

numéro de répertoire/ Repertoriumnummer <b>2019/ 884</b>
date de la prononciation/ datum van uitspraak  <b>30/01/2019</b>
numéro de rôle/rolnummer  <b>2018 AR 1446 tot en met 1453 en 2018 AR 1461 gevoegd</b>  <b>2018 AR 1446 à 1453 inclus et 2018 AR 1461 joints</b>

### Expédition/uitgifte

délivrée à/uitgereikt aan	délivrée à/uitgereikt aan	délivrée à/uitgereikt aan
le/op	le/op	le/op
€	€	€
BUR /CIV	BUR /CIV	BUR/CIV

# Cour d'appel Bruxelles/Hof van Beroep Brussel

**Section Cour des marchés / Sectie  
Marktenhof**

**19<sup>ème</sup> chambre A – Kamer 19 A**

**Chambre des marchés – Kamer voor  
marktzaken**

présenté le/aangeboden op
ne pas enregistrer/niet te registreren

**Arrêt - Arrest**

**Zaken 2018 AR 1446 tot en met 1453 en 2018 AR 1461 gevoegd /  
affaires 2018 AR 1446 à 1453 inclus et 2018 AR 1461 jointes**

TELENET BVBA, met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen,  
Liersesteenweg 4,

*Verzoekster,*

Vertegenwoordigd door Mr. Thomas De Meese en Mr. Karl Stas, advocaten,  
kantoorhoudende te 1000 Brussel, Joseph Stevensstraat 7 ;

TELENET sprl, dont le siège social est établi à 2800 Mechelen,  
Liersesteenweg, 4, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le  
numéro 0473.416.418,

*Requérante en intervention volontaire*

Resprésentée par M. Thomas De Meese en M. Karl Stas, avocats à 1000  
Bruxelles, rue Joseph Stevens 7;

La s.a. NETHYS, dont le siège social est établi à 4000 Liège, rue Louvrex  
95,

*Requérante,*

Ayant pour conseils M. Jean Bourtembourg, avocat, dont le cabinet est  
établi à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24, et M. Peter L'Ecluse, Mme  
Valérie Lefever et Mme Eléonore Waterkeyn, avocats, dont le cabinet est  
établi à 1170 Bruxelles, Chaussée de la Hulpe, 166 ;

BRUTELE S.C., dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, rue de  
Naples, 29,

*Requérante,*

Ayant pour conseils M. Jean Bourtembourg, avocat, dont le cabinet est  
établi à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24, et M. Peter L'Ecluse, Mme  
Valérie Lefever et Mme Eléonore Waterkeyn, avocats, dont le cabinet est  
établi à 1170 Bruxelles, chaussée de la Hulpe, 166 ;

*Contre*

La CONFÉRENCE DES RÉGULATEURS DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES, personne morale de droit public, dont la présidence est assurée actuellement par le Vlaamse Regulator voor de Media, représenté par M. Carlo Adams, dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, avenue Roi Albert II 20 - boîte 21,

*Partie défenderesse,*

Ayant pour conseils M. Sébastien Depré, M. Philippe Vernet et M. Evrard de Lophem, avocats, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, Place Flagey, 7.

Tegen

De CONFERENTIE VAN REGULATOREN VOOR DE ELEKTRONISCHE COMMUNICATIESECTOR, rechtspersoon van publiek recht, waarvan het voorzitterschap momenteel ligt bij de Vlaamse Regulator voor de Media, vertegenwoordigd door de heer Carlo Adams, waarvan de zetel gevestigd is te 1000 Brussel, Koning Albert II-laan 20 - bus 21,

*Verwerende partij,*

Vertegenwoordigd door Mr. Sébastien Depré, Mr. Philippe Vernet en Mr. Grégoire Ryelandt, advocaten, kantoor houdende te 1050 Brussel, Flageyplein 7;

In aanwezigheid van:

ORANGE BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel te 1140 Brussel, Bourgetlaan 3, vertegenwoordigd door de heer Johan Deschuyffeleer, Voorzitter van de Raad van Bestuur en de heer Michaël Trabbia, gedelegeerd bestuurder en lid van de raad van bestuur,

*Verzoekster tot vrijwillige tussenkomst,*

Vertegenwoordigd door Mr. Pierre Goffinet en Mr. Emmanuel van Nuffel en Mr. Munungu Kevin, advocaten, kantoor houdende te 1050 Brussel, Louizalaan 81 ;

En présence de :

ORANGE BELGIUM SA, dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, avenue du Bourget 3, représentée par Monsieur Johan Deschuyffeleer, Président du conseil d'administration et Monsieur Michaël Trabbia, administrateur délégué et membre du conseil d'administration,

*Requérante en intervention volontaire,*

Ayant pour conseils M. Pierre Goffinet et M. Emmanuel van Nuffel et M. Kevin Munungu, avocats, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise 81,

\*\*\*\*\*

**I. l'arrêt interlocutoire du 3 octobre 2018 / het tussenarrest van 3 oktober 2018 :**

**1.a.**

Par son arrêt interlocutoire du 3 octobre 2018, la Cour des marchés a décidé comme suit :

*Déclare le recours de BRUTELE en cause 2018 AR 1461, recevable;*

*Joint les recours connus sous les numéros de rôle 2018 AR 1446 à 1453 inclus et 2018 AR 1461 pour cause de connexité;*

*Dit que tous ces recours seront jugés par la Cour des marchés dans le cadre d'une procédure bilingue dans laquelle toute discussion éventuelle concernant l'interprétation due à ce statut bilingue sera tranché exclusivement par la Cour des marchés en vertu des articles 793 et suivants du Code judiciaire ;*

*Suspend la décision au fond quant à tous ces recours en attendant une décision coulée en force de chose jugée émanant des tribunaux de l'Union Européenne sur le recours introduit par TELENET et connu sous le numéro de rôle T-470/18 ;*

*Rouvre les débats à l'audience du 12 décembre 2018 à 9.30 h. pour 180 minutes afin d'entendre les parties sur la question posée par la Cour (voir le point 6 ci-devant) et sur la demande de TELENET de suspendre l'exécution des décisions attaquées ;*

*Dit que les parties se tiendront au calendrier convenu ;*

*Réserve le surplus;*

Bij tussenarrest van 3 oktober 2018 heeft het Marktenhof beslist:

*Verklaart het beroep door BRUTELE onder 2018 AR 1461 ontvankelijk;*

*Voegt de beroepen gekend onder de rolnummers 2018 AR 1446 tot en met 1453 en 2018 AR 1461 samen wegens verknochtheid;*

*Zegt dat alle voornoemde beroepen door het Marktenhof zullen beoordeeld worden bij wijze van een tweetalige rechtspleging waarbij een eventueel geschil met betrekking tot de interpretatie omwille van de tweetaligheid enkel door het Marktenhof zal beslecht worden op basis van de artikelen 793 en volgende Ger. W.;*

*Schort de behandeling ten gronde van al de voornoemde beroepen op totdat er door de gerechten van de Europese Unie bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing uitspraak zal gedaan zijn over het beroep van TELENET gekend onder rolnummer T-470/18;*

*Heropent de debatten ter terechtzitting van 12 december 2018 om 9.30 uur voor 180 minuten teneinde de partijen te horen over de door het Hof gestelde vraag (zie punt 6 hiervoor) en over de vordering van TELENET tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen ;*

*Zegt dat de partijen zich dienaangaande dienen te houden aan de overeengekomen conclusiekalender;*

*Houdt de verdere behandeling aan;*

**1.b.**

La question posée au point 6 de l'arrêt interlocutoire du 3 octobre 2018 est la suivante:

« Dans la mesure où l'article 47 du CDFUE offre à « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés [...] un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article » et notamment « [...] que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. [...] » et que l'accord de coopération garantit un recours en pleine juridiction dans lequel la Cour statue comme en référé, mais que ce recours n'est pas suspensif sauf si la cour prononce la suspension de la décision concernée et ce alors que la Cour statuera en pleine juridiction la Cour soumet aux parties la question de savoir dans quelle mesure il

y aurait lieu ou non que la Cour prenne – dans le cadre de sa pleine juridiction – des mesures tendant à régler temporairement (en attendant la décision du tribunal de l'Union Européenne) la situation des parties mais également la situation du marché. »

De in punt 6 van het tussenarrest van 3 oktober 2018 gestelde vraag is de volgende :

“In de mate dat artikel 47 HGEU aan *“ieder persoon wier door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden [...] een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden”* en inzonderheid “[...] [het] recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld [..]” en dat het samenwerkingsakkoord een verhaal met volle rechtsmacht waarborgt waarbij het Hof rechtspreekt zoals in kortgeding, maar dat het beroep geen schorsende werking heeft tenzij indien het hof de schorsing van de bestreden beslissing uitspreekt daar waar het Hof oordeelt met volle rechtsmacht legt het Hof aan de partijen de vraag voor te weten in welke mate er al dan niet aanleiding bestaat opdat het Hof – in het kader van zijn volle rechtsmacht – maatregelen zou nemen om tijdelijk (in afwachting dat het gerecht van de Europese Unie zich uitspreekt) de positie van de partijen maar tevens de toestand van de markt te regelen.”

## **II. le débat limité après la réouverture des débats / het beperkte debat na de heropening van de debatten :**

2.a.

Les parties ont pris des conclusions dans lesquelles la question posée par la Cour des marchés est abordée. Certaines conclusions contiennent des moyens qui dépassent les limites de la réouverture des débats.

Dans la mesure où des moyens sont de nature à outrepasser l'objet de la réouverture des débats, ces moyens sont irrecevables.

Les moyens soulevés sont les suivants :

De partijen hebben geconcludeerd over de door het Marktenhof gestelde vraag.

In de mate dat de middelen het voorwerp van de heropening der debatten overstijgt, zijn de middelen niet ontvankelijk.

De volgende middelen worden ontwikkeld:

Par TELENET / door TELENET:

3. middelen ingeroepen ter ondersteuning van de aanspraken van conluante:

3.1 eerste middel: het Marktenhof is verplicht om voorlopige maatregelen ter bescherming van de belangen van de partijen te onderzoeken, zelfs ambtshalve

3.2 tweede middel: de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen is noodzakelijk om het recht van de verzoekende partijen op een doeltreffend beroep (artikel 4 van de kaderrichtlijn, artikel 47 van het handvest van de grondrechten van de EU) en de doeltreffendheid van de einduitspraak van het Marktenhof te vrijwaren

3.3 derde middel: er zijn ernstige gronden om de wettigheid van de bestreden beslissingen in vraag te stellen. De middelen van Telenet zijn prima facie ernstig en uw hof mag in het kader van het onderzoek van de vordering tot schorsing ook rekening houden met middelen die verband zouden houden met het beroep tot vernietiging ingeleid voor het gerecht van de Europese unie

3.3.1 eerste onderdeel: de vordering tot schorsing is gebaseerd op prima facie ernstige middelen ter vernietiging

3.3.2 tweede onderdeel: uw hof mag bij het onderzoek van de vordering tot schorsing rekening houden met middelen die verband zouden houden met het beroep tot vernietiging ingeleid voor het gerecht van de Europese Unie

3.4 vierde middel: de schorsing is in casu niet onderworpen aan een vereiste van "spoedeisendheid" of van een "moeilijk te herstellen ernstig nadeel" of, ondergeschikt, indien deze vereiste al toepasselijk is, kan bij de beoordeling ervan geen abstractie gemaakt worden van de te voorziene duur van de procedure

3.4.1 eerste onderdeel (in hoofdorde): de schorsing is niet onderworpen aan een vereiste om "spoedeisendheid" of een "moeilijk te herstellen ernstig nadeel" aan te tonen

3.4.2 tweede onderdeel: voor zover de MTHEN-voorwaarde (en de belangenafweging) toepasselijk is, kan deze in elk geval niet beoordeeld worden los van de te verwachten procesduur

3.5 vijfde middel (ondergeschikt): de verzoekende partijen riskeren ernstige en moeilijk te herstellen (of zelfs onherstelbare) gevolgen als gevolg van de procesduur

3.6 zesde middel: voor zover uw hof een belangenafweging mag of moet uitvoeren, weegt deze belangenafweging hoe dan ook door in het voordeel van een schorsing van de bestreden beslissingen

3.6.1 Telenet moet de beschikbare rechtsmiddelen tegen de handeling van de commissie kunnen uitputten

3.6.2 de collectieve belangen die de CRC-beslissing geacht wordt te beschermen verantwoordt niet de uitvoering van prima facie onwettige beslissingen

3.6.3 de belangenafweging moet doorwegen in het voordeel van een schorsing

#### 4 antwoord op de vragen gesteld door uw hof

4.1 zevende middel: de vordering tot schorsing is gebaseerd op het beginsel van de unietrouw in combinatie met het door het unierecht gegarandeerde grondrecht op een doeltreffend beroep

4.2 achtste middel: de bestreden beslissingen onverkort van toepassing laten tijdens de procesduur zou onvereenigbaar zijn met recht op een behandeling van de zaak binnen een "redelijke termijn"

4.3 negende middel: het Marktenhof kan andere voorlopige maatregelen nemen dan de schorsing van de bestreden beslissing

4.4 tiende middel: het is noodzakelijk en gepast de bestreden beslissingen in hun geheel te schorsen

#### Par NETHYS-BRUTELE / door NETHYS-BRUTELE:

3.1.1 Premier moyen à titre principal : La Demande principale des Concluantes se distingue d'une demande de suspension au sens de la jurisprudence citée par la CRC parce que cette Demande constitue une mesure conservatoire répondant à la suspension de la procédure demandée par la CRC

3.1.2 Deuxième moyen à titre principal : L'article 5 de l'Accord de Coopération renvoie explicitement au Code judiciaire, lequel prévoit en son article 19, alinéa 3, la possibilité de suspendre les Décisions Contestées

3.1.3 Troisième moyen à titre principal : Le pouvoir de pleine juridiction de Votre Cour lui permet a fortiori d'adopter des mesures provisoires telles que la suspension des Décisions Contestées

3.1.4 Quatrième moyen à titre principal : Le caractère « comme en référé » de la procédure prévue par l'Accord de Coopération est nécessairement enfreint si un retard significatif dans la procédure n'est pas compensé par une suspension des Décisions Contestées

3.1.5 Cinquième moyen à titre principal : Bien que non entièrement comparable à la présente affaire, l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Masterfoods confirme la compétence de Votre Cour de suspendre l'exécution des Décisions Contestées

3.1.6 Sixième moyen à titre principal : Votre Cour est tenue par le droit des Concluantes à un recours effectif (article 47 de la Charte des droits fondamentaux), lequel exige, lorsque la procédure de recours est suspendue, que la mesure qui fait l'objet de ce recours puisse l'être également

3.2.1 Septième moyen à titre principal : La protection du droit des Concluantes à un recours effectif ne peut être assortie d'aucune condition qui limiterait la portée de ce droit fondamental

3.2.2 Huitième moyen à titre principal : Aucune des bases légales sur lesquelles repose la Demande des Concluantes n'inclut de conditions particulières

3.2.3 Neuvième moyen à titre principal : Votre Cour ne peut limiter le droit des Concluantes en assortissant l'exercice de ce droit de conditions sans base légale

3.3.1 Dixième moyen à titre principal : Toute mesure provisoire visant à contrebalancer l'atteinte au droit des Concluantes à un recours effectif devrait s'appliquer à l'ensemble des Décisions Contestées

3.3.2 Onzième moyen à titre principal : Une suspension temporaire de l'exécution des Décisions Contestées ne peut nuire de manière disproportionnée à l'intérêt général puisque la CRC elle-même a pris plusieurs années pour les adopter

3.3.3 Douzième moyen à titre principal : La suspension de l'ensemble des Décisions Contestées ne nuirait pas à l'intérêt général, comme le montre la nullité des tarifs de gros de 2016 depuis le 1er mai 2018

4.1.1 Moyen unique à titre subsidiaire : Votre Cour a le pouvoir d'acter une situation de fait proposée par les Concluantes à titre temporaire le temps de la suspension de la procédure de recours devant Votre Cour

Par ORANGE / door ORANGE:

iii. moyens préliminaires - incident de procédure sur les conclusions d'ORANGE BELGIUM

1. *moyen 1 : déloyauté procédurale et méconnaissance droits de la défense d'ORANGE BELGIUM*
2. *moyen 2 : ORANGE BELGIUM a le droit de déposer des conclusions de synthèse*
- iv. *moyens concernant la demande de suspension*
  - a. *moyens relatifs à la sauvegarde du droit à un recours effectif par l'adoption de mesures provisoires*
3. *moyen 3 : la mesure provisoire est un élément constitutif du droit à un recours effectif*
4. *moyen 4 : la mesure provisoire, obligation ou faculté ?*
  - b. *moyens relatifs à l'application des conditions devant être réunies pour ordonner la suspension des effets des décisions contestées*
5. *moyen 5 : les moyens invoqués par Telenet, Brutele et Nethys en vue d'obtenir l'annulation des décisions contestées ne sont pas prima facie sérieux*
6. *moyen 6 : la condition relative à l'urgence et à l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable n'est pas remplie en l'espèce*
7. *moyen 7 : la balance des intérêts en présence penche en faveur du maintien de l'exécution des décisions contestées*
8. *moyen 8 : la demande subsidiaire formulée par Brutele, Nethys et Telenet entraînera une dégradation de la concurrence sur le marché des communications électroniques. elle ne peut donc pas être suivie par la cour des marchés*
9. *moyen 9 : sur la suspension totale ou partielle des décisions contestées*

Par la CRC / door de CRC :

MOYEN RELATIF À L'OBJET DE LA DEMANDE | MIDDEL AANGAANDE  
HET VOORWERP VAN DE VORDERING

MOYEN 1 | MIDDEL 1

*Les demandes formulées par Telenet et par Nethys et Brutélé ont pour objet principal la suspension de l'exécution des décisions contestées dans l'attente d'un arrêt de la Cour des marchés au fond.*

*De vorderingen van Telenet en van Nethys en Brutélé hebben hoofdzakelijk tot voorwerp de schorsing te bekomen van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen in afwachting van een arrest van het Marktenhof over de grond van de zaak.*

*B. MOYENS RELATIFS À LA POSSIBILITÉ D'OBTENIR LA SUSPENSION DES DÉCISIONS DE LA CRC | MIDDELEN AANGAANDE DE MOGELIJKHEID DE SCHORSING VAN DE BESLISSINGEN VAN DE CRC TE BEKOMEN*

*1. Sur l'absence de caractère suspensif des recours | aangaande de afwezigheid van opschortende werking van de beroepen*

*MOYEN 2 | MIDDEL 2*

*Le principe général de légalité ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs, la continuité du service public, les privilèges du préalable et de l'exécution d'office impliquent que les recours contre les décisions de la CRC ne sont pas suspensifs. L'article 5, alinéa 5, de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 le confirme expressément.*

*Het algemeen wettigheidsbeginsel, het beginsel van de scheiding der machten, de continuïteit van de openbare diensten en het "privilège du préalable" impliceren dat de beroepen tegen de beslissingen van de CRC geen schorsende werking hebben. Artikel 5, alinea 5, van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 bevestigt dit uitdrukkelijk.*

*2. Sur la base légale permettant de fonder une demande exceptionnelle de suspension | aangaande de wettelijke grondslag van een vordering tot schorsing, bij uitzondering*

*MOYEN 3 | MIDDEL 3*

*L'article 5, alinéa 5, de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 permet, à titre exceptionnel la suspension de l'exécution des décisions de la CRC. Il n'existe qu'un seul « type » de suspension.*

*Artikel 5, alinea 5 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 laat in uitzonderlijke gevallen de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissingen van de CRC toe. Er bestaat slechts één "type" van schorsing.*

*2.2 Sur l'arrêt Masterfoods | Aangaande het arrest Masterfoods*

*MOYEN 4 | MIDDEL 4*

*L'arrêt Masterfoods de la Cour de justice ne procure pas une base « légale » alternative à l'Accord de coopération pour demander la suspension des décisions attaquées, sans conditions.*

*Het arrest Masterfoods van het Hof van Justitie bevat geen “wettelijke” basis die een alternatief kan vormen voor de toepassing van het Samenwerkingsakkoord en toelaat de schorsing van de bestreden beslissingen te vorderen zonder deze aan voorwaarden te onderwerpen.*

*2.3 Sur le droit à un recours effectif | Aangaande het recht op een doeltreffend beroep*

*MOYEN 5 | MIDDEL 5*

*Le droit à un recours effectif des requérantes n'impose pas que les décisions contestées de la CRC soient automatiquement suspendues.*

*Het recht van de verzoekende partijen op een doeltreffend beroep heeft niet tot gevolg dat de bestreden beslissingen automatisch geschorst worden.*

*2.4 Sur l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire | Aangaande artikel 19, alinea 3 van het Gerechtelijk Wetboek*

*MOYEN 6 | MIDDEL 6*

*L'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire n'offre pas une base légale alternative à l'article 5 de l'Accord de coopération pour suspendre les décisions contestées.*

*Artikel 19, alinea 3 van het Gerechtelijk Wetboek vormt geen alternatieve wettelijke basis voor artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord om de bestreden beslissingen te schorsen.*

*2.5 Sur la compétence de pleine juridiction | Aangaande de volle rechtsmacht*

*MOYEN 7 | MIDDEL 7*

*La compétence de pleine juridiction de la Cour n'offre pas une base légale alternative à l'article 5 de l'Accord de coopération pour suspendre les décisions contestées.*

*De volle rechtsmacht van het Hof vormt geen alternatieve wettelijke basis voor artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord om de bestreden beslissingen te schorsen.*

*2.6 Sur la nature des mesures dérogatoires | Aangaande de aard van de afwijkende maatregelen*

*MOYEN 8 | MIDDEL 8*

*L'article 5 de l'Accord de coopération ne permet que la suspension des décisions de la CRC.*

*Artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord laat enkel toe de beslissingen van de CRC te schorsen.*

3. *Sur l'interprétation de l'Article 5 de l'Accord de coopération | Aangaande de interpretatie van artikel 5 van het samenwerkingsakkoord*

3.1 *Principes | Principes*

*MOYEN 9 | MIDDEL 9*

*Bien que l'Accord de coopération ne prévoie pas expressément les conditions pour obtenir la suspension d'une décision de la CRC, les principes généraux du droit de légalité et de séparation des pouvoirs, les principes d'égalité et de non-discrimination ainsi que la continuité du service public et les privilèges du préalable et de l'exécution d'office impliquent que le juge ne peut suspendre l'exécution d'une décision administrative sans que des moyens sérieux d'annulation soient présentés, que l'exécution immédiate de la décision en question risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable à la partie requérante, et que la balance des intérêts penche en faveur de la suspension.*

*Hoewel het Samenwerkingsakkoord niet uitdrukkelijk de voorwaarden voorziet voor de schorsing van een beslissing van de CRC, impliceren de algemene rechtsbeginselen van wettigheid en van scheiding der machten, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, de continuïteit van de openbare diensten en het "privilège du préalable", dat de rechter de tenuitvoerlegging van een administratieve beslissing niet kan schorsen zonder dat er ernstige middelen ter vernietiging worden voorgelegd, zonder dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel toebrengt aan de verzoekende partij en zonder dat de belangenafweging neigt naar schorsing.*

3.2 *Sur la nécessité d'une interprétation conforme au droit de l'Union | Aangaande de noodzaak van een interpretatie die conform is aan het Europees recht*

*MOYEN 10 | MIDDEL 10*

*L'article 5 de l'Accord de coopération doit être interprété conformément au droit de l'Union européenne en général et au cadre réglementaire européen des communications électroniques en particulier.*

*Artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord moet conform aan het Europees recht in het algemeen en aan het Europees regelgevingskader voor elektronische communicatie in het bijzonder geïnterpreteerd worden.*

*Première branche : le juge national est tenu d'interpréter le droit national de manière conforme au droit de l'Union européenne*

*Deuxième branche : plus particulièrement, la Cour des marchés est tenue d'interpréter l'Accord de coopération à la lumière du cadre réglementaire en matière de communications électroniques.*

*Eerste onderdeel: de nationale rechter is gehouden het nationale recht te interpreteren overeenkomstig het recht van de Europese Unie*

*Tweede onderdeel: het Marktenhof is er meer in het bijzonder toe gehouden om het Samenwerkingsakkoord te interpreteren in het licht van het regelgevingskader voor elektronische communicatie*

### **C. MOYENS RELATIFS AUX CONDITIONS REQUISES POUR OBTENIR LA SUSPENSION | MIDDELEN AANGAANDE DE VEREISTE SCHORSINGSVOORWAARDEN**

#### **1. Sur la charge de la preuve | Aangaande de bewijslast**

##### **MOYEN 11 | MIDDEL 11**

*Dès lors que la suspension d'une décision de la CRC constitue une exception au principe selon lequel les recours contre une telle décision ne sont pas suspensifs, c'est à la partie requérante qu'il appartient de démontrer que les conditions de la suspension sont remplies.*

*Aangezien de schorsing van een beslissing van de CRC een uitzondering uitmaakt op het principe dat de beroepen tegen een dergelijke beslissing geen schorsende werking hebben, is het aan verzoekende partij te bewijzen dat de voorwaarden voor schorsing vervuld zijn.*

#### **2 Sur le Sérieux des moyens | Aangaande de ernst van de middelen**

##### **MOYEN 12 | MIDDEL 12**

*Les moyens « sérieux » susceptibles de conduire à la suspension de l'exécution des décisions contestées sont ceux qui, après un premier examen succinct, révèlent à l'évidence une illégalité ou une erreur manifeste d'appréciation pouvant conduire à l'annulation de l'acte attaqué.*

*De "ernstige" middelen die zouden kunnen leiden tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen zijn de middelen die op het eerste gezicht (prima facie) reeds aantonen dat er sprake is van een onwettelijkheid of van een kennelijke beoordelingsfout die bijgevolg tot de vernietiging van de bestreden rechtshandeling kunnen leiden.*

#### **2.2 Sur les moyens invoqués par Nethys et Brutélé**

##### **MOYEN 13**

*Les trois moyens invoqués par Nethys et Brutélé à l'appui de leur demande de suspension manquent de sérieux. Un examen succinct*

*suffit, en effet, à aboutir à la conclusion que, prima facie, la décision ne contient aucun vice de forme sur les trois points visés par les requérantes.*

*A défaut de moyens sérieux, la demande de suspension de Nethys et Brutélé ne peut pas être accueillie par la Cour des marchés.*

### *2.3 Wat betreft de middelen ingeroepen door Telenet*

#### *MIDDEL 14*

*Telenet bewijst niet dat de 13 middelen die zij inroept ter ondersteuning van haar vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing ernstig zijn. Een prima facie onderzoek van de ingeroepen ernst van de middelen volstaat om de vordering van Telenet af te wijzen. In elk geval is geen enkel middel afdoende ernstig om op het eerste zicht de gehele beslissing te vernietigen, zeker gezien de nadelige gevolgen voor de begunstigden van de regulering, de consumenten en de mededinging.*

*3. Sur le risque de préjudice grave et difficilement réparable | aangaande het risico op een ernstig en moeilijk herstelbaar nadeel*

### *3.2 Sur le risque de préjudice de Nethys et de Brutélé*

#### *MOYEN 15*

*Nethys et Brutélé ne démontrent pas quel préjudice grave et irréparable leur causerait l'absence de suspension des décisions attaquées dans l'attente d'un arrêt au fond. Les requérantes ignorent totalement cet élément.*

*A défaut de rencontrer cette condition, la demande de suspension de Nethys et Brutélé ne peut pas être accueillie par la Cour des marchés.*

### *3.3 Wat betreft het beweerde moeilijk te herstellen en ernstig nadeel van Telenet*

#### *MIDDEL 16*

*Telenet bewijst niet in concreto dat het ingeroepen nadeel specifiek, persoonlijk en moeilijk te herstellen is. Evenmin toont Telenet aan dat zonder de beweerde onwettelijkheid van de beslissing, het nadeel zich niet zou voordoen.*

*Dit middel van Telenet (dat Telenet in ondergeschikte orde inroept) dient aldus afgewezen te worden als ongegrond.*

### *4.2 Sur les conséquences d'une suspension | Aangaande de gevolgen van een schorsing*

#### *MOYEN 17 | MIDDEL 17*

*Vu la jurisprudence de la Cour des marchés concernant la validité temporelle des décisions d'analyse de marché, la suspension de l'exécution des décisions contestées devrait avoir comme conséquence de libérer les requérantes de toute contrainte réglementaire et de mettre « hors-jeu » le régulateur. Un tel vide réglementaire serait directement préjudiciable aux bénéficiaires de la régulation, qu'il s'agisse des demandeurs d'accès ou des utilisateurs finals. Cela suffit à faire pencher la balance des intérêts en faveur de l'exécution des décisions contestées dans l'attente de l'arrêt au fond.*

*Rekening houdende met de rechtspraak van het Marktenhof betreffende de tijdelijke geldigheid van de marktanalyse zou een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen tot gevolg hebben dat de verzoekende partijen bevrijd worden van elke reglementaire verplichting en dat de regulator "buiten spel" wordt gezet. Een dergelijk gebrek aan regulering zou een onmiddellijk nadeel toebrengen aan de begunstigden van de regulering, zowel voor de toegangsaanvragers als voor de eindgebruikers. Dit volstaat om te besluiten dat de belangenafweging in het voordeel van de uitvoering van de bestreden beslissing doorweegt, in afwachting van het arrest over de grond van de zaak.*

#### *4.3 Sur la balance des intérêts invoquée par Nethys et Brutélé*

##### *MOYEN 18*

*La balance des intérêts en présence ne penche pas en faveur d'une suspension.*

#### *4.4 Aangaande de belangenafweging ingeroepen door Telenet*

##### *MIDDEL 19*

*De belangenafweging weegt door naar een niet-schorsing gezien het nadeel voor de begunstigden van de regulering (de markt en de consumenten) veel groter is dan het nadeel dat Telenet zou lijden.*

#### *D. MOYENS RELATIFS AUX ENGAGEMENTS PROPOSES PAR LES REQUERANTES | MIDDELEN AANGAANDE DE DOOR DE VERZOEKENDE PARTIJEN VOORGESTELDE VERBINTENISSEN*

##### *1. La demande subsidiaire de Nethys et de Brutélé*

##### *MOYEN 20*

*L'engagement proposé par Nethys et Brutélé de continuer à offrir un accès à Orange aux conditions opérationnelles et tarifaires appliquées au 31 juillet 2018 aurait pour effet direct de priver les bénéficiaires de la régulation de l'effet utile de la régulation mise en place par les décisions contestées, au préjudice du développement de la concurrence et des intérêts des utilisateurs finals. Les bénéficiaires de la régulation en*

*subiraient un préjudice irréversible, ce que la Cour d'appel a jugé inadmissible. Il en résulterait une situation inconciliable avec les termes des arrêts du 25 octobre 2017 et du 3 octobre 2018 (méconnaissance du principe du respect de la foi due aux actes authentiques – articles 1319 et 1320 du Code civil).*

## *2. De verbintenis van Telenet*

### *MIDDEL 21*

*De door Telenet voorgestelde verbintenis om de regelgeving die door of op basis van de marktanalysebesluiten van 1 juli 2011 werd opgelegd te blijven toepassen, zou direct tot gevolg hebben dat aan de begunstigden van de regulering elk nuttig effect van de bestreden beslissingen wordt ontnomen, wat nadelig is voor de ontwikkeling van de mededinging en de belangen van de eindgebruikers. De begunstigden van de regulering zouden een onherstelbaar nadeel lijden, wat het Hof van beroep onaanvaardbaar acht. Dit zou leiden tot een situatie die onverenigbaar is met de arresten van 25 oktober 2017 en van 3 oktober 2018 (miskenning van het beginsel dat authentieke akten volledig bewijs opleveren – artikelen 1319 en 1320 Burgerlijk Wetboek).*

### *E. À TITRE SUBSIDIAIRE, MOYEN RELATIF À LA SUSPENSION | IN ONDERGESCHIKTE ORDE, MIDDEL AANGAANDE DE SCHORSING*

#### *MOYEN 22 | MIDDEL 22*

*A titre subsidiaire, si la Cour devait décider de suspendre l'exécution des décisions contestées, la CRC demande à ce que l'arrêt interlocutoire de la Cour contienne un fondement juridique valable permettant au régulateur de contrôler le respect des obligations contenues dans la décision du 1er juillet 2011 et d'aménager sur cette base la situation des parties d'un point de vue technique, opérationnel et tarifaire, au regard de la situation concrète prévalant sur le marché dans l'attente de l'arrêt au fond. Une telle précision s'avère absolument nécessaire au vu de la jurisprudence récente de la Cour des marchés sur la validité temporelle des décisions d'analyse de marché.*

*Indien het Hof zou beslissen de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen te schorsen, vordert de CRC in ondergeschikte orde dat het tussenarrest van het Hof een geldige juridische grondslag zou bevatten op basis waarvan de regulator de naleving van de verplichtingen van de beslissing van 1 juli 2011 kan controleren en op basis waarvan de regulator de situatie van de partijen vanuit een technisch, operationeel en tarifair oogpunt en in functie van de concrete situatie op de markt kan regelen in afwachting van een arrest over de grond van de zaak. Een dergelijke precisering is absoluut noodzakelijk gezien de recente rechtspraak van het Marktenhof over de tijdelijke geldigheid van marktanalyse beslissingen.*

*IV MOYENS RELATIFS À LA QUESTION POSÉE DANS L'ARRÊT DU 3 OCTOBRE 2018 | MIDDELEN AANGAANDE DE VRAAG GESTELD IN HET ARREST VAN 3 OKTOBER 2018*

- A. moyen relatif à l'article 47 de la Charte des Droits Fondamentaux | middel aangaande artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten*

*MOYEN 23 | MIDDEL 23*

*L'absence de suspension de l'exécution des décisions attaquées n'est pas contraire à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux parce qu'elle n'a pas pour conséquence que le recours serait traité dans un délai déraisonnable au point de devenir ineffectif.*

*De afwezigheid van schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen is niet in strijd met artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten aangezien dit niet voor gevolg heeft dat het beroep zal behandeld worden binnen een onredelijke termijn en bijgevolg niet doeltreffend zou zijn.*

- b. moyen relatif à la procédure « comme en référé » | middel aangaande de procedure “zoals in kortgeding”*

*MOYEN 24 | MIDDEL 24*

*Le fait que les recours contre les décisions de la CRC soient traités « comme en référé » n'impose pas à la Cour des marchés de suspendre les décisions attaquées dans l'attente du prononcé de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne.*

*Het feit dat het beroep tegen de beslissingen van de CRC behandeld wordt “zoals in kortgeding” legt aan het Hof niet de verplichting op om de bestreden beslissingen te schorsen in afwachting van de uitspraak van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie.*

**III. La demande actuelle des parties / de huidige vordering van de partijen :**

Les parties demandent actuellement à la Cour des marchés que / de partijen vragen momenteel aan het Marktenhof :

1. TELENET :

- *De tenuitvoerlegging te schorsen van de bestreden beslissingen, hetzij in hun geheel, hetzij in de mate waarin Uw Hof de middelen ter vernietiging van de verzoekende partijen prima facie ernstig acht, en dit tot de uitspraak ten gronde over de verzoeken tot nietigverklaring van de bestreden beslissingen;*
- *Indien het Hof dit noodzakelijk acht om de situatie van de partijen en de markt hangende de schorsing van de bestreden beslissingen voorlopig te regelen, Telenet bij wijze van maatregel alvorens recht te doen te bevelen om, in afwachting van de uitspraak ten gronde, toegang te blijven verstrekken tot haar netwerk aan Orange en elke andere operator die daartoe een redelijk verzoek doet, op de wijze en aan de voorwaarden die golden op 31 juli 2018;*
- *De uitspraak over de grond en de kosten aan te houden.*

## 2. NETHYS et BRUTELE / NETHYS en BRUTELE :

*« Concernant les recours contre les décisions de la CRC du 29 juin 2018 (numéros de rôle 2018/AR/1446 à 2018/AR/1453 et 2018/AR/1461), joints par Votre Cour le 3 octobre 2018 :*

*À titre principal :*

- *D'aménager la procédure des recours introduits par les Concluantes contre ces décisions de manière à ce que l'exécution de l'ensemble des Décisions Contestées de la CRC du 29 juin 2018 soit suspendue jusqu'à la fin du sursis à statuer décidé par Votre Cour le 3 octobre 2018 ;*

*À titre subsidiaire :*

- *D'aménager la procédure des recours introduits par les Concluantes contre ces décisions de manière à ce que l'exécution de l'ensemble des Décisions Contestées de la CRC du 29 juin 2018 soit suspendue jusqu'à la fin du sursis à statuer décidé par Votre Cour le 3 octobre 2018 ;*
- *Si Votre Cour l'estime nécessaire pour accorder aux Concluantes la suspension de l'exécution de l'ensemble des Décisions Contestées, que Votre Cour acte la proposition des Concluantes de continuer à offrir un accès à leur réseau à Orange Belgium aux conditions opérationnelles et tarifaires appliqués par les Concluantes au 31 juillet 2018 (c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur des Décisions Contestées), jusqu'à la fin du sursis à statuer décidé par Votre Cour dans son Arrêt du 3 octobre 2018 ; et*

*En toute hypothèse :*

- *De surseoir à statuer sur les dépens. »*

### 3. ORANGE BELGIUM :

- *Rejeter la demande de mesures visant à la suspension des effets exécutoires des Décisions Contestées et la demande subsidiaire formées par TELENET, BRUTELE et NETHYS;*
- *Réserver les dépens.*
- *Het verzoek om maatregelen tot opschorting van de uitvoerbaarheid van de bestreden besluiten en het subsidiaire verzoek van TELENET, BRUTELE en NETHYS te verwerpen;*
- *De beslissing omtrent de kosten aan te houden*

### 4. La CRC / de CRC :

*« Rejeter les demandes de suspension ;*

*De vorderingen tot schorsing te verwerpen;*

*A titre subsidiaire, si la Cour devait décider de suspendre l'exécution des décisions contestées, inclure dans l'arrêt un fondement juridique valable permettant au régulateur de contrôler le respect des obligations contenues dans la décision du 1er juillet 2011 et d'aménager sur cette base la situation des parties d'un point de vue technique, opérationnel et tarifaire, au regard de la situation concrète prévalant sur le marché dans l'attente de l'arrêt au fond ;*

*In ondergeschikte orde, indien het Hof zou beslissen de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen te schorsen, een geldige juridische grondslag in het arrest op te nemen op basis waarvan de regulator de naleving van de verplichtingen van de beslissing van 1 juli 2011 kan controleren en op basis waarvan de regulator de situatie van de partijen vanuit een technisch, operationeel en tarifair oogpunt en in functie van de concrete situatie op de markt kan regelen in afwachting van een arrest over de grond van de zaak;*

*Réserver à statuer pour le surplus ;*

*De beslissing voor het overige aan te houden;»*

### **IV. La décision de la Cour des marchés – les motifs / de beslissing van het Marktenhof – de motieven :**

**a. betreffende de verplichting om te onderzoeken of er voorlopige maatregelen kunnen opgelegd worden / concernant l'obligation d'examiner si des mesures provisoires peuvent être imposées:**

Met betrekking tot de eerste twee middelen van TELENET en de eerste drie middelen van NETHYS-BRUTELE, stelt het Marktenhof wat volgt.

Par rapport aux deux premiers moyens de TELENET et des trois premiers moyens de NETHYS-BRUTELE, la Cour des marchés décide comme suit.

Het middel als zou het Marktenhof “verplicht” zijn om ambtshalve maatregelen te nemen ter bescherming van de rechten van partijen, kan niet ingewilligd worden. Het Marktenhof is niet zo maar “verplicht” ambtshalve maatregelen te nemen om de toestand van de partijen voorlopig te regelen. Geen enkele wettelijke bepaling schrijft zulks voor. Dit middel is overigens niet relevant nu de partijen TELENET en NETHYS-BRUTELE expliciet vorderen dat het hof welbepaalde, door hen vernoemde maatregelen zou nemen.

Een abstract en louter theoretisch middel dient niet onderzocht te worden nu er expliciet maatregelen gevorderd worden.

Wanneer een procespartij een middel ontwikkelt waarbij zij laat gelden over een recht te beschikken, dan heeft dergelijk middel enkel dan een voorwerp (dat een onderzoek naar de draagkracht van het middel vergt) wanneer het beweerde recht gekrenkt is. Wanneer een procespartij niet in haar recht (waarop zij zich bij wijze van het middel beroept) gekrenkt is, dan is dergelijk middel zonder voorwerp en vergt het geen onderzoek.

Le moyen en vertu duquel la Cour des marchés serait « obligée » de sa propre initiative de prendre des mesures pour protéger les droits des parties, ne peut pas être admis. La Cour des marchés n'est pas “obligée” de prendre d'office des mesures afin de régler provisoirement la situation des parties. Cette prétendue obligation n'est prescrite par aucune disposition légale. Ce moyen n'est d'ailleurs pas pertinent, étant donné que les parties TELENET et NETHYS-BRUTELE demandent explicitement que la Cour prenne des mesures bien précises telles qu'énumérées par elles.

Un moyen purement théorique et abstrait ne doit pas être examiné lorsque les parties demandent explicitement des mesures précises.

Lorsqu'une partie développe un moyen par lequel elle fait valoir qu'elle est titulaire d'un droit, ce moyen n'a pas d'objet (qui mérite l'examen du fondement de ce moyen) que lorsqu'il s'avère que ce droit est violé.

Lorsque le droit de la partie (invoqué dans son moyen) n'est pas violé, tel moyen reste sans objet et ne nécessite pas d'examen.

Dat het Marktenhof de partijen ondervraagt over de gevolgen van het opschorten van de uitspraak ten gronde (zoals beslist in het eerste tussenarrest) op de rechten van partijen, betekent niet dat het Marktenhof zou genoodzaakt zijn om in te gaan op het verzoek van de partijen TELENET en NETHYS-BRUTELE om ook daadwerkelijk voorlopige maatregelen te bevelen.

Het middel als zou de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing "noodzakelijk" zijn om het recht van de verzoekende partijen op een doeltreffend beroep *sensu lato* te waarborgen, kan niet aangenomen worden.

Er is geen automatisch causaal verband tussen het opschorten van de uitspraak ten gronde en het beweerdelijk 'moeten' nemen van voorlopige maatregelen van het opschorten van de bestreden beslissingen.

Zowel het Samenwerkingsakkoord<sup>1</sup> als de andere wetgevingen waarop TELENET en NETHYS-BRUTELE steunen, geven aan de rechter de mogelijkheid om – op verzoek van de meest gereden procespartij – bepaalde maatregelen te treffen en dit zonder dat de beslissing om de behandeling van de zaak op te schorten in afwachting van een andere rechtspleging of van bijvoorbeeld de beantwoording van prejudiciële vragen op enigerlei wijze aan de rechter de 'verplichting' zou opleggen om bewarende maatregelen te treffen.

Que la Cour des marchés interroge les parties sur les conséquences de la suspension du jugement au fond (comme cela a été décidé dans le premier arrêt interlocutoire) sur les droits des parties, ne signifie pas que la Cour des marchés serait obligée de répondre à la demande de la NETHYS-BRUTELE TELENET et d'imposer effectivement des mesures provisoires.

---

<sup>1</sup> Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie

Le moyen en vertu duquel la suspension de l'exécution de la décision attaquée serait « nécessaire » pour pouvoir sauvegarder le droit à un appel effectif *sensu lato*, ne peut pas être admis.

Il n'existe pas de lien causal automatique entre la suspension du prononcé au fond et la prétendue 'nécessité' de prendre des mesures qui ont comme effet de suspendre l'exécution provisoire des décisions attaquées.

Tant l'accord de Coopération <sup>2</sup> que les autres législations sur lesquelles TELENET et NETHYS-BRUTELE se basent, permettent au juge de prendre – à la demande de la partie la plus diligente – des mesures, ceci sans que la décision de suspendre le traitement de l'affaire en attendant le sort d'une autre procédure ou, par exemple, la réponse à des questions préjudicielles n'imposerait au juge une 'obligation' de prendre des mesures conservatoires.

De même, l'arrêt Masterfoods n'impose pas au juge de suspendre effectivement les décisions attaquées à titre provisoire.

Dans cet arrêt la Cour de Justice <sup>3</sup> considère notamment que :

« 57.

*Lorsque la solution du litige pendant devant la juridiction nationale dépend de la validité de la décision de la Commission, il résulte de l'obligation de coopération loyale que la juridiction nationale devrait, afin d'éviter de prendre une décision allant à l'encontre de celle de la Commission, surseoir à statuer jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le recours en annulation soit rendue par les juridictions communautaires, sauf si elle considère que, dans les circonstances de l'espèce, il est justifié de déférer une question préjudicielle à la Cour sur la validité de la décision de la Commission.*

58.

*Il convient de souligner à cet égard que, lorsque la juridiction nationale sursoit à statuer, il lui incombe d'examiner la nécessité d'ordonner des mesures provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties jusqu'à ce qu'elle statue définitivement.*

59.

*En l'espèce, il ressort de l'ordonnance de renvoi que le maintien de l'injonction permanente rendue par la High Court, qui interdit à Masterfoods d'inciter les*

---

<sup>2</sup> Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision

<sup>3</sup> C.J.C.E. n° C-344/98, 14 décembre 2000, <http://curia.europa.eu>, concl. COSMAS, G.; Jur. H.v.J. 2000, I, 11369, concl. COSMAS, G.

détaillants à conserver ses produits dans des congélateurs appartenant à HB, dépend de la validité de la décision 98/531. Dès lors, il résulte de l'obligation de coopération loyale que la juridiction de renvoi devrait surseoir à statuer jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le recours en annulation soit rendue par les juridictions communautaires, sauf si elle considère que, dans les circonstances de l'espèce, il est justifié de déférer une question préjudicielle à la Cour sur la validité de la décision de la Commission.

60.

Dès lors, il y a lieu de répondre à la première question que, lorsqu'une juridiction nationale se prononce sur un accord ou une pratique dont la compatibilité avec les articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité fait déjà l'objet d'une décision de la Commission, elle ne peut pas prendre une décision allant à l'encontre de celle de la Commission, même si cette dernière est en contradiction avec la décision rendue par une juridiction nationale de première instance. Lorsque le destinataire de la décision de la Commission a, dans le délai prévu à l'article 173, cinquième alinéa, du traité, introduit un recours en annulation contre celle-ci, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier s'il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue sur ledit recours en annulation ou afin de déférer une question préjudicielle à la Cour. »

Le passage : « Il convient de souligner à cet égard que, lorsque la juridiction nationale sursoit à statuer, il lui incombe d'examiner la nécessité d'ordonner des mesures provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties jusqu'à ce qu'elle statue définitivement » ne fait pas partie de la décision de la Cour.

Quoi qu'il en soit, même conformément à cet arrêt de la Cour de Justice, il appartient au juge national de décider souverainement s'il faut oui ou non – dans les circonstances concrètes de l'affaire – prendre des mesures conservatoires pour protéger les droits de toutes les parties. C'est précisément ce que la Cour des marchés a fait dans l'arrêt interlocutoire du 3 octobre 2018 où la Cour demande :

« Dans la mesure où l'article 47 du CDFUE offre à « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés [...] un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article » et notamment « [...] que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. [...] » et que l'accord de coopération garantit un recours en pleine juridiction dans lequel la Cour statue comme en référé, mais que ce recours n'est pas suspensif sauf si la cour prononce la suspension de la décision concernée et ce alors que la Cour statuera en pleine juridiction la Cour soumet aux parties la question de savoir dans quelle mesure il y aurait lieu ou non que la Cour prenne – dans le cadre de sa pleine juridiction – des mesures tendant à régler temporairement (en attendant la décision du tribunal de l'Union Européenne) la situation des parties mais également la situation du marché. »

Le moyen en vertu duquel les parties reviennent sur une décision déjà prise par la Cour des marchés, et en fait irrecevable.

La Cour des marchés examine ci-après s'il y a lieu ou non – en raison de motifs qui touchent au fond – de suspendre l'exécution des décisions.

Ook het arrest Masterfoods legt geen verplichting op om de bestreden beslissingen effectief voorlopig op te schorten.

In dit arrest overwoog het Hof van Justitie <sup>4</sup> met name:

“57.

*Wanneer de beslechting van het geschil voor de nationale rechter afhangt van de geldigheid van de beschikking van de Commissie, brengt de verplichting tot loyale samenwerking mee, dat de nationale rechter, om geen beslissing te nemen die tegen de beschikking van de Commissie indruist, de behandeling van de zaak schorst tot een definitieve beslissing van de communautaire rechterlijke instanties op het beroep tot nietigverklaring, tenzij hij van oordeel is, dat het in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is het Hof een prejudiciële vraag over de geldigheid van de beschikking van de Commissie te stellen.*

58.

*Schorst de nationale rechter de behandeling van de zaak, dan moet hij onderzoeken, of voorlopige maatregelen moeten worden getroffen teneinde de belangen van partijen tot zijn eindbeslissing te beschermen.*

59.

*In casu blijkt uit de verwijzingsbeschikking, dat de handhaving van het door de High Court aan Masterfoods opgelegde definitieve verbod om de detailhandelaren ertoe aan te zetten haar producten in vrieskisten van HB te bewaren, afhangt van de geldigheid van beschikking 98/531. Uit de verplichting tot loyale samenwerking volgt dus, dat de verwijzende rechter de behandeling van de zaak behoort te schorsen tot een definitieve beslissing van de communautaire rechterlijke instanties op het beroep tot nietigverklaring, tenzij hij van oordeel is, dat het in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is het Hof een prejudiciële vraag over de geldigheid van de beschikking van de Commissie te stellen.*

60.

*Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord, dat een nationale rechter, wanneer hij zich uitspreekt over een overeenkomst of gedraging waarvan de*

---

<sup>4</sup> H.v.J. nr. C-344/98, 14 december 2000, <http://curia.europa.eu>, concl. COSMAS, G.; Jur.HvJ 2000, I, 11369, concl. COSMAS, G.

*verenigbaarheid met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag reeds in een beschikking van de Commissie is beoordeeld, geen beslissing mag nemen die tegen de beschikking van de Commissie indruist, ook al is deze laatste in tegenspraak met de beslissing van een nationale rechter in eerste aanleg. Heeft de geadresseerde van de beschikking van de Commissie binnen de in artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag gestelde termijn beroep tot nietigverklaring tegen deze beschikking ingesteld, moet de nationale rechter beoordelen, of hij de behandeling van de zaak zal schorsen om een definitieve beslissing op dat beroep tot nietigverklaring af te wachten of om een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen.”*

De zinsnede : *“Schorst de nationale rechter de behandeling van de zaak, dan moet hij onderzoeken, of voorlopige maatregelen moeten worden getroffen teneinde de belangen van partijen tot zijn eindbeslissing te beschermen”* maakt geen deel uit van de beslissing van het Hof.

Hoe dan ook, zelfs overeenkomstig de geciteerde beslissing van het Hof van Justitie behoort het aan de nationale rechter om soeverein te oordelen of er al dan niet in de concrete omstandigheden van de zaak, voorlopige maatregelen dienen genomen te worden om de rechten van alle partijen te beschermen. Dit is nu precies wat het Marktenhof gedaan heeft in het tussenarrest van 3 oktober 2018 waar het Hof heeft gevraagd: “

*“In de mate dat artikel 47 HGEU aan “ieder persoon wier door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden [...] een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden” en inzonderheid “[...] [het] recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld [...]” en dat het samenwerkingsakkoord een verhaal met volle rechtsmacht waarborgt waarbij het Hof rechtsprekt zoals in kortgeding, maar dat het beroep geen schorsende werking heeft tenzij indien het hof de schorsing van de bestreden beslissing uitspreekt daar waar het Hof oordeelt met volle rechtsmacht legt het Hof aan de partijen de vraag voor te weten in welke mate er al dan niet aanleiding bestaat opdat het Hof – in het kader van zijn volle rechtsmacht – maatregelen zou nemen om tijdelijk (in afwachting dat het gerecht van de Europese Unie zich uitspreekt) de positie van de partijen maar tevens de toestand van de markt te regelen.”*

Het middel waarbij teruggekomen wordt op een reeds door het Marktenhof genomen beslissing, is eigenlijk niet ontvankelijk.

Het Marktenhof onderzoekt hierna of er al dan niet – omwille van inhoudelijke redenen - aanleiding is tot het opschorten van de tenuitvoerlegging van de beslissingen.

Het middel van NETHYS-BRUTELE dat er in bestaat dat de gevraagde maatregel zich niet identificeert met de schorsing voorzien in het Samenwerkingsakkoord is niet betwist, doch heeft geen rechtsgevolgen.

Het feit dat artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord bepaalt :

*“het beroep vermeld in deze paragraaf heeft geen schorsende werking tenzij indien het hof de schorsing van de bestreden beslissing uitspreekt. Voor alle aspecten die betrekking hebben op de procedure voor het hof van beroep van Brussel, is het Gerechtelijk Wetboek van toepassing”*

impliceert *ipso facto* dat ook artikel 19 derde lid Ger. W. toepasselijk is, doch deze vaststelling alleen heeft geen ander rechtsgevolg dan het gegeven dat het behoort aan het Marktenhof om *in concreto* op basis van de door de procespartijen ontwikkelde middelen, te beoordelen (1) of er al dan niet aanleiding is om de toestand van de partijen voorlopig te regelen en, zo ja (2) welke maatregelen er dan precies moeten genomen worden in het concrete geval.

Le moyen de NETHYS-BRUTELE en vertu duquel la mesure demandée ne s'identifie pas avec la suspension telle que réglée dans l'Accord de coopération n'est pas contesté, mais ne sort pas d'effets de droit.

Le fait que l'Accord de coopération dispose en son article 5 que:

« Le recours visé dans ce paragraphe n'est pas suspensif sauf si la cour prononce la suspension de la décision concernée. Pour tous les aspects relatifs à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles, le Code judiciaire est d'application »

implique *de facto* que l'article 19 alinéa 3 du Code judiciaire est également applicable, mais cet élément n'a pas d'autre conséquence juridique que celle qu'il appartient à la Cour des marchés d'examiner, *in concreto* sur base de tous les éléments développés par les parties (1) s'il y a lieu ou non de régler provisoirement la situation des parties et, le cas échéant (2) de déterminer quelles mesures doivent être prises dans le cadre concret.

De eerste zeven middelen van de CRC behoeven geen expliciet antwoord. Het antwoord is vervat in wat voorafgaat en hierna volgt (IV. d, e, f en g).

Les sept premiers moyens de la CRC ne nécessitent pas de réponse explicite. La réponse est contenue dans ce qui précède et ce qui suit (IV. d, e, f et g).

Als achtste middel laat de CRC gelden :

*“L’article 5 de l’Accord de coopération ne permet que la suspension des décisions de la CRC.*

*Artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord laat enkel toe de beslissingen van de CRC te schorsen.”*

Deze stelling is onjuist.

Overeenkomstig het gedeelte van de zin dat het beroep geen schorsende werking heeft “tenzij indien het hof de schorsing van de bestreden beslissing uitspreekt”, kan het hof inderdaad enkel de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing bevelen, maar overeenkomstig de verder gestelde tekst van hetzelfde artikel 5 alinea 5 van het Samenwerkingsakkoord is het Ger. W. toepasselijk waarbij artikel 19 derde lid de rechter toelaat om (onder meer) “*de toestand van de partijen voorlopig te regelen*”.

De verwijzing naar de rechtspleging voor de Raad van State is dienvolgens niet relevant vermits te dezen het Samenwerkingsakkoord expliciet stelt dat het Ger. W. toepasselijk is (wat uiteraard niet zo is voor de Raad van State).

Comme huitième moyen la CRC fait valoir que:

*«L’article 5 de l’Accord de coopération ne permet que la suspension des décisions de la CRC.*

*Artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord laat enkel toe de beslissingen van de CRC te schorsen.”*

Cette thèse est inexacte.

En vertu de la partie de la phrase qui stipule que le recours n’a pas d’effet suspensif «*sauf si la cour prononce la suspension de la décision concernée* », la Cour ne peut qu’ordonner la suspension de l’exécution de la décision attaquée, mais en vertu de la suite de ce même article 5 alinéa 5 de l’Accord de coopération, le Code judiciaire s’applique. L’article 19 alinéa 3 de ce Code judiciaire permet au juge (parmi d’autres mesures) «*de régler provisoirement la situation des parties* ».

Le renvoi à la procédure devant le Conseil d’Etat n’est pas pertinent dès lors que l’Accord de coopération prévoit en l’espèce explicitement que le Code judiciaire est applicable (ce qui n’est naturellement pas le cas devant le Conseil d’Etat).

Als negende middel laat de CRC gelden:

*« Bien que l'Accord de coopération ne prévoit pas expressément les conditions pour obtenir la suspension d'une décision de la CRC, les principes généraux du droit de légalité et de séparation des pouvoirs, les principes d'égalité et de non-discrimination ainsi que la continuité du service public et les privilèges du préalable et de l'exécution d'office impliquent que le juge ne peut suspendre l'exécution d'une décision administrative sans que des moyens sérieux d'annulation soient présentés, que l'exécution immédiate de la décision en question risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable à la partie requérante, et que la balance des intérêts penche en faveur de la suspension.*

*Hoewel het Samenwerkingsakkoord niet uitdrukkelijk de voorwaarden voorziet voor de schorsing van een beslissing van de CRC, impliceren de algemene rechtsbeginselen van wettigheid en van scheiding der machten, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, de continuïteit van de openbare diensten en het "privilège du préalable", dat de rechter de tenuitvoerlegging van een administratieve beslissing niet kan schorsen zonder dat er ernstige middelen ter vernietiging worden voorgelegd, zonder dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel toebrengt aan de verzoekende partij en zonder dat de belangenafweging neigt naar schorsing.»*

Dit theoretisch middel is correct doch is als zodanig invloedloos op de beslechting van het geschilpunt.

De CRC betoogt dat aangezien de beslissingen van de CRC beslissingen zijn van alle telecomregulators samen, de gronden om tot schorsing over te gaan moeten beoordeeld worden naar analogie met artikel 2 § 4, alinea 3 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, dat stelt:

“§ 4

*Het beroep schorst de besluiten van het Instituut niet.*

*Het hof van beroep kan echter, op verzoek van de belanghebbende en bij beslissing alvorens recht te doen, de tenuitvoerlegging van het besluit van het Instituut geheel of gedeeltelijk schorsen tot op de dag van de uitspraak van het arrest.*

*De schorsing van de tenuitvoerlegging kan slechts bevolen worden wanneer ernstige middelen worden ingeroepen die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen rechtvaardigen en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het besluit ernstige en moeilijk te herstellen gevolgen kan hebben voor de betrokkene. [...].”*

In de mate dat gesteund wordt op artikel 19 derde lid Ger. W. impliceert deze bepaling niet dat het Marktenhof op enigerlei wijze zou gehouden zijn om voorlopige maatregelen te nemen. Het Hof beoordeelt deze vraag op soevereine wijze (zie hierna).

Comme neuvième moyen la CRC fait valoir que:

*« Bien que l'Accord de coopération ne prévoit pas expressément les conditions pour obtenir la suspension d'une décision de la CRC, les principes généraux du droit de légalité et de séparation des pouvoirs, les principes d'égalité et de non-discrimination ainsi que la continuité du service public et les privilèges du préalable et de l'exécution d'office impliquent que le juge ne peut suspendre l'exécution d'une décision administrative sans que des moyens sérieux d'annulation soient présentés, que l'exécution immédiate de la décision en question risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable à la partie requérante, et que la balance des intérêts penche en faveur de la suspension.*

*Hoewel het Samenwerkingsakkoord niet uitdrukkelijk de voorwaarden voorziet voor de schorsing van een beslissing van de CRC, impliceren de algemene rechtsbeginselen van wettigheid en van scheiding der machten, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, de continuïteit van de openbare diensten en het "privilège du préalable", dat de rechter de tenuitvoerlegging van een administratieve beslissing niet kan schorsen zonder dat er ernstige middelen ter vernietiging worden voorgelegd, zonder dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel toebrengt aan de verzoekende partij en zonder dat de belangenafweging neigt naar schorsing.»*

Ce moyen théorique est en soi correct, mais demeure sans effet sur la solution du litige.

La CRC fait valoir que, puisque les décisions de la CRC sont à considérer comme des décisions de l'ensemble des régulateurs, les causes permettant de procéder à la suspension devraient être examinées par analogie avec l'article 2 § 4, alinéa 3 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges découlant de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, qui stipule que :

*« § 4*

*Le recours ne suspend pas les décisions de l'Institut.*

*La Cour des marchés peut toutefois, à la demande de l'intéressé et par décision avant dire droit, suspendre, en tout ou en partie, l'exécution de la décision de l'Institut et ce, jusqu'au jour du prononcé de l'arrêt.*

*La suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de la décision attaquée sont invoqués et à*

*condition que l'exécution immédiate de la décision risque d'avoir des conséquences graves et difficilement réparables pour l'intéressé. [...] »*

Dans la mesure où la Cour des marchés fonde sa décision sur l'article 19 alinéa 3 du Code judiciaire, la disposition citée n'implique en aucun cas que la Cour des marchés serait tenue de prendre des mesures conservatoires. La Cour examine cette question de façon souveraine (voir ci-après).

Het tiende middel van de CRC naar luid van hetwelk artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord conform aan het Europees recht in het algemeen en aan het Europees regelgevingskader voor elektronische communicatie in het bijzonder moet geïnterpreteerd worden, is te dezen niet dienend. Het Marktenhof beoordeelt de vraag tot het nemen van voorlopige maatregelen op basis van artikel 19 derde lid Ger. W.

Le dixième moyen de la CRC, en vertu duquel l'article 5 de l'Accord de coopération devrait être interprété en conformité avec le droit Européen en général et le cadre réglementaire Européen pour la communication électronique en particulier, ne peut pas être admis. La Cour des marchés examine la demande de mesures provisoires sur base de l'article 19 alinéa 3 du Code judiciaire.

**b. betreffende de toepassing van artikel 47 HGEU / concernant l'application de l'article 47 du CDFUE :**

Met betrekking tot de in punt 6 van het eerste tussenarrest gestelde vraag <sup>5</sup> stelt het Marktenhof vast wat volgt.

Concernant la question au point 6 de l'arrêt interlocutoire <sup>6</sup> la Cour des marchés constate ce qui suit.

---

<sup>5</sup> "In de mate dat artikel 47 HGEU aan "ieder persoon *wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden [...] een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden*" en inzonderheid "[...] [het] *recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld [...]*" en dat het samenwerkingsakkoord een verhaal met volle rechtsmacht waarborgt waarbij het Hof rechtspreekt *zoals in kortgeding*, maar dat het beroep *geen schorsende werking tenzij indien het hof de schorsing van de bestreden beslissing uitspreekt* daar waar het Hof oordeelt *met volle rechtsmacht* legt het Hof aan de partijen de vraag voor te weten in welke mate er al dan niet aanleiding bestaat opdat het Hof – in het kader van zijn volle rechtsmacht – maatregelen zou nemen om tijdelijk (in afwachting dat het gerecht van de Europese Unie zich uitspreekt) de positie van de partijen maar tevens de toestand van de markt te regelen."

<sup>6</sup> « Dans la mesure où l'article 47 du CDFUE offre à « *toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés [...]* un recours effectif devant un tribunal dans le

Het recht van de partijen op een doeltreffend beroep (artikel 4 van de Kaderrichtlijn en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de EU) impliceert niet dat het Marktenhof de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen zou moeten opschorten.

De rechten van de procespartijen zijn afdoende gewaarborgd en niet aangetast door het feitelijk gegeven dat zij hun grieven tegen de beslissingen kunnen laten gelden voor het Marktenhof.

Het is slechts in het geval (hetgeen hierna onderzocht werd) dat het nemen van voorlopige maatregelen van opschorten van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen zich opdringt, dat dergelijke maatregel kan bevolen worden maar dit is niet automatisch zo en het feit of er al dan niet een voorlopige maatregel wordt bevolen is dus niet gefundeerd op het principe van doeltreffend beroep (in de zin van de geciteerde rechtsbepalingen) maar op de vraag naar de concrete noodzaak of niet tot het nemen van voorlopige maatregelen.

Le droit à un recours effectif (article 4 de la Directive Cadre et article 47 du CDFUE) n'implique pas que la Cour des marchés serait obligée de suspendre l'exécution des décisions.

Les droits des parties sont suffisamment sauvegardés et ne sont pas affectés, par le simple fait qu'elles sont en droit de pouvoir faire valoir leurs griefs devant la Cour des marchés.

Ce ne serait que dans l'éventualité (ce qui est examiné ci-après) où des mesures provisoires de suspension de l'exécution des décisions attaquées s'imposeraient, qu'une pareille mesure pourrait être prononcée, mais pas de façon automatique. Par ailleurs, qu'une mesure provisoire soit ordonnée ou non, n'est pas fondé sur le principe d'un recours effectif (au sens des législations citées) mais sur la nécessité concrète de prendre des mesures conservatoires.

---

*respect des conditions prévues au présent article » et notamment « [...] que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. [...] » et que l'accord de coopération garantit un recours en pleine juridiction dans lequel la Cour statue comme en référé, mais que ce recours n'est pas suspensif sauf si la cour prononce la suspension de la décision concernée et ce alors que la Cour statuera en pleine juridiction la Cour soumet aux parties la question de savoir dans quelle mesure il y aurait lieu ou non que la Cour prenne – dans le cadre de sa pleine juridiction – des mesures tendant à régler temporairement (en attendant la décision du tribunal de l'Union Européenne) la situation des parties mais également la situation du marché. »*

Artikel 47 HGEU is niet geschonden nu alle procespartijen de gelegenheid hebben gehad om hun vorderingen – ook deze tot het voorlopig regelen van de toestand van de partijen – aan het hof voor te leggen en dit binnen een zeer korte (en dus ‘redelijke’) termijn.

De vraag of het hof ingaat of niet op de vraag tot het nemen van voorlopige maatregelen - die de toestand van sommige procespartijen in een door hen gewenste zin - voorlopig regelen, is daarbij niet relevant en behoort tot de soevereine beoordelingsvrijheid van het hof.

L'article 47 CDFUE n'est pas violé dès lors que toutes les parties au procès ont eu la faculté de soumettre leurs revendications à la Cour – en ce compris celles de voir régler provisoirement la situation des parties - et ce dans un délai très court (et dès lors ‘raisonnable’).

La question de savoir si la Cour alloue ou non les mesures provisoires demandées – qui devraient régler leur situation dans le sens souhaité par les parties – n'est pas pertinente et relève de l'appréciation souveraine de la Cour.

De kwestieuze rechtsregels vergen dat er een doeltreffende rechtspleging voorhanden is, hetgeen buiten betwisting is gezien het door de verzoekende partijen ingestelde verhaal en de behandeling ervan.

De omstandigheid dat het Marktenhof de eindbeoordeling heeft opgeschort totdat de Europese rechterlijke instanties een eindbeslissing zullen genomen hebben met betrekking tot het door TELENET ingestelde verhaal is enkel het gevolg van de door TELENET genomen partijbeslissing om dergelijk verhaal in te stellen.

Dat dit door TELENET ingestelde verhaal *de facto* een vertraging van de rechtspleging voor het Marktenhof met zich brengt, impliceert niet dat TELENET over geen doeltreffend verhaal beschikt. Het betekent enkel dat – omwille van de partijbeslissing van TELENET – de *einduitspraak* van het Marktenhof later zal tussenkomen dan de gebruikelijk, op pretoriaanse wijze door het Marktenhof gehanteerde termijnen (die evenwel geen enkele wettelijk afdwingbare grondslag hebben).

Les règles juridiques exigent qu'un recours effectif soit offert aux parties, ce qui ne fait aucun doute, compte tenu du recours introduit par les parties requérantes et le traitement de ce recours.

Le fait que la Cour des marchés ait suspendu la décision au fond en attendant la décision des juridictions Européennes sur le recours de

TELENET, n'est que la conséquence de la décision de la partie TELENET d'exercer pareil recours.

Que ce recours de TELENET occasionnera *de facto* un retard dans la procédure devant la Cour des marchés, n'a pas pour effet que TELENET soit privé d'un recours effectif. Cela signifie uniquement que, suite à la décision de la partie TELENET, la décision définitive de la Cour des marchés interviendra en dehors des délais habituels qui ont été élaborés de façon prétorienne par la Cour des marchés (certes sans que ces délais n'aient le moindre fondement contraignant).

De doeltreffendheid van de einduitspraak van het Marktenhof vergt niet dat er voorlopige maatregelen worden genomen.

De doeltreffendheid van de voorziening in rechte betekent niet dat aan elke procespartij wordt gewaarborgd dat deze zijn/haar gelijk zou halen.

De doeltreffendheid vereenzelvigt zich niet met het subjectief *in het gelijk gesteld* worden.

Dit betekent dat de vraagstelling zich niet kan beperken tot het theoretische concept van doeltreffendheid (zoals het middel voorhoudt) maar dat de beoordeling het onderzoek naar de grond van de grieven vergt.

Vermits het beoordelen van de grond van de zaak *hic et nunc* niet aan de orde is en het ook niet kan zijn, is de doeltreffendheid zoals zij door de voornoemde wettelijke bepalingen wordt omschreven, niet in het gedrang.

Het feit dat een rechter – binnen de perken van wat wettelijk toegestaan is – uitspraak doet over een verhaal dat wettelijk open staat voor de procespartijen, waarbij de rechter de vordering van één of meer partijen niet (meteen) zou inwilligen, staat er niet aan in de weg dat de procespartijen over een doeltreffend verhaal voor de rechter beschikken zoals de voornoemde bepalingen dit waarborgen.

L'effectivité de la décision définitive de la Cour des marchés n'exige pas que des mesures provisoires soient prises.

L'effectivité du recours en droit n'implique pas qu'il serait garanti à chaque partie à la cause d'obtenir gain de cause.

Le recours effectif ne s'identifie pas avec le fait subjectif d'obtenir gain de cause.

Ceci a comme effet que la question ne se limite pas au concept théorique du recours effectif (comme le moyen le soutient) mais qu'il y a lieu d'examiner le bienfondé des griefs des parties.

Puisque cet examen du fond de la cause n'est pas effectué *hic et nunc* et ne peut pas l'être, le droit au recours effectif comme instauré par les législations citées, n'est pas en danger.

Le fait que le juge – dans les limites de ce qui est légalement permis – se prononce sur le recours qui peut être introduit par toutes les parties à la cause, et en vertu duquel le juge n'accorderait pas (immédiatement) aux parties ce qu'elles demandent, ne s'oppose pas à ce que les parties au procès disposent d'un recours effectif comme les dispositions légales citées le garantissent.

- c. **betreffende het *prima facie* onderzoek van de middelen teneinde te beoordelen of deze ernstig (genoeg) zijn en een maatregel tot opschorten van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen of een andere maatregel tot het voorlopig regelen van de toestand van de partijen, rechtvaardigen / concernant l'examen *prima facie* des moyens afin de déterminer s'ils sont (suffisamment) sérieux pour justifier une mesure de suspension de l'exécution des décisions attaquées ou d'une autre mesure visant à régler provisoirement la situation des parties :**

1.

Het Marktenhof zal hierna (punten d en e) onderzoeken of de door TELENET en NETHYS-BRUTELE ingeroepen middelen en hun bewijzen *hic et nunc* afdoende zijn om de door hen gevorderde maatregel te rechtvaardigen.

La Cour des marchés examinera ci-après (points d et e) si les moyens développés par TELENET et NETHYS-BRUTELE suffisent pour justifier la mesure qu'elles sollicitent.

2.

Vermits de niet-schorsing van de tenuitvoerlegging de regel is (zie voornoemd artikel 5 vijfde alinea van het Samenwerkingsakkoord) en vermits het voorlopig regelen van de toestand van de partijen door de rechter moet beoordeeld worden met in acht nemen van de rechten van alle partijen, moet nagegaan worden of de ingeroepen middelen wat de grond van de zaak betreft, *prima facie* afdoende aantonen dat een vernietiging van de bestreden beslissingen moeilijk afwendbaar zal zijn.

Het hof bedoelt hiermede dat de afweging van alle voor- en nadelen van het opschorten van de tenuitvoerlegging of van een andere maatregel waarbij de toestand van de partijen voorlopig geregeld wordt, moeten overwogen worden

in functie van de rechten van alle partijen daarbij begrepen het algemeen belang en de economische realiteit binnen dewelke de bestreden beslissingen genomen zijn.

Artikel 19 derde lid Ger. W. voorziet geen wettelijke criteria, het behoort dienvolgens aan de feitenrechter om soeverein te oordelen of er al dan niet maatregelen moeten genomen worden en zo ja, welke deze maatregelen dan wel zouden zijn derwijze dat de toestand van de partijen voorlopig geregeld wordt – dus zonder een onomkeerbaar effect en zonder de rechten van de wederpartijen te schaden -.

Etant donné que la non-suspension est la règle (voir l'article 5 alinéa 5 de l'Accord de coopération) et que le règlement provisoire de la situation des parties doit être apprécié en tenant compte des droits de toutes les parties, il convient au juge d'examiner si les moyens touchant au fond de l'affaire prouvent *prima facie* que l'annulation des décisions attaquées serait difficilement évitable.

Ceci signifie pour la Cour que la mise en balance des avantages et désavantages d'une mesure de suspension de l'exécution ou de toute autre mesure de nature à régler provisoirement la situation des parties, devra être examinée en fonction des droits de toutes les parties, en ce compris l'intérêt public et la réalité économique dans le cadre de laquelle les décisions attaquées ont été prises.

L'article 19 alinéa trois du Code judiciaire ne prévoyant pas de critères légaux, il appartient dès lors au juge du fond d'examiner souverainement s'il y a lieu ou non de prendre des mesures provisoires et le cas échéant, quelles mesures il y a lieu de prendre de telle sorte que la situation des parties soit provisoirement réglée sans effet irréversible et sans porter atteinte aux droits des autres parties à la cause.

Het hof maakt zich de overweging eigen van het arrest van 25 november 2010<sup>7</sup> waarin gesteld wordt / La cour fait sien la considération de l'arrêt du 25 novembre 2010 dans lequel il est spécifié que :

*“L'objectif de l'article 19, al. 2 du Code judiciaire est de régler provisoirement la situation des parties, l'appréciation de la demande formée sur cette base devant se faire prima facie, c'est-à-dire dans le cadre d'un examen sommaire de la demande et ce, afin d'équilibrer les intérêts des parties en cours de procédure (cf. E. BOIGELOT, Les débats succincts et les mesures avant dire droit, in Le procès civil accéléré, éd. Larcier, 2007, p. 66). »*

Het hof maakt zich volgende overweging uit de rechtsleer<sup>8</sup> eigen / la cour fait sien la considération de la doctrine qui dispose que :

---

<sup>7</sup> Bruxelles (7e ch.) 25 novembre 2010, *Act. dr. fam.* 2011, 8, note VAN HALTEREN, T.

*“de voorafgaande maatregelen waartoe de bodemrechter krachtens voormelde wetsbepaling kan beslissen, hebben met de kortgedingmaatregelen gemeen dat ze slechts voorlopig van aard zijn en dienvolgens geen nadeel mogen toebrengen aan de grond van de zaak zelf<sup>9</sup> een groot voordeel in vergelijking met een kortgedingprocedure is dat de omstandigheden niet spoedeisend hoeven te zijn; voor wie een voorlopige maatregel nastreeft en hierbij alle discussie omtrent het al dan niet voorhanden zijn van urgentie wenst te vermijden, is een vordering op grond van artikel 19, [thans derde] lid Ger. W. dan ook de aangewezen keuze<sup>10</sup>. »*

Bij arrest van 24 juni 2013<sup>11</sup> overwoog het Hof van Cassatie / par arrêt du 24 juin 2013, la Cour de cassation a considéré que :

*“Overeenkomstig artikel 584 Gerechtelijk Wetboek kan de rechter in kortgeding maatregelen bevelen die nodig zijn tot vrijwaring van de rechten als er ogenschijnlijke rechten bestaan die een dergelijke beslissing verantwoorden. Hij overschrijdt evenwel zijn bevoegdheid wanneer hij bij het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen op rechtsregels steunt die de voorlopige maatregelen die hij beveelt, niet redelijkerwijs kunnen ondersteunen.*

*Naar luid van artikel 24 Gerechtelijk Wetboek heeft iedere eindbeslissing gezag van gewijsde vanaf de uitspraak en naar luid van artikel 26 van hetzelfde wetboek blijft het gezag van het rechterlijk gewijsde bestaan zolang de beslissing niet ongedaan is gemaakt.*

*Zolang de beslissing evenwel geen kracht van gewijsde heeft, dat wil zeggen zolang zij vatbaar blijft voor verzet of hoger beroep, blijft haar gezag van gewijsde voorwaardelijk. De mogelijkheid dat een rechtsmiddel wordt aangenomen, maakt de beslissing niet ongedaan maar stelt haar afhankelijk van een daaruit volgende mogelijke hervorming.*

*Naar luid van artikel 51, § 1, eerste lid, van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, heeft, wanneer een octrooi geheel of gedeeltelijk nietig verklaard wordt door een vonnis of een arrest of door een scheidsrechtelijke uitspraak, de beslissing tot nietigverklaring tegenover eenieder gezag van gewijsde, onder voorbehoud van derdenverzet.*

*Luidens het tweede lid van die bepaling worden de beslissingen tot nietigverklaring pas in het Register van de uitvindingsoctrooien van de Dienst*

---

<sup>8</sup> BAUDONCQ, F., VIAENE, T., Procedurele knelpunten inzake privaatrechtelijke erfdiensbaarheden, Not.Fisc.M. 2008, 205-240.

<sup>9</sup> H. VUYE, “Mogelijke perspectieven voor de bezitsbescherming van onroerende goederen”, in x., Zakenrecht absoluut niet een rustig bezit, XVIIIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992, Antwerpen, Kluwer, 1992, 314.

<sup>10</sup> D. LINDEMANS, “Voorlopige maatregelen door de rechter ten gronde: art. 19 Ger. W.”, T.B.H. 1989, 224; G. SUTENS-BOURGEOIS, “De provisie in kortgeding, rechtsvergelijkend”, T.B.B.R. 1988, 233. zie ook en vgl.: Antwerpen 12 oktober 1987, R.W. 1987-88, 717; kort ged. kh. Luik 31 oktober 1985, Jur. Liège 1986, 166.

<sup>11</sup> Cass. (3e k.) AR C.12.0450.F, 24 juni 2013, Arr.Cass. 2013, 1597; <http://www.cass.be> op datum, concl. GENICOT, J.; JLMB 2014, 444; TBH 2014, 509, noot CAPPUYNS, P.

*voor de intellectuele eigendom ingeschreven wanneer zij kracht van gewijsde hebben.*

*Krachtens artikel 1397 Gerechtelijk Wetboek, schorst, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt, het hoger beroep tegen eindvonnissen daarvan de tenuitvoerlegging.*

*Naar luid van artikel 51, § 2, van de wet van 28 maart 1984 heeft de voorziening in cassatie, ingeval van nietigverklaring van de octrooien, schorsende werking.*

*Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 28 maart 1984 blijkt dat de wetgever die bepaling heeft opgenomen gelet op de ernst van de beslissing tot nietigverklaring, vermits de rechtbank een nietig verklaard octrooi niet kan herstellen.*

*Daaruit volgt dat de rechter in kortgeding, aangewezen om de handelingen van namaak voorlopig te verbieden, om het bestaan van de ogenschijnlijke rechten van de eiseres vast te stellen, redelijkerwijs rekening kan houden met het Europees octrooi, waarvan zij houdster is, zelfs als een beslissing van de rechtbank van koophandel dat octrooi nietig heeft verklaard, zolang geen definitieve uitspraak is gedaan over het hoger beroep tegen die beslissing van nietigverklaring.*

*Het middel dat van het tegendeel uitgaat, faalt naar recht.”*

*“Conformément à l’article 584 du Code judiciaire, le juge des référés peut ordonner des mesures nécessaires à la sauvegarde des droits de la partie demanderesse s’il existe une apparence de droits qui justifie qu’une telle décision soit prise. Il excède les limites de ses pouvoirs lorsque, dans l’examen des droits apparents des parties, il s’appuie sur des règles de droit qui ne peuvent fonder raisonnablement les mesures provisoires qu’il ordonne.*

*Aux termes de l’article 24 du Code judiciaire, toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée et, aux termes de l’article 26 de ce code, l’autorité de chose jugée subsiste tant que la décision n’a pas été infirmée.*

*Toutefois, tant que la décision n’est pas passée en force de chose jugée, c’est-à-dire tant qu’elle demeure susceptible d’opposition ou d’appel, son autorité de chose jugée est conditionnelle. L’éventualité d’admission d’une voie de recours n’anéantit pas l’existence de la décision mais soumet celle-ci à l’aléa d’une réformation qui en serait la suite.*

*Aux termes de l’article 51, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d’invention, lorsqu’un brevet est annulé, en totalité ou en partie, par un jugement ou un arrêt ou par une sentence arbitrale, la décision d’annulation a contre tous l’autorité de la chose jugée sous réserve de la tierce opposition.*

*Suivant le second alinéa de cette disposition, les décisions d’annulation ne sont toutefois inscrites au registre des brevets d’invention tenu par l’Office de la propriété intellectuelle que lorsqu’elles sont passées en force de chose jugée.*

*En vertu de l'article 1397 du Code judiciaire, sauf les exceptions prévues par la loi, l'appel formé contre le jugement définitif en suspend l'exécution.*

*Aux termes de l'article 51, § 2, de la loi du 28 mars 1984, en cas d'annulation des brevets, le pourvoi en cassation est suspensif. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 28 mars 1984 que le législateur a adopté cette disposition vu la gravité de la décision d'annulation car le tribunal ne peut restaurer un brevet annulé.*

*Il s'ensuit que le juge des référés, appelé à interdire provisoirement des actes de contrefaçon, peut raisonnablement, pour établir l'existence des droits apparents de la demanderesse, avoir égard au brevet européen dont elle est titulaire même s'il a été annulé par une décision du tribunal de commerce, aussi longtemps qu'il n'a pas été statué définitivement sur l'appel dirigé contre cette décision d'annulation.*

*Le moyen, qui soutient le contraire, manque en droit. »*

Op grond van artikel 19 derde lid Ger. W. kan de rechter maatregelen bevelen die nodig zijn tot vrijwaring van de rechten van de partijen voor zover er ogenschijnlijke rechten bestaan die een dergelijke beslissing verantwoorden.

De rechter overschrijdt evenwel zijn bevoegdheid wanneer hij bij het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen op rechtsregels steunt die de voorlopige maatregelen die hij beveelt, niet redelijkerwijs kunnen ondersteunen.

Zolang er geen eindbeslissing is tussengekomen, die gezag van gewijsde heeft, blijft de rechter de mogelijkheid behouden om de bestreden beslissing met al de rechtsgevolgen die zij met zich brengt, te handhaven.

Sur la base de l'article 19 alinéa trois du Code judiciaire le juge peut ordonner des mesures qui sont nécessaires afin de garantir les droits des parties pour autant qu'existent des droits apparents qui justifient pareille décision.

Le juge dépasse cependant sa juridiction lorsqu'il fonde l'examen des droits apparents des parties sur des règles de droit qui ne peuvent pas servir raisonnablement de fondement juridique pour les mesures qu'il ordonne.

Aussi longtemps qu'une décision définitive qui a autorité de chose jugée n'est pas intervenue, le juge conserve la faculté de maintenir la décision attaquée avec toutes les conséquences que cela implique.

3.

Als elfde middel laat de CRC terecht gelden:

*“Dès lors que la suspension d’une décision de la CRC constitue une exception au principe selon lequel les recours contre une telle décision ne sont pas suspensifs, c’est à la partie requérante qu’il appartient de démontrer que les conditions de la suspension sont remplies.*

*Aangezien de schorsing van een beslissing van de CRC een uitzondering uitmaakt op het principe dat de beroepen tegen een dergelijke beslissing geen schorsende werking hebben, is het aan verzoekende partij te bewijzen dat de voorwaarden voor schorsing vervuld zijn.”*

Het behoort aan TELENET en aan NETHYS-BRUTELE om te bewijzen dat er aanleiding is om de toestand van de partijen voorlopig te regelen ‘door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen te bevelen’.

De “ernstige” middelen die zouden kunnen leiden tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen zijn de middelen die op het eerste gezicht (*prima facie*) reeds aantonen dat er sprake is van een onwettelijkheid of van een kennelijke beoordelingsfout die bijgevolg tot de vernietiging van de bestreden rechtshandeling kunnen leiden (twaalfde middel van de CRC).

Comme onzième moyen la CRC fait valoir que :

*“Dès lors que la suspension d’une décision de la CRC constitue une exception au principe selon lequel les recours contre une telle décision ne sont pas suspensifs, c’est à la partie requérante qu’il appartient de démontrer que les conditions de la suspension sont remplies.*

*Aangezien de schorsing van een beslissing van de CRC een uitzondering uitmaakt op het principe dat de beroepen tegen een dergelijke beslissing geen schorsende werking hebben, is het aan verzoekende partij te bewijzen dat de voorwaarden voor schorsing vervuld zijn.”*

Il appartient à TELENET et à NETHYS-BRUTELE de prouver qu’il y a lieu de régler provisoirement la situation des parties ‘en ordonnant la suspension de l’exécution des décisions attaquées’.

Les moyens “sérieux” qui pourraient mener à une suspension de l’exécution des décisions attaquées sont des moyens qui démontrent à première vue (*prima facie*) qu’il existe une illégalité ou une erreur évidente d’appréciation qui pourrait mener à l’annulation de l’acte juridique (douzième moyen de la CRC).

4.

Het Marktenhof neemt aan dat er slechts dan maatregelen die de toestand van de partijen voorlopig regelen – die leiden tot een voorlopige maatregel (die

kan bestaan in de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen) - kunnen genomen worden, wanneer er in hoofde van de partij(en) die de maatregelen vorder(t)(en) ogenschijnlijke rechten bestaan die een dergelijke beslissing verantwoorden en zonder dat het hof daarbij het gezag van gewijsde van enige rechterlijke beslissing kan schenden en mits de belangenafweging – daarin begrepen de belangen van de eindgebruiker-consument – niet noopt tot een andere besluitvorming.

La Cour des marchés admet qu'il n'y a lieu de prendre des mesures provisoires visant à régler temporairement la situation des parties – mesures qui consistent à suspendre provisoirement l'exécution des décisions attaquées -, lorsqu'il existe dans le chef d'une ou plusieurs parties à la cause des droits apparents qui justifient une telle mesure et sans que la Cour ne doive pour autant enfreindre l'autorité de chose jugée d'une décision judiciaire et pour autant que la mise en balance des intérêts – en ce compris les intérêts de l'utilisateur final – le consommateur – ne nécessite pas de prendre une autre décision.

**d. betreffende het onderzoek van de middelen van TELENET :**

TELENET laat gelden :

“□ *Eerste middel: Schending van de consultatieverplichting (artikelen 6, 7 en 16(6) van de Kaderrichtlijn; artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn; artikel 55, § 1, 2de lid en 140 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie; artikel 60 van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad) doordat de CRC nieuwe wholesalemarkten heeft gedefinieerd, AMM-analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder een nieuwe openbare raadpleging te houden. Het is niet betwistbaar dat de CRC na de openbare raadpleging over de ontwerpbesluiten in de zomer van 2017 nog substantiële toevoegingen heeft gedaan aan de marktanalysebesluiten. Het betreft in het bijzonder (i) een bijkomende, volledig nieuwe analyse van markt 3b, waarbij Proximus en de kabeloperatoren worden aangeduid als gezamenlijk dominant op een technologie neutrale markt, in plaats van individueel dominant op afzonderlijke platformspecifieke markten, zoals in de ontwerpbeslissing waarover de markt is geconsulteerd; en (ii) nieuwe correctiemaatregelen, nl. wholesaletarieven (voor zowel breedband als televisieomroep) die van toepassing zullen zijn in afwachting van het uitwerken van een kostenmodel.”*

De CRC laat gelden:

*“De CRC heeft de bijkomende motivering over de hypothese van een verruimde wholesalemarkt voor centrale toegang toegevoegd naar aanleiding van de geformuleerde opmerkingen in het kader van de openbare raadpleging.*

[...]

*Naar aanleiding van die opmerkingen heeft de CRC beslist deze aanvulling toe te voegen:*

*“de regulator [acht] het gepast om, in het licht van de opmerkingen geuit ter gelegenheid van de openbare raadpleging en het belang van de consumenten, deze bijkomende motivering te verschaffen. Daarin wenst de regulator, bijkomend en onverminderd de conclusies die hij heeft genomen in de voorgaande hoofdstukken, vast te stellen dat een alternatieve aanpak op het niveau van de definitie van de betrokken wholesalemarkten niet tot een ander resultaat zou hebben geleid wat betreft de reglementaire conclusies getrokken in de marktanalyse” .*

*Hiermee sluit de CRC naadloos aan op wat het Hof van beroep of de Europese Commissie haar reeds hebben gevraagd in andere omstandigheden. Bij het opstellen van de vorige marktanalyse voor televisieomroep heeft de regulator na de door de Europese Commissie geformuleerde opmerkingen een bijkomende motivering verstrekt waarin werd aangetoond dat een notionele wholesalemarkt vanuit regulatorisch oogpunt tot eenzelfde resultaat zou hebben geleid.*

*[...]*

*Door - naar aanleiding van de geformuleerde opmerkingen in het kader van de openbare raadpleging - aan te tonen dat de opgelegde maatregelen hoe dan ook noodzakelijkerwijs identiek zouden zijn geweest in de veronderstelling van twee aparte markten voor centrale toegang en in de veronderstelling van een verruimde markt voor centrale toegang, heeft de CRC met die voorgaanden rekening gehouden.*

*Volgens vaste rechtspraak hoeven verduidelijkingen, wijzigingen of aanvullingen – die aan een ontwerpbesluit worden toegevoegd na een van de bij wet voorziene raadplegingen – niet het voorwerp uit te maken van een nieuwe raadpleging van de belanghebbende partijen .*

*[...]*

*De ontwerpbeslissingen werden aangevuld in het licht van de opmerkingen van de verschillende belanghebbende partijen. De CRC heeft rekening gehouden met de door Nethys en Brutélé ingenomen positie, evenals met het stilzwijgen van Telenet. De aangepaste versies van deze ontwerpen die werden onderworpen aan de controle van de Belgische Mededingingsautoriteit , voorzien dat het provisorisch tarief afgeleid wordt van de prijzen die door een Belgische operator met hetzelfde type van infrastructuur als de te reguleren operatoren, toegepast worden.*

*Op basis hiervan moet worden vastgesteld dat de toepassing van de tweede optie niet meer het voorwerp diende uit te maken van een nieuwe openbare raadpleging.*

*Het Hof van beroep heeft zich reeds meermaals in die zin uitgesproken .*

*122. Gezien het bovenstaande kan het middel van Telenet niet worden weerhouden als grond voor een schorsing.*

Het door TELENET ontwikkelde middel is ten stelligste betwist. Zonder een onderzoek naar de grond van de zaak – die buiten de *prima facie* beoordeling valt – kan deze grief niet onderzocht worden.

Dit middel kan dan ook *hic et nunc* geen opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen rechtvaardigen.

Ce moyen de TELENET est formellement contesté. Sans examen du fond de l'affaire – qui dépasse l'examen *prima facie* - il n'est pas possible d'examiner ce grief.

Ce moyen ne peut dès lors, *hic et nunc*, justifier la suspension de l'exécution des décisions attaquées.

□ *Tweede middel: Schending van de verplichting om de Belgische Mededingingsautoriteit te raadplegen doordat de CRC nieuwe wholesalemakten heeft gedefinieerd, AMM analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder de Belgische Mededingingsautoriteit opnieuw te raadplegen. Telenet heeft pas op 10 september 2018, dus na het indienen van haar verzoekschriften, een kopie gekregen van het administratief dossier van de bestreden beslissingen. Uit de raadpleging van dit dossier blijkt dat de aan de BMA voorgelegde ontwerpbesluiten reeds de analyse van een technologie-neutrale markt 3b en de overgangstarieven bevatte. Bijgevolg is dit middel zonder voorwerp.*

De CRC laat gelden:

123. *In haar conclusies d.d. 9 november 2018 geeft Telenet zelf uitdrukkelijk aan dat dit middel zonder voorwerp is.*

124. *Dit middel kan dan ook niet worden weerhouden als grond voor een schorsing.*

Het door TELENET ontwikkelde middel is hoe dan ook ten stelligste betwist. Zonder een onderzoek naar de grond van de zaak – die buiten de *prima facie* beoordeling valt – kan deze grief niet onderzocht worden.

Dit middel kan dan ook *hic et nunc* geen opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen rechtvaardigen.

Ce moyen de TELENET est formellement contesté. Sans examen du fond de l'affaire – qui dépasse l'examen *prima facie* - il n'est pas possible d'examiner ce grief.

Ce moyen ne peut dès lors, *hic et nunc*, justifier la suspension de l'exécution des décisions attaquées.

□ *Derde middel: Motiveringsgebrek, schending van de zorgvuldigheidsplicht en schending van het proportionaliteitsbeginsel in*

*combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn doordat de bestreden beslissing gemotiveerd wordt op basis van twee onderling onverenigbare analyses. De bestreden beslissing met betrekking tot de breedbandmarkten bevat twee verschillende – onderling onverenigbare – motiveringen voor de opgelegde correctiemaatregelen, één op basis van individuele AMM van Proximus en de kabeloperatoren op afzonderlijke, platformspecifieke markten, en één op basis van gezamenlijke AMM van Proximus en de kabeloperatoren op een technologie neutrale markt die de twee platformen omvat. Deze twee motiveringen sluiten elkaar echter uit: slechts één van de twee kan correct zijn. Een dergelijke tegenstrijdige motivering miskent de motiveringsplicht die op de regulator berust.*

[...]

*Dit middel kan dus zeker niet zonder een grondig onderzoek ten gronde verworpen worden.*

De CRC laat gelden :

*“131. De bijkomende motivering aangaande de hypothese van een wholesaemarkt voor centrale toegang – in hoofdstuk 28 van de beslissing 1 – houdt geen marktanalyse in overeenkomstig de artikelen 14 t.e.m. 16 van de Kaderrichtlijn.*

*De analyse stricto sensu wordt uitgevoerd in hoofdstukken 22-24 van de beslissing 1. De CRC heeft vervolgens uitgebreid gemotiveerd waarom Proximus en de verschillende kabeloperatoren individuele AMM hebben op de markten waar ze respectievelijk actief zijn (hoofdstuk 25).*

*De correctiemaatregelen die opgelegd worden aan, aan de ene kant, Proximus en, aan de andere kant, Telenet, Nethys en Brutélé worden vervolgens in twee aparte hoofdstukken besproken, die overeenkomen met de door de CRC weerhouden marktdefinities. De opgelegde verplichtingen zijn dus wel gebaseerd op één schadetheorie .*

*De marktanalyse berust dus op een afdoende, coherente en ondubbelzinnige afbakening van twee aparte markten die een rechterlijke controle toelaat van de gepastheid en proportionaliteit van de opgelegde verplichtingen ten opzichte van het vastgestelde probleem .*

*De CRC benadrukt dat de bijkomende motivering van hoofdstuk 28 “bijkomend en onverminderd de conclusies die hij heeft genomen in de voorgaande hoofdstukken” geldt. Deze bijkomende motivering vult dus niet de in de voorgaande hoofdstukken uitgevoerde marktanalyse van de beslissing 1 aan. Dit wordt bevestigd in afdeling 28.3.1. van de beslissing 1, waarin benadrukt wordt dat de CRC “de hypothese dat de centrale toegang tot de koper- en glasvezelnetwerken en de centrale toegang tot het kabelnetwerk tot één en dezelfde relevante productmarkt behoren” enkel beschouwd wordt “ten behoeve van deze aanvullende motivering” .*

*Er is dan ook duidelijk geen sprake van twee onderling onverenigbare analyses.*

*132. De bestreden beslissing miskent evenmin het evenredigheidsbeginsel.”*

In de mate dat TELENET zelf voorhoudt dat het middel een grondig onderzoek “ten gronde” vergt overschrijdt het middel het kader van de *prima facie* beoordeling. Het middel is ten stelligste en inhoudelijk geheel betwist.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Dans la mesure où TELENET soutient elle-même que ce moyen mérite un examen approfondi « au fond », ce moyen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*. Le moyen est formellement contesté au fond.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

□ *Vierde middel: Manifeste beoordelingsfout, schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), miskennis van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC in haar “oorspronkelijke analyse” de markt voor centrale toegang ten onrechte opdeelt in platformspecifieke markten en hieruit ten onrechte besluit dat de kabeloperatoren als operatoren met AMM moeten aangeduid worden.*

[...]

*Ook dit middel kan dus niet zonder een grondig onderzoek ten gronde verworpen worden.*

De CRC laat gelden :

*“125. De CRC is uitgegaan van de markt 3b geïdentificeerd in de aanbeveling van 2014. Uit de analyse van de CRC zijn twee deelmarkten voor centrale toegang naar voren gekomen, een voor koper en vezel (3b-1) en een andere voor kabel (3b-2) . De CRC heeft vervolgens de substitueerbaarheid van deze producten onderzocht, rekening houdend met de vraagzijde , de aanbodzijde en de indirecte druk van de kabeloperatoren op de wholesalemarkt voor breedband.*

*126. De Belgische mededingingsautoriteit en de Europese Commissie hebben de door de CRC gevolgde aanpak gevalideerd.*

*De Belgische Mededingingsautoriteit heeft aangegeven dat ze “rejoint (...) la conclusion du projet de décision sur l'absence de substituabilité entre les offres de gros sur le réseau fil de cuivre (xDSL) et les offres de gros via le réseau câblé”.*

*De Europese Commissie heeft daar uiteraard opmerkingen op gegeven - waarmee de CRC afdoende rekening heeft gehouden (zie de volgende paragrafen) – maar er dient benadrukt te worden dat de Europese Commissie*

uitdrukkelijk stelt dat “la Commission ne formulera pas d’objection aux définitions de marché proposées par la CRC” .

127. Dit volstaat om vast te stellen dat dit middel van Telenet niet ernstig is. De kritieken van Telenet worden bovendien ook geformuleerd in het kader van haar beroep bij het Gerecht van de Europese Unie.

[...]

129. De speculaties van Telenet over de redenen waarom de Europese Commissie de analyse van de CRC heeft gevalideerd , zijn evenmin pertinent. Wat pertinent is, is dat de Europese Commissie uitdrukkelijk stelt: “la Commission ne formulera pas d’objection aux définitions de marché proposées par la CRC” .

130. Gezien het bovenstaande kan het middel van Telenet niet worden weerhouden als grond voor een schorsing.”

In de mate dat TELENET zelf voorhoudt dat het middel een grondig onderzoek “ten gronde” vergt overschrijdt het middel het kader van de *prima facie* beoordeling. Het middel is ten stelligste en inhoudelijk geheel betwist.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Dans la mesure où TELENET soutient elle-même que ce moyen mérite un examen approfondi « au fond », ce moyen dépasse le cadre d’un examen *prima facie*. Le moyen est formellement contesté au fond.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

□ *Vijfde middel: Manifeste beoordelingsfout, miskennis van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC in haar zgn. “aanvullende” analyse van gezamenlijke AMM vertrekt van een onjuiste geografische marktafbakening en de Airtours-criteria niet correct toepast. Na de openbare raadpleging heeft de CRC aan de beslissing met betrekking tot de breedbandmarkten een zgn. “aanvullende” analyse toegevoegd, waarin een technologieneutrale markt voor centrale toegang op groothandelsniveau (markt 3b) wordt weerhouden in plaats van twee afzonderlijke, platform-specifieke markten zoals in de “oorspronkelijke analyse”. Hoewel de Commissie in haar commentaar op de ontwerpbeslissing heeft gezegd dat dit een “meer gepaste” benadering was, is ook deze analyse echter fundamenteel gebrekkig, enerzijds omdat de CRC de geografische markt nog steeds opdeelt per dekkinggebied van de kabeloperatoren ondanks de aanwezigheid in de markt van Proximus als nationale speler, en anderzijds omdat de zgn. Airtours-criteria voor het vaststellen van collectieve dominantie niet vervuld zijn.*

De CRC laat gelden:

*“135. De bijkomende motivering die op de theoretische definitie van één markt 3b berust, gaat ervan uit “dat er verschillende geografische markten bestaan, die elk overeenstemmen met de dekkingszone van een kabeloperator (Brutéle, Nethys, Telenet)” .*

*Deze insteek is in lijn met deze van het Hof van beroep. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat “la présence d’un opérateur qui est actif à un échelon territorial qui est plus vaste qu’une ou plusieurs zones de couverture de câble peut avoir pour effet une délimitation du marché géographique plus ample que celle desdites zones de couverture, mais ne le requiert pas mécaniquement”. “Le marché géographique pertinent doit être délimité suivant ces zones de couverture, sauf s’il devait être admis que la substitution en chaîne produit une pression indirecte sur les prix entre zones géographiques” .*

*Telenet verwijst naar kenmerken van de retailmarkt om te concluderen dat een verruimde markt voor centrale toegang nationaal moet worden afgebakend. De argumentatie van Telenet is volstrekt onjuist. Het is niet omdat alternatieve operatoren nationaal willen opereren als retailers dat de wholesalemarkt nationaal is. De CRC motiveert afdoende in § 1821.1 en 1821.2 waarom er geen substitutie mogelijk is aan de vraag- en aan de aanbodzijde op de wholesalemarkt.*

*De afwezigheid van voldoende bewijselementen om te besluiten tot het bestaan van een ketensubstitutie-effect (volgens § 43 van de SMP richtsnoeren van 2018) wordt ook uitgebreid gemotiveerd in de beslissing. Telenet legt overigens niet uit hoe een fenomeen van ketensubstitutie op de retailmarkt zich zou vertalen in een gelijkaardig fenomeen op de wholesalemarkt .*

*De stelling van Telenet dat de bijkomende motivering van gezamenlijke AMM vertrekt van een onjuiste geografische marktafbakening is dus duidelijk niet ernstig.*

[...]

*137. Gezien het bovenstaande kan het middel van Telenet niet worden weerhouden als grond voor een schorsing.”*

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek “ten gronde”, het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d’un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

□ *Zesde middel: Miskenning van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn en schending van de motiveringsplicht doordat de CRC onvoldoende heeft rekening gehouden met de stroomopwaarts beschikbare wholesaleproducten.*

De CRC laat gelden:

*“138. Telenet meent dat de CRC onvoldoende rekening heeft gehouden met de stroomopwaartse beschikbare wholesaleproducten en de opgelegde verplichtingen op de markt 3a waardoor de regulering in de stroomafwaartse markt (de markt 3b) zwaarder in plaats van lichter wordt. Bovendien meent Telenet dat door de VULA-verplichting een zelf-bestendige regulering ontstaat en dat de CRC het Proximus-platform en de kabelplatform symmetrisch reguleert waardoor alternatieve operatoren afhankelijk gemaakt worden van de regulerende interventie en van de toegang tot het netwerk van andere operatoren waardoor ze blijven steken op de investeringsladder.*

*139. Deze argumenten van Telenet falen zowel in rechte als in feite. Telenet toont immers niet aan dat de maatregelen opgenomen in de bestreden beslissing inzake de wholesalebreedbandmarkten prima facie zijn aangetast door een onwettelijkheid zodat haar middelen geenszins ernstig zijn.*

*140. De CRC benadrukt dat het doel van een marktanalyse erin bestaat de graad van concurrentie op een gegeven markt te beoordelen om te bepalen of het vanuit een economisch oogpunt gerechtvaardigd is om reglementaire maatregelen op te leggen aan bepaalde operatoren. De keuze van de correctiemaatregelen wordt gestuurd door de doelstellingen van het regelgevingskader (de bevordering van de concurrentie, de ontwikkeling van de interne Europese markt en de ondersteuning van de belangen van de burgers van de Europese Unie) en door beginselen zoals de transparantie, de non-discriminatie en de evenredigheid .*

[...]

*159. Er wordt door Telenet geen enkel ernstig bewijs aangeleverd dat aantoonst dat dit overgangstarief prima facie onwettelijk is en niet voldoet aan de vereiste om efficiënte investeringen in netwerkinfrastructuur aan te moedigen (en dus een schending van artikel 8(5)(d) van de Kaderrichtlijn zou uitmaken).”*

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek “ten gronde”, het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

□ *Zevende middel: Schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn en artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de op zichzelf staande verplichting tot breedbandtoegang en de verplichting inzake toegang tot de QoS-mechanismen in EuroDOCSIS nodig voor vaste telefonie niet noodzakelijk zijn om alternatieve operatoren toe te laten te concurreren op de retailmarkt en doordat er één tarief wordt vastgesteld voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps. Uw Hof heeft al geoordeeld dat de regulator niet kan volstaan met algemene beschouwingen om een ex ante verplichting te rechtvaardigen, maar in concreto moet aantonen dat de verplichting beantwoordt aan een specifiek probleem. Het Hof overwoog daarbij ook dat, wanneer de alternatieve operatoren nooit gevraagd hebben naar een vorm van toegang in tempore non suspecto, d.w.z. voordat de regulator voorstelde om een AMM-operator te verplichten dergelijke toegang te verschaffen, dit erop wijst dat de verplichting niet noodzakelijk en proportioneel is. Ze beantwoordt dan kennelijk niet aan een echte vraag van de markt. Welnu, in dit geval legt de bestreden beslissing ex ante verplichtingen op, in het bijzonder de verplichting om “standalone” (op zichzelf staande) centrale wholesalebreedbandtoegang te verschaffen en de verplichting om een vorm van wholesaletoegang te verschaffen voor vaste telefonie, waarvan niet aangetoond is dat zij beantwoorden aan een reële vraag van de markt. Telenet heeft in tempore non suspecto voor geen van beide vormen van toegang ooit een verzoek gekregen, weze het van Orange of van een andere operator.*

De CRC laat gelden:

*“2.3.7.1 Broadband only of alleenstaandbreedband*

*146. De CRC kan op basis van marktbevraging aantonen en bevestigen dat er wel degelijk een reële vraag is naar broadband only aanbiedingen. Zo deelde een onderneming naar aanleiding van de publieke consultatie het volgende mee : “[Vertrouwelijk] strongly believes that there is a great segment of millennials that only want a broadband connection at a reasonable price combined with an app like Stevie”. Ook Orange heeft aangegeven dat het een groot potentieel ziet in een “internet only proposal” omdat vele klanten grote interesse laten blijken voor internet met OTT-content (zoals het aanbod van Netflix, YouTube en Amazon) zonder het TV-component . De stelling van Telenet dat er aldus geen specifieke vraag is naar dit product is manifest onjuist.*

*[...]*

*2.3.7.1 Toegang tot QoS-mechanismen in EuroDOCSIS voor vaste telefonie*

*149. Telenet meent dat de verplichte wholesaletoegang tot vaste telefonie disproportioneel is omdat het nog weinig belang zou hebben op de residentiële markt. Telenet bewijst echter geen prima facie onwettelijkheid van deze maatregel .*

150. Telenet negeert dat deze verplichting grotendeels wordt opgelegd ter ondersteuning van breedbandtoegang, gelet op het belang om vaste telefonie te kunnen aanbieden in multiple-playaanbiedingen. Vaste diensten worden het vaakst verkocht als onderdeel van een bundel. Vaste telefonie wordt voor 86% verkocht via een gebundeld contract . Vaste telefonie is een hefboom voor alternatieve operatoren om de breedbandmarkt te betreden en dus voor het ontwikkelen van een klantenbestand voor andere diensten . Daarnaast is vaste telefonie nog zeer zeker van belang in residentiële en niet-residentiële markten wat bewezen wordt door het feit dat vaste telefonie in alle bundels van alle operatoren een vast component uitmaakt.

[...]

152. De maatregel is evenredig gezien de beperkte investering die nodig is om een dergelijke verplichting ten uitvoer te brengen.

153. Bovendien is de maatregel proportioneel omdat de keuze van implementatie van deze toegang aan de kabeloperatoren wordt gelaten. De toegang via EuroPacketCable (Multimedia) wordt beheerst door een dienst die reeds door Telenet wordt aangeboden. Hieruit volgt dat het vrijgeven van deze toegang geen ontwikkeling van nieuwe engineeringregels vereist, maar enkel de aanpassing van de processen voor bestelling, installatie en reparatie aan de behoeften van een wholesalesklant.

154. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat de maatregel evenredig en proportioneel is, wat al een voldoende bewijs uitmaakt dat de maatregel niet is aangetast door een onwettelijkheid. Telenet bewijst bovendien niet dat deze maatregel prima facie onwettelijk is, bijgevolg is haar middel op dit onderdeel tevens niet ernstig.

#### 2.3.7.3 Het tarief voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps

155. Telenet meent dat het “kennelijk disproportioneel” is dat er voor de breedbandprofielen vanaf 150 Mbps in één wholesaletarief wordt voorzien zonder rekening te houden met volume. Zij stelt dat dit tarief begunstigden ertoe zou aanzetten om vooral zware breedbandprofielen af te nemen wat een nadelige impact kan hebben op het netwerk van Telenet en op de dienstverlening aan de eigen klanten van Telenet .

156. De CRC merkt eerst en vooral op dat Telenet hier uitgaat van veronderstellingen zonder de onwettelijkheid van de maatregel aan te tonen.

157. Dit middel van Telenet is niet ernstig omdat het gaat om een “overgangstarief” dat slechts voor een beperkte periode moet toegepast worden in afwachting van de voltooiing van het kostenmodel.

[...]

159. Er wordt door Telenet geen enkel ernstig bewijs aangeleverd dat aantoonst dat dit overgangstarief prima facie onwettelijk is en niet voldoet aan de vereiste om efficiënte investeringen in netwerkinfrastructuur aan te moedigen (en dus een schending van artikel 8(5)(d) van de Kaderrichtlijn zou uitmaken).”

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek “ten gronde”, het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

□ *Achtste middel: Manifeste beoordelingsfout en schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn en artikel 8(5) van de Kaderrichtlijn en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC geen afzonderlijke markt definieert voor het zakelijke segment en de regelgevende verplichtingen voor de kabeloperatoren niet beperkt tot het consumentensegment. Op het niveau van de retailmarkten concludeert de CRC dat de diensten voor breedbandtoegang voor particuliere klanten en niet-particuliere (zakelijke) klanten tot twee onderscheiden productmarkten behoren. Dit onderscheid wordt echter niet doorgetrokken naar het wholesaleniveau, omdat volgens de CRC de wholesaleaanbiedingen ter ondersteuning van particuliere en niet-particuliere retailaanbiedingen substitueerbaar zouden zijn aan de aanbodzijde.*

De CRC laat gelden:

*“160. De beslissing onderzoekt en motiveert uitgebreid en afdoende in hoofdstuk 22.5 waarom er geen onderscheid wordt gemaakt op wholesaleniveau tussen een markt voor particuliere en een markt voor zakelijke gebruikers van bitstream .*

*161. In tegenstelling tot wat Telenet beweert, heeft de CRC de niet-particuliere retailbreedbandmarkt voldoende ernstig geanalyseerd en beschreven op welke wijze deze gekarakteriseerd wordt . De CRC kon vaststellen dat “de diensten voor breedbandtoegang voor het particuliere cliënteel en de diensten voor breedbandtoegang voor het niet-particuliere cliënteel (...) tot twee onderscheiden productenmarkten [behoren]”, met een voorbehoud voor het “segment van de kleine ondernemingen (ondernemingen met minder dan 10 personen)” . Bij de karakterisering van de niet-particuliere markt worden vervolgens een reeks aan de particuliere markt gemeenschappelijke elementen op de voorgrond geplaatst, waaronder voornamelijk de concentratie op de markt.*

*162. Op het niveau van de wholesalemarkt daarentegen, heeft de CRC op basis van de substitueerbaarheidstest op aanbodzijde vastgesteld dat “de aanbiedingen van centrale toegang die particuliere en niet-particuliere retailaanbiedingen ondersteunen, maken deel uit van dezelfde productmarkt” . Deze conclusie wordt niet bekritiseerd door de verzoekende partijen.*

*Het is op deze wholesalemarkt dat de CRC een toegangsverplichting heeft opgelegd. Gezien de substitueerbaarheid op wholesaleniveau moest de CRC deze verplichting niet onderscheiden in functie van het gebruik dat hiervan zou worden gemaakt op het niveau van de retailmarkt.*

*163. De CRC stelt vast dat Telenet geen enkele manifeste beoordelingsfout aantoonde bij de opname in markt 3b van diensten die gebruikt kunnen worden door zakelijke klanten:*

*[...]*

*164. Gezien het bovenstaande kan het middel van Telenet niet worden weerhouden als grond voor een schorsing.”*

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek “ten gronde”, het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

□ *Negende middel: Manifeste beoordelingsfout en schending van het proportionaliteitsbeginsel en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC de mogelijkheden van Telenet beperkt om toegang te hebben tot het netwerk van Proximus met het oog op het verlenen van diensten aan zakelijke klanten. Telenet heeft om zes redenen toegang gevraagd tot het netwerk van Proximus met het oog op het aanbieden van oplossingen voor zakelijke klanten. De consultant van het BIPT, Analysys Mason, heeft de redelijkheid van elk van deze redenen onderzocht en geconcludeerd dat het verzoek van Telenet voor wat betreft vijf van de zes redenen als redelijk beschouwd kan worden. Niettemin weerhoudt de CRC uiteindelijk slechts drie van de zes redenen.*

*[...]*

*Telenet merkt nog op dat, indien de beslissing op dit punt niet geschorst wordt, zij verplicht zal zijn om bestaande aanbiedingen aan zakelijke klanten in te trekken. Het klantenverlies als gevolg hiervan vormt uiteraard een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel (zie infra).*

De CRC laat gelden:

*“165. Telenet heeft om zes redenen toegang gevraagd tot het netwerk van Proximus. De CRC heeft 3 redenen weerhouden omdat het over redelijke toegangsverzoeken ging. Telenet meent dat de CRC onvoldoende heeft*

*gemotiveerd waarom er slechts drie van de zes verzoeken werden weerhouden. Telenet stelt dat zij bij niet schorsing van de beslissing bestaande aanbiedingen zal moeten intrekken wat haar schade (klantenverlies) zal berokkenen.*

*De CRC zal in wat volgt duidelijk weergeven waarom haar beslissing om drie toegangsverzoeken te weerhouden afdoende gemotiveerd is en waarom Telenet bij niet schorsing haar bestaande aanbiedingen niet zal moeten intrekken. Uit deze redenen zal overduidelijk blijken dat het middel van Telenet niet ernstig is.*

*166. De ontwikkeling van daadwerkelijke en duurzame concurrentie vereist dat derde operatoren toegang hebben tot het hele netwerk van Proximus of een deel ervan, of de mogelijkheid hebben om te investeren in samenwerking met Proximus . De CRC beschouwt wel dat de operatoren die al over een eigen volwaardig vast netwerk beschikken, zich bevinden in een specifieke situatie wat betreft de aanvragen voor toegang tot de andere vaste netwerken. De impact van het toestaan van de toegang van deze operatoren is immers veel groter op de investeringen en op de concurrentie die gebaseerd is op de infrastructuur dan in de situatie van een operator die niet over een dergelijk netwerk beschikt . De CRC heeft dan ook een methode uitgewerkt (die overigens niet werd bekritiseerd door Telenet) om de redelijkheid te beoordelen van de aanvragen van kabeloperatoren .*

*167. De concrete verzoeken die aan de CRC worden voorgelegd worden in bijlage O van de beslissing 1 onderzocht, waaronder de toegang van Telenet tot het Proximus-netwerk die in Bijlage O.2 van de beslissing 1 wordt onderzocht en gemotiveerd.*

*168. De zes redenen op basis waarvan Telenet een toegang tot het netwerk van Proximus heeft geformuleerd werden onderzocht op hun redelijkheid. Hierbij werd rekening gehouden met hun mogelijke impact op de concurrentie op lange termijn en met het feit dat de benodigde investering in die gevallen – hoogstwaarschijnlijk – economisch onrendabel is . Deze redenen, op grond waarvan Telenet toegang kan vragen worden uitvoerig beschreven in bijlage O en de beoordeling ervan is gebaseerd op de wettelijke bepalingen van artikel 61, § 2, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en van artikel 50, § 2, van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad.*

*[...]*

*173. De CRC heeft aldus afdoende en duidelijk gemotiveerd hoe de redelijkheid van een toegangsverzoek wordt beoordeeld, in het bijzonder in het kader van het toegangsverzoek van Telenet tot het netwerk voor centrale toegang van Proximus . Telenet bekritiseert deze beoordeling maar bewijst niet in concreto dat ze is aangetast door prima facie onwettelijkheid. Het middel van Telenet kan niet worden weerhouden als grond voor een schorsing.”*

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek “ten gronde”, het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

In de mate dat TELENET voorhoudt dat er een economisch verlies zou kunnen optreden, vormt dergelijk verlies dat zich veruiterlijkt onder de vorm van een schadeclaim, geen moeilijk te herstellen nadeel.

Elk nadeel dat zich beperkt tot een economisch verlies is bij wijze van schadevergoeding herstelbaar.

Alle procespartijen zijn zich terdege bewust van het gegeven dat bij een latere vernietiging van de bestreden beslissingen er aanzienlijke schadeclaims zouden kunnen geformuleerd worden door de partijen die de gevolgen van de bestreden beslissingen zullen hebben ondergaan gedurende verschillende jaren. Hetzelfde geldt voor het geval de beslissingen niet zouden vernietigd worden. Het Marktenhof heeft geen rechtsmacht met betrekking tot dergelijke schadeclaims die hun grondslag vinden in het gemeenrechtelijk aansprakelijkheidsrecht.

Vermits de nationale wetgeving het beoordelen van schadeclaims mogelijk maakt en een rechtstoegang voor dergelijke claims voorziet, zijn de rechten van de partijen op generlei wijze geschonden. Elke partij, daarbij gerekend de CRC, heeft in volle kennis van zaken beslissingen genomen en de gelegenheid gehad om voor het hof desgevallend een *modus vivendi* overeen te komen in afwachting van de beoordeling ten gronde (nadat het hof kennis zal hebben van de beslissing door de gerechten van de Europese Unie). Doordat de partijen deze mogelijkheid niet hebben benut en er de voorkeur aan gegeven hebben dat het hof zich zou uitspreken over de vordering om de toestand van de partijen voorlopig te regelen, hebben alle partijen hun verantwoordelijkheid dienaangaande opgenomen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

Dans la mesure où TELENET soutient qu'elle pourrait subir un dommage économique, pareil dommage qui se résume en une action en dommages-intérêts, ne constitue pas un dommage difficilement réparable.

Tout dommage qui se résume en une perte économique peut faire l'objet d'une réparation sous la forme d'une action en dédommagement.

Toutes les parties au procès se rendent compte qu'après une annulation postérieure des décisions attaquées, des actions en dommages-intérêts importants pourraient être engagés par les parties qui auraient subi les conséquences des décisions attaquées. Il en est de même lorsque les décisions ne seraient pas annulées.

La Cour des marchés n'a pas de juridiction pour des actions qui trouvent leur fondement dans le droit commun des responsabilités.

Puisque le droit national permet d'entamer des actions en responsabilité, les droits des parties ne sont pas violés.

Chaque partie, en ce compris la CRC, a pris une position en parfaite connaissance de cause et a eu la faculté le cas échéant de convenir d'un *modus vivendi* en attendant la décision au fond (après que la Cour aura pris connaissance de la décision des juridictions de l'Union Européenne).

Par le fait que les parties n'ont pas fait usage de cette faculté et qu'elles ont au contraire préféré que la Cour se prononce sur la demande de régler provisoirement la situation des parties, toutes les parties ont pris leur responsabilité à ce sujet.

□ *Tiende middel: Schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, van het proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht doordat de CRC een kennelijke beoordelingsfout begaat door de retailmarkt voor televisieomroep te eng te definiëren en niet aan te tonen dat de retailmarkt niet naar daadwerkelijke concurrentie neigt en de wholesalemarkt nog in aanmerking komt voor ex ante regelgeving. De CRC definieert de relevante retailmarkt voor televisieomroep zeer eng, namelijk als de markt voor betalende, lineaire, analoge of digitale televisie aangeboden via de kabel of IPTV, met uitsluiting van gratis ("free-to-air") televisie, niet-lineaire televisie, satelliettelevisie, DVB-T en (lineaire en niet-lineaire) "over-the-top"-diensten (OTT-diensten). Deze (te) enge marktdefinitie wijkt af van de constante beslissingspraktijk van de Europese Commissie en van de Belgische Mededingingsautoriteit, die beide beschouwen dat de verschillende omroeptransmissieplatformen in principe tot dezelfde markt behoren. Ook NRI's van andere lidstaten hebben een ruimere marktdefinitie gehanteerd.*

De CRC laat gelden:

*"174. De karakterisering van de retailmarkt voor televisieomroep steunt op een ernstige en objectieve analyse en is opgenomen in Hoofdstuk 8 van Beslissing 1. Dat deel van de beslissing telt 240 pagina's. Deze analyse resulteert in de duidelijke vaststelling van de disfuncties op de retailmarkt voor televisieomroep, voornamelijk deze met betrekking tot de prijzen. Deze benadering ligt volkomen in de lijn van de rechtspraak van het Hof van beroep.*

[...]

*De door Telenet ontwikkelde argumenten zijn overigens dezelfde argumenten als in haar antwoord op de openbare raadpleging . De CRC heeft rekening gehouden met deze argumenten in de definitieve beslissing. Deze waren echter niet van dien aard dat de CRC tot een andere conclusie had moeten komen. De CRC heeft dit afdoende in haar beslissing gemotiveerd .*

[...]

*Voor zover de praktijk van de Europese Commissie in mededingingszaken (die bovendien betrekking hebben op andere lidstaten dan België) in casu pertinent*

*zou zijn, is er aldus geen sprake van tegenstrijdigheid met de positie van de CRC.*

*Dit is nog frappanter met betrekking tot de beslissingspraktijk van de BMA. De BMA heeft in 2014 beslist dat de relevante markt “le marché de détail de la fourniture de signaux de télévision CATV et IPTV payants tant analogiques que numériques dans la zone de couverture de VOO” is. De BMA besliste dus dat DVB-T, satelliet en OTT niet behoren tot de relevante markt.*

[...]

*Van tegenstrijdigheid tussen de door de CRC weerhouden marktdefinitie en de praktijk van de BMA is dus ook geen sprake.*

*175. Telenet stelt vervolgens dat de analyse van de CRC onvoldoende toekomstgericht is omdat zij het belang van analoge televisie overdrijft, omdat zij niet voldoende rekening houdt met de ontwikkeling van OTT-diensten en omdat zij rekening heeft gehouden met een te korte tijdshorizon.*

[...]

*Wellicht ten overvloede, gaat de CRC in de volgende paragrafen in op de kritiekpunten van Telenet.*

*176. Wat het voordeel betreft dat voortvloeit uit de analoge televisie, stelt de CRC vast in de beslissing dat Telenet nog steeds analoge televisie aanbiedt, daarbij inbegrepen als standalone aanbod, dus zonder digitale televisie . Ze biedt eveneens nog steeds analoge televisie aan in het kader van haar digitaal aanbod, zoals ook de andere kabeloperatoren doen .*

[....]

*177. Wat de “zijdelingse” druk van producten “buiten de markt” betreft, heeft de CRC de kritiekpunten van Telenet grondig onderzocht in de bestreden beslissingen als reactie op de stelling van verschillende marktpartijen in het kader van de openbare raadpleging “dat alternatieve wholesaleomroepplatformen (zoals IPTV, SATV en OTT) voor voldoende dynamisme op de wholesaleomroepmarkten zorgen” .*

[....]

*178. Telenet meent ten slotte dat de CRC in haar analyse rekening had moeten houden met een langere tijdshorizon dan de komende reguleringsperiode.*

*Zoals ook in de beslissing 1 aangehaald, stelt de Toelichting bij de Aanbeveling 2014 dat er niet aan het tweede criterium van de drie-criteria-test wordt voldaan indien “binnen het tijdsbestek van de analyse een duidelijk bewijs wordt vastgesteld van een dynamiek op de markt die erop wijst dat de situatie van daadwerkelijke mededinging zal worden bereikt binnen afzienbare tijd en zonder ex-anteregulering” .*

*Dit is precies wat de CRC heeft gedaan, in lijn met de rechtspraak van het Hof van beroep . De CRC heeft wel degelijk rekening gehouden met de relevante tijdshorizon .*

*Uit het bovenstaande blijkt duidelijk dat de CRC afdoende motiveert waarom de wholesale omroepmarkt niet neigt naar daadwerkelijke mededinging.*

*179. Gezien het bovenstaande kan het middel van Telenet niet worden weerhouden als grond voor een schorsing."*

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek "ten gronde", het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

□ *Elfde middel: Schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod en/of motiveringsgebrek door de inconsistentie tussen de analyse van de wholesale breedbandmarkten en deze van de wholesale omroepmarkt. In de analyse van de breedbandmarkten besluit de CRC (althans in haar "oorspronkelijke analyse") dat de centrale wholesaaletoegang tot het netwerk van Proximus en de centrale wholesaaletoegang tot de kabelnetwerken tot afzonderlijke markten behoren. Vervolgens identificeert en analyseert de CRC zowel de afzonderlijke markt voor centrale toegang tot DSL netwerken op wholesaleniveau ("markt 3b-1") als de afzonderlijke markt voor centrale toegang tot de kabel op wholesaleniveau ("markt 3b-2").*

De CRC laat gelden:

*"180. Het is onbegrijpelijk dat Telenet de CRC verwijt dat ze niet motiveert waarom ze geen onderzoek heeft gevoerd naar de mogelijkheid van een aparte markt voor wholesaaletoegang tot het IPTV-platform.*

*Dit is nochtans precies wat de CRC heeft gedaan in hoofdstuk 33 van de beslissing 1.*

*De CRC benadrukt eerst dat:*

*"de wholesalemarktanalyse voor centrale toegang uitgemond [is] in de conclusie dat Proximus over een aanmerkelijke macht beschikte op de markt voor centrale toegang op de koper- en glasvezelnetwerken. Daardoor werden aan Proximus een aantal verplichtingen opgelegd waaronder de verplichting om wholesale-input te verstrekken aan zijn concurrenten. De wholesaaletoegang tot het centrale netwerk van Proximus stelt een alternatieve operator in staat om retailaanbiedingen uit te werken voor breedband, omroep (dankzij de multicastfunctionaliteit of, als alternatief, de toegang tot het digitale televisieplatform van Proximus) en vaste telefonie" .*

De CRC kijkt vervolgens naar de situatie op de kabelnetwerken en stelt vast dat:

*“Zo is ook de wholesalemartanalyse voor centrale toegang uitgemond in de conclusie dat elke kabeloperator over een aanmerkelijke macht beschikte op de markt voor centrale toegang op het kabelnetwerk in zijn dekkingsgebied. Daardoor werden aan elke kabeloperator een aantal verplichtingen opgelegd waaronder de verplichting om wholesale-input te verstrekken aan zijn concurrenten. De wholesaaletoegang tot het centrale netwerk van de kabeloperatoren stelt een alternatieve operator in staat om retailaanbiedingen uit te werken voor breedband. Het stelt de alternatieve operator eveneens in staat om zijn eigen dienst van vaste telefonie via kabel te ontwikkelen.*

*Aan de hand van de input die de kabeloperatoren verplicht moeten verstrekken kan een alternatieve operator daarentegen geen retailaanbiedingen voor omroep op de markt brengen” .*

De CRC onderbouwt nader in §§ 2658-2665 waarom ze van mening is dat er “een vraag [bestaat] naar wholesaaletoegang tot omroep via kabel, afgeleid van de vraag naar omroepdiensten op de retailmarkt”.

*Een onderzoek naar de mogelijkheid van een aparte markt voor wholesaaletoegang tot het IPTV-platform was dan ook niet nodig. De CRC heeft inderdaad vastgesteld dat de maatregelen opgelegd aan Proximus op markten 3a en 3b volstaan om een alternatieve operator in staat te stellen retailaanbiedingen uit te werken voor breedband, omroep en vaste telefonie.*

*181. Er bestaat dan ook geen enkele reden om de oplegging van een regulerende maatregel te overwegen op een mogelijke markt voor wholesaaletoegang tot het IPTV-platform. De maatregelen opgelegd op de markten 3a en 3b geven al de mogelijkheid aan een alternatieve operator om retailaanbiedingen uit te werken voor omroep.*

*182. Gezien het bovenstaande kan het middel van Telenet niet worden weerhouden als grond voor een schorsing.”*

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek “ten gronde”, het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

□ *Twaalfde middel: Schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe doordat de tarieven wholesaletoeegang tot de kabel steunen op een ongerechtvaardigde afstemming op de tarieven van Brutélé en vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk. De bestreden beslissing legt de kabeloperatoren onder meer een verplichting op om "billijke" prijzen te hanteren voor toegang tot hun netwerk (zowel wat betreft breedbandtoegang als wat betreft toegang tot het televisieplatform). Deze "billijke" prijzen zullen vastgesteld worden op basis van een bottom-up LRIC kostenmodel. Omdat dit kostenmodel niet op korte termijn beschikbaar zal zijn, stelt de bestreden beslissing ook wholesaletarieven vast die in de overgangperiode van toepassing zullen zijn.*

De CRC laat gelden:

*"183. Telenet stelt dat de CRC de keuze voor de tarieven van SFR Frankrijk als benchmark manifest gebrekkig heeft gemotiveerd. Volgens Telenet zijn de markt, het netwerk en de tarifaire situatie van SFR zeer verschillend van deze van Telenet .*

*184. Zoals ook reeds voordien werd aangetoond, toont Telenet geen prima facie onwettelijkheid aan van de maatregel. Zij beperkt zich tot een bewering dat de beslissing niet voldoende gemotiveerd is. De maatregel is echter uitvoerig en voldoende gemotiveerd zoals uit het volgende zal blijken.*

*185. De keuze voor het LRIC bottom-up model voor de berekening van de overgangstarieven is gebeurd op basis van de vereiste dat de tarieven "billijk" moeten zijn en geacht worden "de kosten van een efficiënte operator te weerspiegelen". Aldus diende de CRC te komen tot een overgangssysteem dat los staat van en niet gekoppeld is aan de prijs van de retailaanbiedingen van de gereguleerde operatoren. Deze aanpak laat toe om ongemakken te omzeilen die voortkwamen uit de voorheen toepasselijke retail minus methode .*

*186. Verder is gebleken dat het niet rechtvaardig zou zijn om de huidig toepasselijke tarieven aan te passen in lijn met deze van Telenet:*

*"Het huidige groothandelstarief in de Telenet-footprint is significant hoger dan de andere vergelijkingspunten en kan prima facie bezwaarlijk als redelijk beschouwd worden."*

[...]

*187. Daarentegen kan gesteld worden dat het tarief van Brutélé dichter aanleunt bij wat als redelijk kan worden beschouwd – in het bijzonder ten opzichte van de SFR/Numericable (Frankrijk)-benchmark .*

*De regulator beschouwt de wholesaletarieven van SFR/Numericable als het beste vergelijkingspunt dat beschikbaar is om, bij gebrek aan een kostenmodel, de billijke aard van de wholesaletarieven in België te beoordelen. SFR/Numericable beschikt namelijk over een coaxnetwerk van hetzelfde type als de Belgische kabeloperatoren. Net als zij is SFR historisch een aanbieder van televisiediensten via de kabel. Het verkoopt soortgelijke retailediensten en ook zijn wholesalediensten zijn vergelijkbaar. De wholesaletarieven van SFR/Numericable zijn niet kostengeoriënteerd; ze resulteren uit vrijwillige verbintenissen aangegaan in het kader van de procedure voor de goedkeuring*

van een concentratie. Dat betekent ten eerste, dat deze prijzen op het eerste gezicht niet onredelijk laag zijn (anders zou SFR/Numericable zich niet ertoe verbonden hebben om die te hanteren) en ten tweede, dat deze verbintenissen aangegaan zijn onder de controle van de Franse mededingingsautoriteit met als doel de dupliceerbaarheid van de aanbiedingen van de nieuwe groep via de toegang te waarborgen .

De CRC heeft nooit beweerd dat de situaties in Frankrijk en in België perfect gelijk zijn, maar het is toch duidelijk gebleken dat er geen aanzienlijke verschillen zijn. Indien de CRC zich had beperkt tot het toepassen van de Franse tarieven, zouden de tarieven in het overgangssysteem lager zijn geweest dan het tarief dat betwist wordt door verzoekende partijen, bij voorbeeld 18€ in plaats van 20€ voor een profiel 100 Mbps.

188. De prijzen van SFR/Numericable zijn bovendien aanvaardbaar en lager dan deze van Brutélé. Al deze elementen hebben ertoe geleid dat de CRC op redelijke wijze kon oordelen dat de door Brutélé toegepaste tarieven, *prima facie* en in afwachting van de ontwikkeling van een kostenmodel, als billijk geacht konden worden. Hoe dan ook stelt de CRC vast dat Telenet geen enkel concreet cijfer aanbrengt waaruit zou kunnen blijken dat het overgangstarief een disproportionele financiële impact zou hebben gehad op Telenet

189. De CRC heeft uiteindelijk beslist om de huidig toepasselijke tarieven te corrigeren, zodat er slechts twee profielen overblijven, "enkel gedifferentieerd op basis van hun downloadsnelheid (kleiner dan 150 Mbps enerzijds en groter of gelijk aan 150 Mbps anderzijds)". Op deze wijze, "zal het niet langer noodzakelijk zijn om tarieven te berekenen van nieuwe of eigen profielen op basis van interpolaties of extrapolaties".

190. Het kan dus niet weerhouden worden dat de CRC de vastgestelde overgangstarieven manifest gebrekkig heeft gemotiveerd door enkel uit te gaan van vermoedens en *prima facie* veronderstellingen. De bestreden beslissing is afdoende gemotiveerd en baseert zich op concrete cijfers en omstandigheden. Telenet brengt geen enkel element aan dat de ernst van de door haar ingeroepen motiveringen ondersteunt en toont geen *prima facie* onwettelijkheid aan. Dit middel van Telenet kan aldus niet worden weerhouden als grond voor een schorsing."

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek "ten gronde", het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc* , justifier des mesures provisoires.

□ *Dertiende middel: Ongerechtvaardigde en onevenredige verplichting om minstens twee televisiekanalen vrij te houden voor begunstigden van toegang. Schending van het proportionaliteitsbeginsel en, ondergeschikt, de motiveringsplicht, doordat de CRC Telenet verplicht om twee televisiekanalen vrij te houden voor begunstigden van toegang.*

[...]

TELENET besluit hieruit:

*“30. Uit het voorgaande blijkt genoegzaam dat de middelen van Telenet goed onderbouwd zijn en niet zonder een diepgaand onderzoek afgewezen zouden kunnen worden. Het vereiste van een fumus boni juris is dus vervuld.”*

De CRC laat gelden:

*“191. Telenet stelt dat deze maatregel manifest disproportioneel is omdat de CRC niet zou aangetoond hebben dat het noodzakelijk is voor de begunstigden om twee kanalen toe te voegen aan het eigen boeket.*

[...]

*193. Het is de bedoeling dat een alternatieve operator in staat is zich te kunnen onderscheiden van zijn concurrenten. Dit niet alleen op het niveau van de prijszetting en de kwaliteit van de dienstverlening, maar ook in termen van het aangeboden product zelf. Het is bijgevolg noodzakelijk dat een begunstigde zijn eigen kanaalaanbod kan bepalen en kan differentiëren met betrekking tot de inhoud .*

*194. Deze differentiatie kan niet beperkt worden tot de kanalen die door SMP-operator worden aangeboden, maar moet de alternatieve operator in staat stellen zelf nieuwe kanalen aan te bieden. Deze nieuwe kanalen kunnen een nieuw publiek aanspreken en dus nieuwe klanten aantrekken. Deze maatregel is ook voordelig voor de eindgebruiker omdat het zijn keuzemogelijkheid vergroot en/of de prijzen verlaagt. Zo wordt de concurrentie op de markt gestimuleerd.*

*195. Telenet meent dat het concurrentievoordeel voor de begunstigden niet in verhouding staat met de negatieve impact voor de dienstverlening van Telenet aan diens eigen klanten. Deze redenering van Telenet is verkeerd en staat volledig haaks op de realiteit:*

[...]

*197. Telenet toont de disproportionaliteit van de maatregel niet aan en toont in elk geval niet aan dat er een prima facie onwettigheid bestaat. Het middel van Telenet is niet ernstig en kan niet worden weerhouden als grond voor een schorsing.”*

Ook dit middel vergt een grondig onderzoek “ten gronde”, het middel is ten stelligste betwist en de beoordeling ervan overschrijdt het kader van de *prima facie* beoordeling.

Het kan dan ook *hic et nunc* geen aanleiding geven tot het rechtvaardigen van voorlopige maatregelen.

Tenslotte is de vraag of de argumenten van TELENET goed onderbouwd zijn thans niet relevant.

Het hof moet beoordelen of de beweerde schendingen derwijze flagrant zijn dat zij *prima facie* met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid tot een vernietiging van de bestreden beslissingen zullen leiden.

Nu TELENET er van overtuigd is dat de bestreden beslissingen aangetast zijn door gebreken waarvan de beoordeling exclusief toebehoort aan de gerechten van de EU, past het overigens niet dat het Marktenhof, in de huidige stand van de rechtspleging, reeds uitspraak zou doen over de middelen die TELENET – op ondergeschikte wijze (dit zijn de dertien middelen hiervoor) – ontwikkelt met betrekking tot de grond van de bestreden beslissingen.

Indien het zo zou zijn dat de bestreden beslissingen niet op rechtsgeldige wijze zouden tot stand gekomen zijn om reden dat de Europese normen niet zouden nageleefd zijn – hetgeen het voorwerp uitmaakt van het verhaal voor de gerechten van de EU – dan stelt zich de vraag in welke mate het Marktenhof nog zou moeten oordelen over de dertien middelen (en eventueel andere toe te voegen middelen).

In de mate dat de gerechten van de Europese Unie zouden beslissen dat de beslissingen niet op regelmatige wijze zijn tot stand gekomen, dan zullen TELENET, NETHYS en BRUTELE naar alle waarschijnlijkheid andere middelen ten gronde ontwikkelen.

Ce moyen aussi demande un examen approfondi « au fond », le moyen est formellement contesté et son examen dépasse le cadre d'un examen *prima facie*.

Ce moyen ne peut donc, *hic et nunc*, justifier des mesures provisoires.

La question de savoir dans quelle mesure les arguments de TELENET sont bien établis, n'a pas de relevance à ce stade de la procédure.

La Cour doit examiner si les prétendues violations sont tellement évidentes qu'elles entraîneront avec une quasi-certitude l'annulation des décisions attaquées.

Dans la mesure où TELENET estime que les décisions attaquées méconnaissent des principes dont le contrôle appartient exclusivement aux juridictions de l'UE, il ne se conçoit pas que la Cour des marchés – au stade actuel de la procédure – se prononce déjà sur les moyens développés par

TELENET – en ordre subsidiaire (les treize moyens ci-devant) concernant le fondement des décisions attaquées.

A supposer que les décisions attaquées n'auraient pas été prises de façon réglementaire et en méconnaissance des normes Européennes – ce qui fait l'objet du recours devant les juridictions de l'Union Européenne – la question se pose dans quelle mesure la Cour des marchés devrait encore prendre connaissance des treize moyens (et d'éventuels autres moyens à ajouter).

Dans la mesure où les juridictions de l'Union Européenne décideraient que les décisions n'auraient pas été élaborées de façon réglementaire les parties TELENET, NETHYS et BRUTELE développeront de toute vraisemblance d'autres moyens au fond.

**e. Concernant l'examen des moyens développés par NETHYS-BRUTELE :**

NETHYS-BRUTELE fait valoir que :

*“ 53. En toute hypothèse, et même si Votre Cour était d'avis qu'elle doit appliquer ces deux conditions (quod non), celles-ci sont remplies en l'espèce :*

- *Apparence de droit : parmi d'autres illégalités :*

- o La CRC n'a pas respecté la législation sur l'emploi des langues dans trois des quatre Décisions Contestées, puisque celles-ci contiennent des passages en anglais non traduits dans l'une des langues nationales de la Belgique ;*

- o La CRC n'a pas soumis à consultation publique les parties des Décisions Contestées qui concernent (1) la définition d'un marché de gros pour le haut débit élargi incluant à la fois l'accès central aux réseaux cuivre et fibre et l'accès central aux réseaux câblés , (2) la définition d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi qui inclurait à la fois les réseaux câblés et l'IPTV , et (3) les tarifs transitoires alors que l'article 6 de la Directive Cadre et les dispositions de droit belge qui transposent cette disposition lui imposent de le faire ;*

- o Il ressort du dossier administratif de la CRC ayant mené à l'adoption des Décisions Contestées, auquel les Concluantes ont obtenu un accès partiel postérieurement au dépôt de leurs requêtes d'appel, que la CRC a également omis de soumettre à l'ABC pour avis plusieurs parties du projet ayant mené à l'adoption des Décisions Contestées, alors que l'article 16§ 1er de la Directive Cadre et le droit belge applicable lui imposent de le faire (il s'agit des parties des Décisions Contestées mentionnées au point précédent) . La CRC est pourtant bien consciente de son obligation de consulter l'ABC puisqu'un précédent manquement à cette obligation a mené à l'annulation de la décision du 18 décembre 2014 en matière de haut débit , comme le rappelle, non sans une certaine ironie, la CRC elle-même dans les Décisions Contestées .*

*Il suffit à Votre Cour de simplement parcourir les Décisions Contestées, sans même qu'un examen sur le fond soit nécessaire, pour se convaincre de l'existence de ces illégalités. Les Concluantes se réfèrent à leurs requêtes d'annulation à titre principal pour plus de détails.*

- *Balance des intérêts : la sauvegarde du droit fondamental des Concluantes à un recours effectif fait nécessairement pencher la balance en faveur d'une suspension des Décisions Contestées, d'autant plus que la CRC s'est contentée de postuler une atteinte à l'intérêt général sans jamais la démontrer (et au contraire, les événements récents ont démontré que l'absence de régulation sur le marché pendant plusieurs mois n'a porté atteinte ni à la concurrence ni au consommateur – voir les moyens 11 et 12 ci-dessous).*

*54. Comme cela a déjà été expliqué ci-dessus, les développements de la CRC relatifs aux conditions applicables aux procédures de suspension, telles que celles régies par la partie de l'article 5 de l'Accord de Coopération prévoyant la possibilité d'une demande de suspension et par 278 TFUE, sont donc sans pertinence aucune en ce qui concerne les mesures avant dire droit réclamées par les Concluantes. Les Concluantes ne s'attardent donc pas sur les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Cour d'appel de Bruxelles invoqués par la CRC dans la première et la deuxième branche de son premier moyen.*

*55. Les Concluantes souhaitent toutefois répondre à l'argument de la CRC selon lequel des conditions pour obtenir la suspension d'une décision de la CRC sont nécessaires à défaut de quoi « le principe de légalité [...] serait méconnu [puisqu'il] suffi[r]ait, pour obtenir la suspension de telles décisions, d'introduire en parallèle un recours devant le Tribunal de l'Union européenne ». Premièrement, et il est important de le souligner, les Concluantes ne sont pas à l'origine de ce recours devant le Tribunal de l'Union européenne. En fait, elles ne sont pas à l'origine de la situation actuelle et ne l'ont voulue à aucun moment. De plus, elles ont expliqué, à maintes reprises, le caractère manifestement irrecevable du recours introduit par Telenet. Deuxièmement, la suspension des recours en annulation (à laquelle la demande de mesure avant dire droit des Concluantes ne fait que répondre) a été sollicitée par la CRC et tant les Concluantes que Telenet s'y sont fermement opposées. Les accusations de la CRC sont donc tout simplement fallacieuses.*

*56. En outre, les Concluantes basent leur Demande sur le pouvoir de pleine juridiction de Votre Cour, lequel, par définition, ne requiert la réunion d'aucune condition pour s'appliquer.*

*57. Enfin, comme expliqué ci-dessus, l'affaire Masterfoods n'est pas réellement comparable – et donc pas vraiment applicable – à la présente affaire, si ce n'est qu'elle démontre qu'un juge national doit avoir le pouvoir d'aménager temporairement une situation en cas de suspension de la procédure de recours. S'il est vrai que l'arrêt Masterfoods susmentionné fait référence à l'objectif de « sauvegarder les intérêts des parties » sans préciser de quelles parties il s'agit, il ne peut être nié que, puisque les Concluantes, sont, avec Telenet, les administrés les plus directement et sévèrement impactés par*

les Décisions Contestées, elles sont au minimum les premières parties dont il faut tenir compte.

58. Il est dès lors inexact de prétendre, comme le fait la CRC, que Votre Cour ne peut décider de la suspension des Décisions Contestées que si certaines conditions sont réunies, quelles que soient les conditions en question. »

La CRC répond à ces moyens comme suit :

“2.2.1 Sur l’emploi des langues

106. S’agissant de l’emploi des langues, un examen succinct du moyen invoqué par Nethys et Brutélé ne conduit pas à le considérer comme sérieux *prima facie*.

107. La requérante ne démontre nullement que la CRC n’aurait pas respecté les lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l’emploi des langues en matière administrative.

A titre principal, l’article 40, alinéa 2, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l’emploi des langues en matière administrative n’est pas applicable à la CRC pour l’adoption des décisions 3 et 4, ni pour l’adoption de la décision 1 en ce qu’elle porte sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de Bruxelles-Capitale.

A titre principal encore, la décision 1, en ce qu’elle porte sur le marché du haut débit, et, à titre subsidiaire, la décision 1, en ce qu’elle porte sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle, ainsi que les décisions 3 et 4, ne sont pas rédigées en violation des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l’emploi des langues en matière administrative. Les citations en anglais qui figurent dans les décisions ne font pas partie du corps de celles-ci mais constituent seulement des illustrations du raisonnement de la CRC. En outre, les requérantes ne démontrent pas qu’elles ne comprennent pas les passages en anglais qu’elles mentionnent.

108. A supposer même que cette législation n’ait pas été parfaitement respectée, cela ne devrait pas conduire à l’annulation des Décisions, parce qu’elles pourraient être refaites sans commettre l’illégalité, de sorte que ce moyen ne peut pas être retenu au titre de moyen sérieux justifiant leur suspension. Confrontée à un moyen identique, la Cour a déjà indiqué que ce moyen, s’il était jugé sérieux, ne devait pas conduire à la suspension de la Décision attaquée car, dans la procédure au fond, ce moyen ne conduirait pas à une annulation .

La Cour juge que, dans l’examen du caractère sérieux des moyens, elle doit tenir compte de sa compétence de pleine juridiction lui permettant de prendre une nouvelle décision à la place du régulateur. Si, à la suite d’une annulation fondée sur un moyen spécifique, la Cour peut corriger la décision, sans que le régulateur ne doive lui-même reprendre une nouvelle décision (sans commettre à nouveau l’illégalité), alors, il n’y a aucune raison de suspendre la décision dans l’attente d’une éventuelle annulation .

109. Pour clore la discussion sur ce sujet, la CRC produit une traduction des extraits litigieux . A supposer que les Décisions aient été rédigées en

*contrariété aux lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative, cette traduction régularise la situation, ce qui doit conduire à juger que le moyen n'est pas sérieux.*

### 2.2.2 Sur la consultation publique

*110. S'agissant de la consultation des parties intéressées, le moyen invoqué par Nethys et Brutélé n'est pas sérieux prima facie. La trajectoire décisionnelle suivie par la CRC est, en effet, parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour d'appel. Selon Nethys et Brutélé, la CRC n'aurait pas consulté les parties intéressées sur trois éléments des décisions contestées.*

*111. S'agissant de l'hypothèse d'un marché de gros de l'accès central élargi, la CRC a ajouté ce complément de motivation à la suite des commentaires émis dans le cadre de la consultation publique.*

*Dans le cadre de cette consultation, Proximus, Orange et Telenet avaient, en effet, pris position sur l'hypothèse d'une définition de marché alternative, en l'occurrence multi-opérateurs, et de la position de dominance conjointe qu'il conviendrait d'y établir afin de justifier une régulation. Les contributions de ces entreprises étaient particulièrement développées et, pour certaines, étayées par des rapports de consultants économiques .*

*A la suite de ces commentaires, et afin de renforcer la solidité juridique de son projet, la CRC a décidé d'ajouter un complément de motivation, repris au Chapitre 28 de son projet :*

*« au vu des commentaires émis à l'occasion de la consultation publique et de l'importance de la présente décision pour le développement de la concurrence et l'intérêt des consommateurs, le régulateur estime approprié d'apporter le présent complément de motivation. Dans celui-ci, le régulateur entend établir, à titre complémentaire et sans préjudice des conclusions auxquelles il est parvenu aux chapitres précédents, qu'une approche alternative au niveau de la définition des marchés de gros concernés n'aurait pas conduit à un résultat différent quant aux conclusions réglementaires retenues dans l'analyse de marché » .*

*Ce faisant, la CRC s'est inscrite dans la droite ligne de ce que la Cour d'appel ou la Commission européenne lui ont demandé de faire dans d'autres circonstances. Dans le cadre de l'élaboration de la précédente analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle, le régulateur a, à la suite des observations formulées par la Commission européenne , apporté un complément de motivation établissant que l'analyse d'un marché de gros notionnel, au lieu du marché de détail analysé, aurait conduit au même résultat d'un point de vue réglementaire.*

*Le régulateur a présenté des explications méthodiques et complètes, étayées par des éléments factuels constituant une preuve suffisante que s'il avait défini et mené une analyse du marché de gros en amont, il serait arrivé aux mêmes conclusions réglementaires en ce qui concerne la pertinence et la proportionnalité des mesures correctrices de gros imposées. Ce complément de motivation n'a pas été soumis à un nouveau tour de consultations (parties intéressées, ABC, Commission européenne).*

*Dans ses arrêts du 6 novembre 2014 en suspension et du 13 mai 2015 au fond, la Cour d'appel a validé le complément de motivation apporté par le régulateur, aussi bien quant à la trajectoire décisionnelle que quant à son degré de précision, en l'occurrence moindre que celui requis pour une analyse de marché proprement dite.*

*La CRC a tenu compte de ces précédents, en démontrant, à la suite des commentaires soulevés dans le cadre de la consultation publique, qu'une approche alternative au niveau de la définition des marchés de gros n'aurait pas conduit à un résultat différent.*

*Il est de jurisprudence constante que les précisions, modifications ou compléments, ajoutés à un projet de décision à la suite d'une des consultations prévues par les dispositions légales, ne doivent pas faire l'objet d'une nouvelle consultation des parties intéressées.*

*Comme l'a en effet jugé la Cour d'appel à de très nombreuses reprises, « les autorités de régulation n'ont pas le devoir d'entendre des parties concernées au sujet des conclusions qu'elles tirent de la consultation publique »*

*Plus spécifiquement encore, la Cour d'appel a déjà confirmé qu'un complément de motivation visant à démontrer qu'une approche alternative n'aurait pas conduit à un résultat différent n'impose pas à la CRC de suivre « le même trajet procédural que celui qu'elle avait suivi pour le marché [analysé] ». Il s'agit uniquement « d'étayer qu'au cas où une telle analyse eût été effectuée, les obligations envisagées n'auraient pas été différentes et ce, sur la base d'explications méthodiques et complètes, étayées par des éléments factuels ». C'est donc « à bon droit que la CRC n'a pas appliqué la trajectoire décisionnelle obligatoire pour une analyse de marché ».*

*112. S'agissant du complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi à la plateforme IPTV de Proximus, une conclusion identique s'impose.*

*La CRC a, en effet, ajouté ce complément de motivation à la suite de la consultation publique, par souci de cohérence avec ce qui a été fait en lien avec l'accès central. Il s'agissait uniquement « d'étayer qu'au cas où une telle analyse eût été effectuée, les obligations envisagées n'auraient pas été différentes et ce, sur la base d'explications méthodiques et complètes, étayées par des éléments factuels ». Cette approche est parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour. C'est donc à bon droit que, sur ce point également, « la CRC n'a pas appliqué la trajectoire décisionnelle obligatoire pour une analyse de marché ».*

*113. S'agissant enfin de la détermination du tarif transitoire, la CRC n'était pas tenue de reconsulter les parties intéressées.*

*Les projets de décisions soumis à consultation publique considéraient, en effet, trois options transitoires afin d'aménager la situation des parties concernées dans l'attente du modèle de coûts au moyen duquel les tarifs de gros devront être déterminés :*

« 1991. Une première option pourrait consister à ce que les tarifs pratiqués en vertu de la décision du 19 février 2016 pour la phase de lancement au moment de la consultation nationale sur la présente analyse de marché restent en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur éventuelle d'une décision procédant à leur révision. Cela signifie que la tarification continuerait de tenir compte que, le cas échéant, l'accès de gros aux services de radiodiffusion est vendu avec un accès de gros à un service haut débit. Ces tarifs ne seraient plus cependant susceptibles d'évoluer en fonction des tarifs de détail des câblo-opérateurs. Le tarif équitable pour l'accès en gros au service haut débit vendu seul (séparément du service de gros de radiodiffusion) devrait être déterminé selon la méthodologie retail minus de la décision de la CRC, sur base des prix des produits de détail qui sont d'application au moment du lancement de la consultation nationale sur la présente analyse de marché.

1992. Une deuxième option pourrait consister à corriger les tarifs actuellement applicables sur la base d'un benchmark national (complété le cas échéant par des points de comparaison à l'étranger). En effet, la première option maintiendrait en application des tarifs de gros significativement différents entre les câblo-opérateurs. A titre d'exemple, l'offre de gros reposant sur l'offre Whop de Telenet coûte de l'ordre de 24 €, tandis que l'offre de gros reposant sur l'offre Wahoo de VOO coûte de l'ordre de 19 €. De tels écarts peuvent être logiques dans le cadre d'une méthodologie retail minus (dont le point de départ est le tarif de détail de chaque opérateur), mais pas nécessairement dans un régime de prix équitables sensés conserver un lien avec les coûts d'un opérateur efficace

1993. Une troisième option serait envisageable si un accord équilibré était conclu par un câblo-opérateur avec un ou plusieurs demandeurs d'accès suffisamment significatifs avant l'adoption définitive de la présente décision. Dans de telles circonstances, l'IBPT pourrait considérer que la négociation commerciale a conduit à des tarifs équitables et valider lesdits tarifs (cela signifie que ces tarifs ne seraient pas modifiés a posteriori en fonction des résultats du modèle de coûts). Ces tarifs devraient être proposés de manière transparente et sans discrimination à d'autres demandeurs d'accès que les premiers signataires de l'accord. Ils devraient également satisfaire à l'interdiction de générer des effets de ciseau tarifaire (cf. section suivante) ».

Nethys et Brutélé ont pris position sur ces trois options dans leur réponse à la consultation publique . Le choix de Nethys et de Brutélé est clairement exprimé. La première option « n'est pas acceptable » et la troisième « pas crédible ». Se prononçant sur la deuxième option, Nethys et Brutélé ont indiqué que cette approche pouvait être valable à condition que « le benchmark se base sur un opérateur disposant du même type d'infrastructures ». Leur préférence portait donc sur la deuxième option, à appliquer selon les critères précis qu'elles décrivent.

Nethys et Brutélé ont confirmé cette position par après. Dans un courrier du 28 décembre 2017 adressé aux membres de la CRC, Nethys propose d'appliquer les tarifs de Telenet dans l'attente de la détermination du prix régulé définitif, estimant que ce choix « correspond à la méthode du 'benchmark' proposée par les régulateurs dans le projet de décision soumis à consultation ». Dans un autre courrier, daté du lendemain et adressé à l'IBPT, Brutélé défend une

*position identique en insistant également sur le fait qu'un prix fixé au niveau des tarifs régulés de Telenet « correspond à la méthode du 'benchmark' proposée par les régulateurs dans le projet de décision soumis à consultation ».*

*Nethys et Brutélé estiment donc qu'il est approprié de prendre comme point de référence du benchmark le prix appliqué par un des opérateurs régulés en Belgique, en l'occurrence celui de Telenet, cette approche correspondant selon elles à la deuxième option proposée dans les projets de décisions soumis à consultation.*

*Il s'ensuit que, dès la fin de l'année 2017, les membres de la CRC sont pleinement informés de la préférence de Nethys et de Brutélé pour la deuxième option, et de la manière, préconisée par celles-ci, de l'appliquer. Il est dès lors factuellement incorrect de prétendre qu'elles n'ont pas pu exprimer leur avis sur la pertinence des critères à prendre en considération dans cet exercice .*

*Les projets de décision sont complétés à la lumière des observations émises par les différentes parties intéressées. Ces projets, dans la version modifiée soumise à l'ABC , prévoient que le tarif intérimaire soit dérivé du prix appliqué par un opérateur belge disposant du même type d'infrastructures que les opérateurs à réguler et complété par des points de comparaison à l'étranger.*

*L'application de la deuxième option ne devait plus faire l'objet d'une nouvelle consultation publique. La Cour d'appel s'est prononcée en ce sens à de très nombreuses reprises . Dans le cadre des recours contre les précédentes décisions d'analyse des marchés de la radiodiffusion, Nethys et Brutélé avaient formulé un moyen identique.*

*Dans son arrêt du 13 mai 2015, la Cour d'appel l'a rejeté aux motifs suivants :*

*« 93. Le moyen au terme duquel les décisions contestées ont été adoptées en violation des garanties procédurales prévues à l'article 6 de la directive cadre, (...), ainsi que du principe général de bonne administration 'audi et alteram partem' repose sur la thèse que les décisions finales diffèrent, de manière significative, des projets soumis à consultation publique. (...). Selon Publifin et Brutélé, ces dispositions imposent dans ces circonstances l'organiser d'une nouvelle consultation publique, afin de permettre à toutes les parties intéressées de s'exprimer à nouveau sur les mesures envisagées.*

*94. Il ressort de l'article 6 de la directive cadre modifiée, qu'un projet de décision doit être soumis à consultation de toutes les parties intéressées et que leurs observations doivent être prises en considération avant l'adoption d'une décision définitive.*

*L'article 7 de la même directive prescrit que la notification du projet à la Commission européenne intervient après la clôture de la consultation publique et qu'une fois la notification visée à l'alinéa 3 intervenue, une nouvelle consultation publique doit uniquement être organisée si la Commission a exigé que le projet original soit rétracté et qu'un projet modifié de décision est proposé. Le projet qui aura tenu compte des observations de la Commission devient 'le projet de mesure final', conformément à l'alinéa 7 dudit article 7, et peut être adopté par l'autorité de régulation sans autre formalité.*

95. La portée des dispositions précitées, qui transposent lesdits prescrits en droit national, ne diffère pas de celle de la directive quant à l'obligation d'organiser une consultation et notamment ces normes ne prescrivent pas qu'une modification d'un projet de décision, décidée pour tenir compte des observations formulées par des parties intéressées ou émanant de la Commission européenne soit soumise à une consultation publique subséquente.

Il s'ensuit que les autorités de régulation n'ont pas le devoir d'entendre des parties concernées au sujet des conclusions qu'elles tirent de la consultation publique et il suffit pour s'en convaincre de constater que la même question se poserait au sujet des observations qui seraient formulées à l'occasion de chaque tour de consultation suivant.

Par ailleurs, dans la mesure où un deuxième tour de consultation porterait sur les observations de la Commission, cette consultation n'aurait aucun sens, dès lors qu'il est exclu qu'elle puisse mener à une modification du projet amendé, dès lors que l'instance de régulation est tenue de s'aligner sur la position de la Commission.

96. En l'occurrence, les modifications apportées aux projets de décisions donnent suite à des remarques formulées par les parties qui ont réagi dans le cadre de la consultation publique (...).

97. (...) Enfin, dans la mesure où ces parties estiment qu'en dépit de l'absence d'un prescrit légal, elles devaient néanmoins être entendues en application du principe de bonne administration 'audi et alteram partem', leur critique est énermée par le cours de la présente procédure qui leur permet de soumettre à la cour leurs critiques sur les points qu'elles indiquent.

98. En conséquence les garanties procédurales n'ont pas été violées et, partant, le moyen doit être rejeté » .

114. Dans ces conditions, le moyen invoqué par Nethys et Brutélé d'un défaut de consultation publique sur trois éléments des décisions contestées est dénué de toute apparence de droit.

### 2.2.3 Sur la consultation de l'ABC

115. S'agissant de la consultation de l'ABC, le moyen de Nethys et Brutélé manque tout simplement en fait.

116. La CRC a consulté l'ABC le 26 février 2018 . Le projet de décision communiqué à l'ABC contient, en effet, déjà, les sections soi-disant omises selon les requérantes.

Ainsi, l'argumentation de la CRC relative à l'hypothèse d'un marché de l'accès central élargi est reprise au Chapitre 28 du projet communiqué à l'ABC .

L'argumentation de la CRC relative à l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion est reprise à la Section 3 du Chapitre 34 du projet communiqué à l'ABC .

*La section relative à la détermination du tarif transitoire imposé aux requérantes, dans l'attente de la finalisation du modèle de coûts, est reprise à la Section 5 du Chapitre 31 (§§ 2576 et s.) du projet communiqué à l'ABC.*

*117. Telenet, qui a invoqué un moyen d'annulation similaire dans sa requête introductive d'instance, a depuis lors confirmé que ce moyen était, en effet, sans objet.*

*118. Il s'ensuit que le moyen de Nethys et de Brutélé relatif à l'absence de consultation de l'ABC est dénué de toute apparence de droit. »*

Ces moyens nécessitent un examen approfondi du fond de l'affaire. Ces moyens sont formellement contestés par la CRC de telle sorte que leur examen au stade actuel de la procédure nécessite un examen qui dépasse celui d'un examen *prima facie*.

Ces moyens ne sont dès lors pas de nature à justifier *hic et nunc* et *prima facie* le règlement provisoire de la situation des parties sous la forme de mesures provisoires qui tendent à suspendre provisoirement le caractère exécutoire des décisions qui font l'objet des recours.

La Cour a déjà répondu aux dix premiers moyens de NETHYS-BRUTELE dans le cadre de la réponse aux moyens similaires invoqués par TELENET.

Deze middelen vergen een grondige studie van de grond van de zaak. Deze middelen zijn formeel betwist door de CRC derwijze dat hun onderzoek op huidig ogenblik een *prima facie* onderzoek te buiten gaat.

Deze middelen rechtvaardigen *hic et nunc* en *prima facie* niet dat de toestand van de partijen voorlopig geregeld wordt onder de vorm van voorlopige maatregelen die leiden tot het voorlopig opschorten van de beslissingen die het voorwerp van het verhaal uitmaken.

Het Hof heeft reeds geantwoord op de eerste tien middelen van NETHYS-BRUTELE in het kader van het antwoord op de gelijkaardige middelen van TELENET.

NETHYS-BRUTELE fait valoir un onzième et un douzième moyen :

*« 3.3.2 Onzième moyen à titre principal : Une suspension temporaire de l'exécution des Décisions Contestées ne peut nuire de manière disproportionnée à l'intérêt général puisque la CRC elle-même a pris plusieurs années pour les adopter »*

*3.3.3 Douzième moyen à titre principal : La suspension de l'ensemble des Décisions Contestées ne nuirait pas à l'intérêt général, comme le montre la nullité des tarifs de gros de 2016 depuis le 1er mai 2018 »*

Le fait que la CRC ait mis plusieurs années avant d'adopter les décisions attaquées ne justifie pas une mesure de suspension. Le retard de la CRC a d'ailleurs déjà été sanctionné à plusieurs reprises par la Cour dans le cadre d'autres recours.

Le fait que la suspension ne nuirait pas à l'intérêt général est contesté.

Les intérêts mis en balance diffèrent par leur nature même. Celui de Brutélé est un intérêt purement individuel, comme celui de Nethys, de Telenet ou d'Orange.

L'intérêt général, celui du marché ou des consommateurs, a, en revanche, de par sa nature, un poids particulier.

Dans l'arrêt du 3 octobre 2018, la Cour des marchés relève que les « utilisateurs finaux sont en fin de compte les bénéficiaires de la régulation de la CRC ». C'est notamment en se fondant sur les intérêts du consommateur que la Cour a décidé de surseoir à statuer dans l'attente d'un jugement du Tribunal de l'Union européenne.

Il est donc primordial de prendre en considération l'intérêt du consommateur dans l'exercice de la balance des intérêts.

Il s'ensuit que les moyens (11 et 12) de NETHYS-BRUTELE sont rejetés.

Dat de CRC verschillende jaren heeft gezet over het nemen van de bestreden beslissingen rechtvaardigt geen maatregel van schorsing. De vertraging van de CRC werd overigens herhaaldelijk gesanctioneerd door beslissingen van het Hof over andere beroepen.

Dat de schorsing het algemeen belang niet zou schaden is betwist.

De afweging van de belangen verschillen uit hun aard. Het belang van Brutele is een individueel belang, net als dat van Nethys, Telenet en Orange.

Het algemeen belang, dat van de mark of de consument, heeft daarentegen uit zijn aard een specifieke zwaarte.

In het arrest van 3 oktober 2018 stelt het Marktenhof dat de eindgebruikers de eigenlijke begunstigden van de regulering zijn. Het is in het bijzonder door zich op de belangen van de consumenten te steunen dat het Hof beslist heeft om de einduitspraak op te schorten in afwachting van een beslissing van het gerecht van de Europese Unie.

Het is dienvolgens van primordiaal belang om de belangen van de consument in aanmerking te nemen bij de belangenafweging.

Hieruit volgt dat de middelen 11 en 12 van NETHYS-BRUTELE verworpen zijn.

**f. betreffende de volle rechtsmacht van het Marktenhof / concernant la pleine juridiction de la Cour des marchés :**

Het Marktenhof kan - in het kader van zijn volle rechtsmacht – maatregelen nemen om de toestand van de partijen voorlopig te regelen. Deze rechtsgrond blijft invloedloos vermits artikel 5, alinea 5 van het Samenwerkingsakkoord uitdrukkelijk stelt dat het hof de schorsing van de bestreden beslissing kan uitspreken.

De vraag of het hof al dan niet voorlopige maatregelen beveelt - die de toestand van de procespartijen - voorlopig regelen, behoort tot de soevereine beoordelingsvrijheid van het hof, ongeacht de rechtsgrond waarop de partij die het nemen van maatregelen vordert, zich steunt.

Dans le cadre de sa pleine juridiction, la Cour des marchés peut prendre des mesures qui règlent provisoirement la situation des parties. Ce fondement juridique n'a pas de raison d'être en l'espèce vu le fait que l'article 5 alinéa 5 de l'Accord de coopération précise explicitement que la Cour peut ordonner la suspension de la décision attaquée.

La question de savoir si la Cour doit ou non ordonner des mesures – qui règlent provisoirement la situation des parties – tombe sous le pouvoir d'appréciation souveraine de la Cour et ce indifféremment de la base juridique sur laquelle la partie qui sollicite les mesures, se fonde.

**g. betreffende het afwegen van belangen / concernant la mise en balance des intérêts :**

**1.**

Teneinde de vraag tot het al dan niet nemen van maatregelen *hic et nunc* te beantwoorden stelt zich nog de vraag naar de afweging van de belangen.

Afin de répondre à la question de savoir s'il y a lieu de prendre des mesures *hic et nunc*, se pose la question de la mise en balance des intérêts.

Met betrekking tot het afwegen van de belangen, laat de CRC gelden:

A cette fin la CRC fait valoir que :

*“Het Hof moet oordelen of de belangenafweging al dan niet doorweegt in het voordeel van de partij die de schorsing vordert .*

*Om dit te realiseren moeten deze belangen correct geïdentificeerd worden. Het gaat niet alleen over de belangen van de “partijen”, zoals in een burgerlijk geschil, aangezien de beroepen tegen de beslissingen van de CRC objectieve beroepen zijn. Deze belangen gaan verder dan het belang van de CRC zelf: het*

*betreft ook het algemeen belang, het belang van de markt en in het bijzonder het belang van de consument dat, bovenop de belangen van haar concurrenten , tegenover het belang van Telenet staat.*

*217. Er kan meteen worden vastgesteld dat de af te wegen belangen omwille van hun aard zelf reeds verschillend zijn. Zo zijn de belangen van de procespartijen Brutélé, Nethys, Telenet of Orange uitsluitend individuele belangen. Het algemeen belang, het belang van de markt of het belang van de consumenten zijn daarentegen van nature uit bijzonder gewichtig.*

*Het Hof heeft dit op volgende wijze veruitwendigd:*

*« 43. La suspension ne peut être prononcée que si la balance des intérêts le justifie : les conséquences graves qui résulteraient pour le requérant de l'application immédiate de la décision, à supposer qu'elle soit ultérieurement annulée, doivent être pires que celles qui résulteraient de sa suspension, à supposer que la demande d'annulation soit ultérieurement rejetée. Cette appréciation rejoint celle du degré de sérieux des arguments d'annulation présentés et du degré de probabilité que la décision soit ou non annulée en fin de compte.*

*La cour doit également avoir égard aux conséquences d'intérêt général d'une suspension, compte tenu des objectifs fixés par les articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et notamment de l'intérêt des utilisateurs en termes de choix, de prix et de qualité » .*

*In het arrest van 3 oktober 2018 heeft het Marktenhof er eveneens op gewezen dat de "eindgebruikers uiteindelijk de begunstigen zijn van de regulering door de CRC". Het is met name door zich te baseren op de belangen van de consument dat het Hof beslist heeft haar oordeel op te schorten in afwachting van een vonnis van het Gerecht van de Europese Unie .*

*Het is dus essentieel het belang van de consument in aanmerking te nemen bij het uitvoeren van de belangenafweging."*

*« La Cour apprécie si la balance des intérêts penche en faveur de la partie qui demande la suspension.*

*Pour ce faire, il importe de correctement identifier ces intérêts. Il ne s'agit pas seulement de ceux « des parties », comme dans un litige civil. Les recours contre les décisions de la CRC sont des recours objectifs. Au-delà de l'intérêt de la CRC elle-même, c'est donc l'intérêt général, celui du marché, et plus spécifiquement l'intérêt du consommateur et des concurrents qu'il convient d'opposer à celui des requérantes .*

*215. On l'aperçoit immédiatement : les intérêts mis en balance diffèrent par leur nature même. Celui de Brutélé est un intérêt purement individuel, comme celui de Nethys, de Telenet ou d'Orange, pour ne reprendre que des parties à la cause. L'intérêt général, celui du marché ou des consommateurs, a, en revanche, par nature un poids particulier.*

*C'est ce que la Cour exprime de la manière suivante :*

*« 43. La suspension ne peut être prononcée que si la balance des intérêts le justifie : les conséquences graves qui résulteraient pour le requérant de l'application immédiate de la décision, à supposer qu'elle soit ultérieurement annulée, doivent être pires que celles qui résulteraient de sa suspension, à supposer que la demande d'annulation soit ultérieurement rejetée. Cette appréciation rejoint celle du degré de sérieux des arguments d'annulation présentés et du degré de probabilité que la décision soit ou non annulée en fin de compte.*

*La cour doit également avoir égard aux conséquences d'intérêt général d'une suspension, compte tenu des objectifs fixés par les articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et notamment de l'intérêt des utilisateurs en termes de choix, de prix et de qualité » .*

*Dans l'arrêt du 3 octobre 2018, la Cour des marchés relève également que les « utilisateurs finaux sont en fin de compte les bénéficiaires de la régulation de la CRC » . C'est notamment en se fondant sur les intérêts du consommateur que la Cour a décidé de surseoir à statuer dans l'attente d'un jugement du Tribunal de l'Union européenne .*

*Il est donc primordial de prendre en considération l'intérêt du consommateur dans l'exercice de balance des intérêts. »*

De CRC laat daarbij nog gelden:

*“Rekening houdende met de rechtspraak van het Marktenhof betreffende de tijdelijke geldigheid van de marktanalyse zou een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen tot gevolg hebben dat de verzoekende partijen bevrijd worden van elke reglementaire verplichting en dat de regulator “buiten spel” wordt gezet. Een dergelijk gebrek aan regulering zou een onmiddellijk nadeel toebrengen aan de begunstigen van de regulering, zowel voor de toegangsaanvragers als voor de eindgebruikers. Dit volstaat om te besluiten dat de belangenafweging in het voordeel van de uitvoering van de bestreden beslissing doorweegt, in afwachting van het arrest over de grond van de zaak.”*

La CRC fait encore valoir que :

*« Vu la jurisprudence de la Cour des marchés concernant la validité temporelle des décisions d'analyse de marché, la suspension de l'exécution des décisions contestées devrait avoir comme conséquence de libérer les requérantes de toute contrainte réglementaire et de mettre « hors jeu » le régulateur. Un tel vide réglementaire serait directement préjudiciable aux bénéficiaires de la régulation, qu'il s'agisse des demandeurs d'accès ou des utilisateurs finals. Cela suffit à faire pencher la balance des intérêts en faveur de l'exécution des décisions contestées dans l'attente de l'arrêt au fond. »*

## **2.**

Het is zeker dat zowel het handhaven van de toestand zoals deze zich voordoet wanneer de bestreden beslissingen - in afwachting van een definitieve beoordeling door de gerechten van de EU en de daarop volgende

beoordeling ten gronde door het Marktenhof – integraal gehandhaafd blijven als het thans onder voorbehoud opschorten van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen – in afwachting van dezelfde beoordeling door de gerechten van de EU – twee geheel uiteenlopende maatregelen zijn die hetzij de rechten van de éne hetzij de rechten van de andere partij of regulator op aanzienlijke wijze kunnen verstoren en desgevallend schade berokkenen.

Nu beide mogelijke beslissingen van het Marktenhof – ingaan op het verzoek van TELENET, NETHYS-BRUTELE of niet ingaan op dit verzoek – de toestand van de partijen (of van de regulator en/of van de consument) in de éne of de andere zin zullen beïnvloeden, dient het Marktenhof – nu er geen evidente schendingen voorliggen die *prima facie* de vernietiging van de bestreden beslissingen met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zouden met zich brengen – mede rekening te houden met de afweging van de belangen.

Het Marktenhof merkt op dat door vorige beslissingen van het hof van beroep van 25 oktober 2017 (kamer 18) een aantal beslissingen van de CRC van 2013 en 2016 werden vernietigd met effect vanaf 30 april 2018, mede omwille van het ontbreken van een marktanalyse binnen een termijn van drie jaar volgend op de vorige (die dateerde van 2011).

In dit licht is een opschorten van de voorlopige tenuitvoerlegging van de thans bestreden beslissingen zeker niet opportuun, dit wil zeggen dat dergelijke beslissing geen of onvoldoende rekening houdt met de belangen van de eindgebruiker-consument en de markt in haar geheel gezien.

Il est certain que tant le maintien de la situation telle qu'elle se présente lorsque les décisions attaquées sont maintenues intégralement – en attendant une décision définitive des juridictions de l'Union européenne et de la décision de la Cour des marchés qui suivra ensuite – que la suspension à ce jour de l'exécution des décisions attaquées – toujours en attendant cette même décision des juridictions de l'UE – constituent deux mesures totalement opposées qui peuvent perturber de façon considérable les droits de l'une ou de l'autre partie ou du régulateur et qui peuvent, le cas échéant, occasionner un dommage.

Alors que les deux solutions possibles pour la Cour des marchés – accorder ou ne pas accorder la demande de TELENET, NETHYS-BRUTELE – influenceront la situation des parties (ou du régulateur et/ou du consommateur) dans l'un sens ou dans l'autre, la Cour des marchés doit tenir compte de cet élément en vertu de la mise en balance des intérêts – d'autant plus qu'il n'existe pas de violations évidentes qui, *prima facie*, justifieraient l'annulation des décisions attaquées avec une quasi-certitude -.

La Cour des marchés rappelle que des décisions antérieures de la cour d'appel du 25 octobre 2017 (18<sup>ème</sup> chambre) ont annulé une série de

décisions de la CRC de 2013 et de 2016 avec effet au 30 avril 2018 notamment en vertu du fait qu'il manquait une analyse du marché qui suivait à moins de trois ans la précédente analyse du marché (de 2011).

Dans cette optique il n'est certainement pas opportun de suspendre les décisions actuellement attaquées, en d'autres termes une pareille décision ne tiendrait pas compte ou tiendrait pas de façon insuffisante compte des intérêts de l'utilisateur final-consommateur- et du marché en général.

### 3.

De CRC laat gelden / la CRC fait valoir que :

*“Het is meer dan duidelijk dat de maatregelen die opgenomen zijn in de bestreden beslissingen ter vrijwaring van de daadwerkelijke mededinging op de onderzochte markten in de marktanalyse van de regulatoren onder meer betrekking hebben op de spelers op de onderzochte markten en dat de verzoekers er alles aan doen om hun private belangen op deze markten, zijnde het behoud van hun dominante posities ten nadele van de consumenten en de algemene mededinging, via strategische procedurele wegen trachten te beschermen.*

*241. Zoals de CRC hierboven reeds heeft aangetoond, impliceert het recht op een doeltreffend beroep niet noodzakelijk dat het Hof de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen dient te schorsen in afwachting van haar uitspraak.*

*Er zijn andere belangen die in overweging moeten worden genomen en in het bijzonder deze van de markt en van de consumenten die de begunstigden zijn van de regulering.*

*De belangenafweging bestaat er juist in rekening te houden met alle betrokken belangen en niet alleen met die van de verzoekers. Anders zou het niet nodig zijn om een belangenafweging te maken. Het is daarom dat de CRC het verzoekt om met het geheel van de belangen rekening te houden.*

*Het is daarom simplistisch en onjuist om te stellen dat het recht op een doeltreffende voorziening noodzakelijkerwijs impliceert dat de belangenafweging in het voordeel van de verzoeker doorweegt en dus een schorsing zou verantwoorden.*

*242. Supra werd eveneens aangetoond dat de schorsing als gevolg zal hebben dat er een regelgevingsvacuüm zal ontstaan dat uiterst nadelig zal zijn voor de begunstigden van de regulering. Het zou het algemeen belang, het belang van de markt en de consumenten aldus rechtstreeks ondermijnen, terwijl de niet-schorsing alleen het specifieke en individuele belang van de verzoekers zou beïnvloeden. Dit element alleen al is voldoende om aan te tonen dat de belangenafweging in het voordeel van de niet-schorsing doorweegt.*

*243. Telenet tracht de gevolgen van een niet-schorsing te minimaliseren door te stellen dat er geen “chaos” zal zijn indien de beslissingen wel geschorst zouden worden en baseert zich hiervoor op de situatie die er heerste tussen 1 mei en 31 juli 2018. Deze vergelijking is niet relevant.*

*De bevroezingsperiode, opgelegd door het arrest van 25 oktober 2017, nam een einde met de aanneming van de bestreden beslissingen. Begin mei 2018 waren de verzoekers volledig op de hoogte van de verplichtingen, waaronder tarieven, die de CRC in de nabije toekomst aan hen wilde opleggen. Als er al sprake was van een vacuüm was het eerder een tariefvacuüm, maar geen regelgevingsvacuüm. Het besluit van 1 juli 2011 was in feite nog steeds van kracht en legde aan verzoeksters verschillende verplichtingen inzake prijscontrole op. Dit heeft Nethys en Brutélé er niet van weerhouden een aanzienlijke stijging van de wholesaletarieven aan Orange op te leggen.*

*244. In dit geval zou het regelgevingsvacuüm veel langer duren en zou de rechtsonzekerheid die zou ontstaan voor de begunstigden van de beslissingen maximaal zijn.”*

Het vacuüm aan beslissingen en het gebrek aan regulering in het belang van de eindgebruiker-consument, die het gevolg zouden zijn van een maatregel van opschorten van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen is een belangrijker en meer determinerend belang dat doorweegt tegenover het individuele commerciële belang van de handelsvennootschappen TELENET, NETHYS en BRUTELE.

L'absence de décisions et la manque de régulation dans l'intérêt du destinataire final-consommateur, qui seraient le résultat d'une mesure de suspension de l'exécution des décisions attaquées, sont des objectifs plus importants et constituent un intérêt à protéger davantage que l'intérêt purement individuel et commercial des sociétés commerciales TELENET, NETHYS et BRUTELE.

**h. Het door TELENET in ondergeschikte orde geformuleerde voorstel tot verbintenis :**

De door Telenet voorgestelde verbintenis om de regelgeving die door of op basis van de marktanalysebesluiten van 1 juli 2011 werd opgelegd te blijven toepassen, zou direct tot gevolg hebben dat aan de begunstigden van de regulering elk nuttig effect van de bestreden beslissingen wordt ontnomen, wat nadelig is voor de ontwikkeling van de mededinging en de belangen van de eindgebruikers. De begunstigden van de regulering zouden een onherstelbaar nadeel lijden, wat onaanvaardbaar is. De beslissingen die steunden op de marktanalyse van 2011 werden door het hof van beroep bij eerder uitgesproken arresten allen nietig verklaard omwille van het verstrijken van de termijn van drie jaar tussen de laatste marktanalyse en de

beslissing (die er op steunt). Het hof heeft zich hierbij telkens gesteund op artikel 16, 6 van de Kaderrichtlijn<sup>12</sup>, die stelt:

*“[...] De nationale regelgevende instanties voeren een analyse uit van de relevante markt en delen conform artikel 7 de corresponderende ontwerpmaatregel mee:*

*a)*

*binnen drie jaar na de aanneming van een eerdere maatregel met betrekking tot die markt. De termijn kan in uitzonderlijke gevallen echter met maximaal nog eens drie jaar worden verlengd wanneer de NRI daartoe bij de Commissie een gemotiveerd verzoek heeft ingediend en de Commissie binnen één maand geen bezwaar heeft gemaakt tegen de verlenging; [...]*”

Er kan dienvolgens – zonder de rechtspraak van het hof van beroep te schenden – geen re-integratie plaatsvinden van een marktanalyse van 2011 en er kan dan ook geen enkele “feitelijke toestand” (die de rechten van de partijen voorlopig zou regelen) gehandhaafd of gesteund worden – rechtsreeks of onrechtstreeks – op een marktanalyse van 2011.

De voorgestelde verbintenis kan dienvolgens niet aangenomen worden.

**i. Concernant les moyens développés par ORANGE / betreffende de middelen ontwikkeld door ORANGE :**

Er is geen aanleiding om in te gaan op de middelen ontwikkeld door ORANGE, deze kunnen tot geen andere beslissing leiden.

Uit de toelichting verstrekt door ORANGE blijkt dat er tussen de procespartijen afgeweken werd van de door het Hof opgelegde conclusiekalender. De door ORANGE neergelegde conclusies dienen dienvolgens niet uit de debatten geweerd te worden. De wilsovereenstemming tussen de raadslieden om van de proceskalender af te wijken kan door alle rechtsmiddelen aangetoond worden, daartoe is niet vereist dat er een schriftelijk door alle raadslieden ondertekend akkoord zou voorliggen.

Il n’y a pas lieu de répondre aux moyens développés par ORANGE, une réponse aux moyens et motifs développés par ORANGE ne saurait conduire à une autre décision de la Cour.

Il ressort des explications fournies par ORANGE que les parties ont dérogé du calendrier imposé par la Cour. Il n’y a dès lors pas lieu d’écarter les conclusions d’ORANGE des débats. Le consentement entre les avocats des

---

<sup>12</sup> Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002 van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn)

parties pour déroger d'un calendrier peut être prouvé par toutes voies de droit, il n'est pas nécessaire de disposer d'un écrit signé par toutes les parties.

**V. Décision de la Cour des marchés – résultat / Beslissing van het Marktenhof – resultaat :**

Gezien de door TELENET, NETHYS en BRUTELE voorgebrachte middelen niet van aard zijn opdat het Marktenhof *hic et nunc* maatregelen zou bevelen die onder één of andere vorm, in meer of mindere mate, zouden neerkomen op een tijdelijk opschorten van de voorlopige tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen (op welke rechtsgrond dan ook – zie hiervoor) en gezien daarenboven (alhoewel deze grondslag alleen reeds zou volstaan) het afwegen van de respectieve belangen, daarbij tevens in acht genomen de belangen van de uiteindelijke eindgebruiker, de consument, niet tot een andere beslissing kan leiden, wordt de vraag van TELENET, NETHYS en BRUTELE – zoals gesteld in de conclusies waarover het Marktenhof thans uitspraak doet – als niet gegrond afgewezen.

Etant donné que les moyens développés par TELENET, NETHYS et BRUTELE ne sont pas de nature à ce que la Cour des marchés impose des mesures qui sous l'une forme ou l'autre, dans l'une ou l'autre mesure, reviendraient à suspendre temporairement l'exécution des décisions attaquées (sur base de quel fondement juridique que ce soit – voir ci-devant) et étant donné que par ailleurs (bien que ce fondement seul suffirait pour justifier la décision), la mise en balance des intérêts respectifs des parties, en ce compris ceux de l'utilisateur final, le consommateur, ne peut mener à une autre décision, la demande de TELENET, NETHYS et BRUTELE – telle que formulée dans les conclusions sur base desquelles la Cour des marchés se prononce actuellement – est rejetée comme étant non fondée.

**PAR CES MOTIFS, la Cour des marchés,  
OM DEZE REDENEN, het Marktenhof,**

Vu la loi du 15 juin 1935 comme adaptée,  
Gezien de wet van 15 juni 1935 zoals aangepast,

Faisant droit uniquement en ce qui concerne la demande de TELENET, NETHYS et BRUTELE tendant à régler provisoirement la situation des parties (en attendant la décision au fond de la Cour des marchés après que les juridictions de l'Union européenne se seront prononcés sur le recours introduit à ce niveau par TELENET) ;

Dit la demande de TELENET, NETHYS et BRUTELE non fondée ;

Dit qu'il n'y a pas lieu ni à la suspension de l'exécution des décisions attaquées (article 5 alinéa 5 de l'Accord de coopération), ni à l'adoption de mesures provisoires pour régler provisoirement la situation des parties (article 19 alinéa 3 du Code judiciaire ; article 47 CDFUE ; pleine juridiction de la Cour des marchés) ;

Réserve le surplus;

\* \* \*

Uitspraak doende enkel met betrekking tot de vordering van TELENET, NETHYS en BRUTELE ertoe strekkende de toestand van de partijen voorlopig te regelen (in afwachting van de einduitspraak van het Marktenhof nadat de gerechten van de EU zullen uitspraak gedaan hebben over de door TELENET aldaar ingestelde vordering);

Verklaart het verzoek van TELENET, NETHYS en BRUTELE niet gegrond;

Zegt dat er geen aanleiding is, noch tot het opschorten van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen (artikel 5 alinea 5 van het Samenwerkingsakkoord), noch tot het opleggen van maatregelen om voorlopig de toestand van de partijen te regelen (artikel 19 derde lid Ger. W.; artikel 47 HGEU; volheid van rechtsmacht van het Marktenhof);

Houdt de verdere behandeling aan;

Dit arrest werd uitgesproken op **30 januari 2019** door

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du **30 janvier 2019** par

M. BOSMANS

K. PITEUS

O. DUGARDYN,

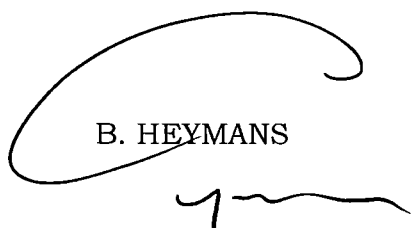
B. HEYMANS

Raadsheer dd. Voorzitter/Conseiller ff. président

Raadsheer/Conseiller

Plaatsvervangend Raadsheer/Conseiller suppléant

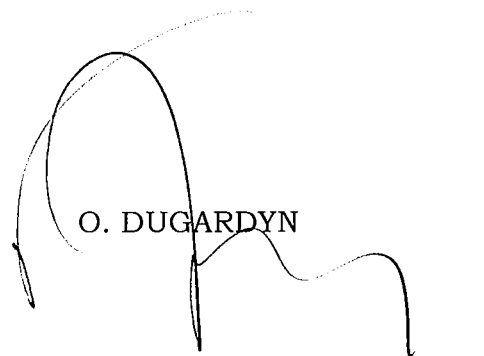
Griffier/Greffier



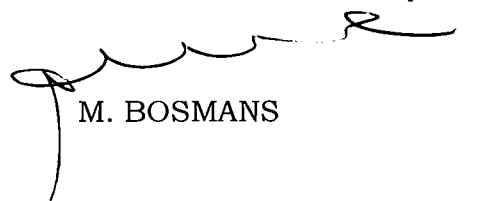
B. HEYMANS



K. PITEUS



O. DUGARDYN



M. BOSMANS