te nemen dat, wanneer exploitanten van gsm-gateways toestemming hebben voor de installatie van gsm-gateways deze laatste de werking van het mobiele net zouden verstoren.”

31. In dezelfde mededeling van 4 augustus 2004 heeft het BIPT ook onderzocht of wettelijke of reglementaire verplichtingen die op operatoren rusten betreffende de mogelijkheid tot mededeling aan de overheid van identiteit van oproeper en opgeroepene en duur en tijdstip van de oproep, nog nageleefd kunnen worden als een gsm-gateway geïnstalleerd wordt.

Het BIPT komt tot de bevinding dat de installatie van een gsm-gateway niet in de weg staat aan de naleving van die verplichtingen, zodat de naleving van die verplichtingen niet als bezwaar tegen toestemming tot installatie van een gsm-gateway ingeroepen kan worden.

32. Ten slotte wijdt het BIPT in de mededeling van 4 augustus 2004 een sectie (4.4) aan “de eerlijke mededinging en het ontwijken van interconnectietarieven”:

“Wanneer een communicatie verloopt van een vast net naar een mobiel net of van het ene mobiele net naar het andere moet daarvoor een interconnectievergoeding betaald worden die merkkelijk hoger is dan het tarief dat wordt aangerekend voor een on-net communicatie.

Een oproep van het vaste net naar het mobiele net via een gsm-gateway verloopt als volgt:

- (a) op het vast gedeelte van de oproeper tot aan de gsm-gateway (met simkaart) waar een herroutering gebeurt;
- (b) van de gsm-gateway (met simkaart) naar het gsm-toestel (simkaart) van de opgeroepene, hetgeen door de mobiele operator als een mobiel gesprek wordt herkend.

Een oproep van een simkaart die hoort bij een mobiele operator naar een simkaart die hoort bij diezelfde mobiele operator, is een on-net-communicatie.

Een gebruiker van een gsm-gateway betaalt voor deze communicatie het correcte tarief, namelijk het on-net-tarief of, eventueel, in geval dat de gsm-gateway geen simkaart bevat die behoort tot het netwerk waarnaar de oproep afgewikkeld moet worden, het tarief voor een communicatie van het ene mobiele net naar het andere.”

(Tussen haakjes kan hier worden opgemerkt dat BMB terecht stelt dat uit de laatstaangehaalde zin niet volgt dat het eindgebruikstarief het correcte tarief voor een oproep van een simkaart uit een gsm-gateway behoort te zijn: de aangehaalde passage is niet normatief bedoeld, maar louter beschrijvend.)

Vervolgens geeft het BIPT de redenen waarom “het hier niet gaat om een inbreuk op de eerlijke mededinging of om het ontwijken van de interconnectietarieven”:

- Operatoren die niet beschikken over een sterke positie op de markt zijn wettelijk niet verplicht hun verkeer op een bepaalde manier af te wikkelen, en mogen hun verkeer dus de weg laten volgen die het meest kostenefficiënt is.

De draagwijdte van deze reden is niet helemaal duidelijk. Kennelijk is bedoeld dat alleen operatoren met sterke machtspositie afwikkeling via gsm-gateway moeten aannemen, juist omwille van die positie, en dat zij zich dus niet mogen beperken tot de meer kostenefficiënte interconnectie. Maar is het niet juist een kenmerk van de markt voor gespreksafgifte dat elke operator monopolist is op het eigen netwerk? Uit de vermelde reden blijkt echter hoe dan ook dat de enkele reden dat interconnectie efficiënter zou zijn, niet volstaat om gsm-gateways te weigeren.

- De wet sluit gsm-gateways niet uit, en geen enkel probleem dat tijdens de consultatie die de mededeling voorafging werd opgeworpen is onoplosbaar: “een gsm-gateway kan (...) een bron zijn van verstoring van de goede werking van het netwerk, en een mobiele operator moet in staat gesteld worden om via overleg met de exploitant van de gsm-gateway deze mogelijke verstoring te voorzien en zijn netwerk zodanig te dimensioneren dat een verstoring vermeden wordt”. Mogelijke verstoring is geen reden tot weigering van toestemming.

33. Zonder aan het principiële kenmerk van het standpunt van het BIPT, zoals verwoord in de mededeling van 4 augustus 2004, afbreuk te doen, moet toch vastgesteld worden dat het BIPT zelf het nuanceert.

In het nieuwe regelgevend kader is het BIPT terughoudend ten aanzien van gsm-gateways ten behoeve van derden. In zijn ontwerpbeslissing betreffende markt 16 (zie ook hierboven in randnummer 25) luidt het dat het gebruik ervan geen efficiënt gebruik maakt van het spectrum en dat een verplichting om het gebruik ervan te vergemakkelijken in strijd zou zijn met de doelstellingen die moeten worden nagestreefd overeenkomstig artikel 6, 4° van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, dat bepaalt:

“Bij de uitvoering van de taken die aan het Instituut krachtens deze wet zijn opgelegd, bevordert het de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en van bijhorende faciliteiten, op de volgende wijze:

(...)

4° het bevordert efficiënt gebruik en zorgt voor een efficiënt beheer van de radiofrequentie en de nummervoorraad.”

Hoewel de nieuwe regelgeving op voorliggend geval nog niet van toepassing is, mag worden aangenomen dat het motief van het niet optimaal gebruik van de radiofrequentie ook vandaag geldt. Voor het BIPT blijkt het op zichzelf echter geen reden te zijn om terug te komen op zijn mededeling van 4 augustus 2004.

In de afweging tussen de grotere toegankelijkheid van het netwerk van mobiele operatoren (niet beperkt tot interconnectie, maar ook gsm-gateway), en de relatief geringere efficiëntie van de gsm-gateway ten aanzien van interconnectie, kiest het BIPT vooralsnog voor het behoud van gsm-gateways.

34. Deze Raad ziet geen reden om zich niet aan te sluiten bij het standpunt van de mededeling van het BIPT, luidens hetwelk een speler met een sterke marktpositie (zoals BMB) in beginsel de installatie van een gsm-gateway ten behoeve van derden moet toestaan, tenzij het verzoek onredelijk is.

Met het BIPT en de verslaggever moet tot het besluit worden gekomen dat BMB een vraag van TPC tot aansluiting van haar gsm-gateways niet kan weigeren op de technische gronden die in de mededeling van het BIPT van 4 augustus 2004 en in het verslag van de verslaggever onderzocht werden. Overbelasting van het netwerk en andere technische problemen blijken immers door de mobiele operator opgevangen te moeten kunnen worden. Alleen het door TPC gewenste tarief zou kennelijk onredelijk kunnen zijn.

35. BMB doet gelden dat TPC geen verzoek in de zin van artikel 109ter, § 3, eerste lid van de Wet van 21 maart 1991 heeft ingediend, zodat BMB niet kan worden verweten niet te zijn ingegaan op een verzoek.

Andermaal dient deze kwestie zich echter niet aan zoals het door BMB wordt voorgesteld. In werkelijkheid heeft BMB zelf elk verzoek in de kiem gesmoord, door vanaf 15 oktober 2004 een aanbod te doen dat op interconnectietarieven gebaseerd was, en door aldus, in strijd met de draagwijdte van de mededeling van het BIPT van 4 augustus 2004, het onderscheid tussen interconnectie en toegang via gsm-gateway te miskennen. Met zo'n uitgangspositie voor verdere onderhandelingen, was het niet verwonderlijk dat TPC zich op het andere uiterste standpunt geplaatst heeft, en vroeg om voortzetting van de aansluiting of heraansluiting van haar gsm-gateways tegen eindgebruikerstarieven.

Het is wel degelijk duidelijk dat TPC aansluiting wil, en dat volstaat.

36. De volgende vraag is dan tegen welke tarieven BMB aansluiting zou moeten verlenen. Krachtens artikel 106, § 1 Wet 21 maart 1991 is BMB als organisatie met een sterke positie op de betrokken markt verplicht om voor deze vorm van bijzondere toegang het principe van de kostenoriëntering na te leven.

In een brief van 17 juni 2005 aan BMB heeft het BIPT, met verwijzing naar eerdere mondelinge berichten en brieven van 10 november 2004, 14 december 2004, en 21 februari 2005, het kostengeoriënteerd kenmerk van tariefaanbod van 15 oktober 2004 (gebaseerd op interconnectietarieven) betwist, en om verantwoording van de aangeboden tarieven gevraagd. (De inhoud van de brief van 17 juni 2005 wederspreekt trouwens de opwerping van BMB, op één bepaalde

plaats in haar schriftelijke opmerkingen, dat uit artikel 13 KB 7 maart 1995 zou voortvloeien dat het BIPT het aanbod stilzwijgend zou hebben goedgekeurd, door niet te reageren binnen de maand, opwerping die trouwens strijdig is met de elders door BMB verdedigde stelling luidens dewelke het BIPT nog geen standpunt heeft ingenomen nopens het aanbod.)

Op de vooravond van de afsluiting van TPC van het netwerk van BMB (29 juli 2005) heeft TPC aan het BIPT gevraagd BMB in gebreke te stellen “om een aanbod te formuleren dat kostengeoriënteerd en proportioneel is aan de door The Phone Company gevraagde diensten, en om niet tot afsluiting van de toegang van The Phone Company tot het netwerk van Belgacom Mobile over te gaan zolang een dergelijk aanbod niet voorligt”.

In een brief van 28 juli 2005 aan TPC antwoordt het BIPT, betreffende de oriëntering van de tarieven op de kosten:

“Vooreerst wat betreft het vaststellen van het kostengeoriënteerde karakter van het aanbod van BMB: zoals reeds vaker gesteld kan het Instituut daarover slechts uitspraak doen na voltooiing van de analyse van het kostenmodel van BMB. Zoals u weet is deze analyse momenteel aan de gang.

(...)

In de mededeling (van 4 augustus 2004) wordt dus gesteld dat het on-net-tarief correct is voor de communicatie van de simkaart in de GSM-gateway naar de simkaart van de opgeroepene.

Dit is evenwel slechts een onderdeel van de totale kost van de uitbating. Hierbij dienen ook andere kosten in aanmerking genomen te worden zoals de activatiekosten en de rental fee per cel. Wat het aandeel is van deze kosten kan slechts vastgesteld worden na de analyse van het kostenmodel.”

37. Tot dusver is dus bekend:

- dat TPC een verzoek tot aansluiting richt, bij voorkeur tegen eindgebruikerstarieven;
- dat BMB een aanbod tot aansluiting formuleert tegen tarieven die gebaseerd zijn op interconnectietarieven (eventueel vermeerderd met andere kosten);
- dat het BIPT noch de ene noch de andere tarieven beschouwt als zijnde georiënteerd op de kosten, maar dat volgens het BIPT kostengeoriënteerd zal zijn het tarief dat gelijk is aan het eindgebruikerstarief plus andere kosten zoals de activatiekosten en de rental fee per cel, die afhankelijk zijn van het kostenmodel van BMB.

38. Het standpunt van BMB met betrekking tot het tarief is het volgende. Enerzijds doet zij gelden dat de Raad voor de Mededinging niet bevoegd is om te oordelen of een bepaald tarief kostengeoriënteerd is of niet; die bevoegdheid komt alleen het BIPT toe. Maar anderzijds kan volgens haar een eindgebruikerstarief voor een vocale oproep nooit kostengeoriënteerd zijn, omdat de prijs ervan bepaald is in functie van een geheel van diensten, en bekritiseert zij de inhoud van de brief van het BIPT aan TPC van 28 juli 2005.

Uit dit dilemma is slechts één uitweg mogelijk, namelijk de norm gesteld in de brief van 28 juli 2005 (eindgebruikerstarief plus andere kosten zoals activatiekosten en rental fee per cel) voorlopig aan te houden, onder voorbehoud van nadere beoordeling van de kostenoriëntatie door het BIPT. Zoals BMB zelf opmerkt laat de notie “andere kosten” verdere invulling toe. De verwijzing naar een “eindgebruikerstarief” hoeft dus niet noodzakelijk te betekenen dat BMB zich nooit zal kunnen vinden in de beoordeling van de kostenoriëntatie door het BIPT in de lijn van de brief van 28 juli 2005.

39. Aldus dient volgende oplossing van het voorliggende geschil zich aan.

In de eerste plaats dient TPC te laten weten of zij er belangstelling voor heeft dat haar gsm-gateways aangesloten worden tegen de tarieven die het BIPT in de brief van 28 juli 2005 kostengeoriënteerd heeft genoemd.

Is dat niet het geval, dan hoeft geen verzoek van TPC door BMB in overweging te worden genomen. Het geschil in de zin van artikel 4 Wet 17 januari 2003 Rechtsmiddelen en Geschillenbehandeling is dan beslecht in het voordeel van BMB.

Is dat wel het geval, dan dient TPC een concreet verzoek aan BMB in richten. Dient TPC effectief een verzoek in, dan moet BMB een tariefaanbod formuleren dat kostengeoriënteerd is in de door het BIPT in de brief van 28 juli 2005 gewenste zin. Wordt dit aanbod goedgekeurd door het BIPT en aanvaard door TPC, dan is BMB tot aansluiting verplicht, overeenkomstig het verzoek van TPC.

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

Uitspraak doende over een geschil tussen telecommunicatieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten met betrekking tot bijzondere toegang, zoals is bedoeld in artikel 4 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 Belgische post- en telecommunicatiesector,

Zegt dat The Phone Company geen aanspraak kan maken op de aansluiting van één of meerdere gsm-gateways op het mobiele netwerk van Belgacom Mobile zonder schriftelijk verzoek tot aansluiting aan Belgacom Mobile,

Beveelt dat dit verzoek, zo het wordt ingediend bij Belgacom Mobile, door The Phone Company tevens ter kennis van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie en van de Raad voor de Mededinging wordt gebracht,

Zegt dat The Phone Company zich in dit verzoek bereid moet tonen tot aansluiting tegen tarieven die gelijk zijn aan eindgebruikerstarieven te vermeerderen met andere kosten zoals de activatiekosten en de rental fee per cel,

Beveelt Belgacom Mobile om ten laatste de dertigste dag na deze van ontvangst van het verzoek (of de eerstvolgende werkdag, zo de dertigste dag op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag valt) een concreet tariefaanbod te formuleren, dat georiënteerd is op de kosten, in die zin dat het gelijk is aan eindgebruikerstarieven te vermeerderen met andere kosten zoals activatiekosten en de rental fee per cel,

Nodigt het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie uit het tarief vast te stellen, indien het tariefaanbod van Belgacom Mobile niet volgt binnen de oplegde termijn,

Zegt dat het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie het tariefaanbod van Belgacom Mobile zal beoordelen op zijn oriëntatie op de kosten, waarmee bedoeld is dat het tarief gelijk moet zijn aan een eindgebruikerstarief te vermeerderen met andere kosten zoals activatiekosten en de rental fee per cel, tenzij dit Instituut intussen een andere opvatting betreffende de kostenoriëntatie zou zijn toegedaan dan deze vermeld in zijn boven aangehaalde brief aan The Phone Company van 28 juli 2005,

Beveelt Belgacom Mobile in voorkomend geval haar tariefaanbod aan te passen tot het de goedkeuring van het Instituut kan wegdragen,

Beveelt Belgacom Mobile de gesprekken afkomstig van de simkaarten in de gsm-gateways, voorwerp van het verzoek van The Phone Company, af te geven aan opgeroepen die op haar mobiel netwerk aangesloten zijn, ten laatste de achtste werkdag na de schriftelijke aanvaarding van het aanbod van Belgacom Mobile door The Phone Company.

Aldus beslist op 1 september 2006 door een kamer van de Raad voor de Mededinging bestaande uit Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging, en Christian Huveneers en Robert Vanosselaer, leden van de Raad voor de Mededinging.