



Expédition/uitgifte

numéro de répertoire/ Repertoriumnummer <b>2019/ 6164</b>
date de la prononciation/ datum van uitspraak  Arrêt définitif/eindarrest <b>04/09/2019</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>

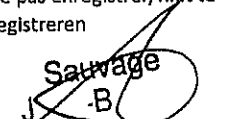
délivrée à/uitgereikt aan	délivrée à/uitgereikt aan	délivrée à/uitgereikt aan
le/op € BUR /CIV	le/op € BUR /CIV	le/op € BUR/CIV

# 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  <b>10 SEP. 2019</b>
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. Grégoire Ryelandt, 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. Les antécédents de la procédure/de voorgaanden van de rechtspleging:**

**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.**

Par son arrêt interlocutoire du 30 janvier 2019, la Cour des marchés a décidé comme suit :

*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;*

Bij tussenarrest van 30 januari 2019 heeft het Marktenhof als volgt beslist :

*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;*

### **1.c.**

Chaque paragraphe de la décision de la Cour (motivation et dispositif) est libellé tant en Français qu'en Néerlandais. En cas de problème d'interprétation il appartiendra à la partie la plus diligente de faire appel aux articles 793 et suivants du Code judiciaire.

Elke paragraaf van de beslissing van het Hof (motieven en beschikkend gedeelte) is zowel in het Nederlands als in het Frans gesteld. In het geval van

een interpretatieprobleem zal het aan de meest gereede partij behoren om gebruik te maken van de artikelen 793 en volgende Ger. W.

#### 1.d.

TELENET a informé la Cour des marchés du désistement de son recours devant le Tribunal de l'Union européenne et a demandé à la Cour de reprendre la mise en état sur le fond. La cause a été mise en état au fond.

Aux audiences du 22 et 29 mai 2019, le débat a été repris *ab ovo*.

TELENET heeft aan het Marktenhof laten kennen dat zij afstand deed van het beroep voor het Gerecht van de Europese Unie en heeft gevraagd de instaatstelling ten gronde te hervatten. De zaak werd ten gronde in staat gesteld.

Op de zittingen van 22 en 29 mei 2019 werden de debatten *ab ovo* hernomen.

## II. Les décisions attaquées / de bestreden beslissingen :

Le 29 juin 2018, la CRC a adopté quatre décisions d'analyse de marché :

- une décision portant sur l'analyse des marchés du haut débit en Belgique et de la radiodiffusion télévisuelle dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale (ci-après « **décision 1** »),
- une décision portant sur l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue néerlandaise (ci-après « **décision 2** »),
- une décision portant sur l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française (ci-après « **décision 3** »), et
- une décision portant sur l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue allemande (ci-après « **décision 4** »).

Op 29 juni 2018 heeft de CRC vier marktanalyse-beslissingen genomen:

- een beslissing betreffende de analyse van de markten voor breedband in België en televisieomroep in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad (hierna "**beslissing 1**"),
- een beslissing betreffende de analyse van de markten voor televisieomroep in het Nederlandse taalgebied (hierna "**beslissing 2**"),
- een beslissing betreffende de analyse van de markten voor televisieomroep in het Franse taalgebied (hierna "**beslissing 3**"), en

- een beslissing betreffende de analyse van de markten voor televisieomroep in het Duitse taalgebied (hierna “**beslissing 4**”).

**Décision/Beslissing 1:**

Taal/langue: FR + NL

Telenet 2018/AR/1447 - NL  
Nethys: 2018/AR/1453 - FR  
Brutélé: 2018/AR/1461 - FR

Internet en Belgique / Breedband in België

TV dans la région  
bilingue de Bruxelles  
TV in het tweetalige  
grondgebied van  
Brussel

<p><b>Beslissing 2:</b> <u>TV in het Nederlandse taalgebied</u></p> <p>Taal: NL</p> <p>Telenet 2018/AR/1448 - NL Nethys: 2018/AR/1450 - FR</p>	<p><b>Décision 3:</b> <u>TV dans la région de langue française</u></p> <p>Langue : FR</p> <p>Telenet 2018/AR/1446 - NL Brutélé 2018/AR/1449 - FR Nethys: 2018/AR/1452 - FR</p>	<p><b>Décision 4:</b> <u>TV dans la région de langue allemande</u></p> <p>Langue : DE + FR</p> <p>Nethys: 2018/AR/1451 - FR</p>
--	--	---

Ci-après “la décision” sans numérotation particulière vise l’ensemble des décisions attaquées. En d’autres termes « la décision » ou « les décisions » doivent être considérées comme renvoyant aux points communs entre les quatre décisions attaquées.

Wanneer hierna vermeld wordt « de beslissing » zonder de aanduiding van een nummer, dan wordt daarmee het geheel van de beslissingen bedoeld. Anders gesteld, de bewoordingen “de beslissing” en “de beslissingen” moeten aanzien worden als verwijzend naar de punten die gemeenschappelijk zijn voor de vier bestreden beslissingen.

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

1.

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

1. TELENET :

*“Het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, en bijgevolg:*

*In hoofdorde: de bestreden beslissing in haar geheel te vernietigen;*

*Ondergeschikt: de bestreden beslissing gedeeltelijk te vernietigen in de mate dat Uw Hof op individuele wijze de middelen ingeroepen door Telenet gegrond verklaart en de gegrondheid van deze middelen geen volledige vernietiging van de beslissing rechtvaardigt;*

*Kosten: De CRC te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op € 1.440."*

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

*« De déclarer la demande recevable et fondée, et par conséquent,*

- *D'annuler l'ensemble de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles, de la Décision Contestée Radiodiffusion Française et de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone ; et, en toute hypothèse,*
- *D'annuler la réglementation applicable à Brutélé et à Nethys en matière d'accès central (haut débit) et de radiodiffusion incluse dans la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles, dans la Décision Contestée Radiodiffusion Française, dans la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone, et dans la Décision Contestée Radiodiffusion Néerlandaise ; ou*
- *À titre subsidiaire, d'annuler dans la mesure où ils concernent Brutélé et Nethys :*
  - *Les paragraphes 2312 à 2333 et 2598 à 2601 de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles qui portent sur l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à Internet seul (en standalone) ; et/ou*
  - *L'annexe O.4 de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles ; l'annexe M.3 de la Décision Contestée Radiodiffusion Française ; l'annexe M de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone ; et l'annexe M.1.3 de la Décision Contestée Radiodiffusion Néerlandaise qui qualifient de raisonnable la demande d'accès de Proximus aux réseaux respectifs des Concluantes ; et/ou*
  - *Les paragraphes 2550 à 2606 et 3110 à 3158 de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles ; les paragraphes 1164 à 1219 de la Décision Contestée Radiodiffusion Française ; les paragraphes 1023 à 1080 de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone ; et les paragraphes 1095 à 1148 de la Décision Contestée Radiodiffusion Néerlandaise qui portent sur l'obligation de contrôle des prix ; et/ou*
  - *Les paragraphes 2625 à 2634 et 3174 à 3183 de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles ; les paragraphes 1235 à 1244 de la Décision Contestée Radiodiffusion Française ; les paragraphes 1096 à 1105 de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone ; et les paragraphes 1164 à 1173 de la Décision Contestée Radiodiffusion Néerlandaise qui portent sur l'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts ; et/ou*
  - *Les paragraphes 2400 à 2407 ainsi que les paragraphes 2946 et 2954 à 2959 de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles ; les paragraphes 999 et 1007 à 1013 de la Décision Contestée Radiodiffusion Française ; les paragraphes 854 et 862 à 871 de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone ; et les paragraphes*

928 et 936 à 941 de la Décision Contestée Radiodiffusion Néerlandaise qui portent sur les aspects opérationnels ; ou

- À titre infiniment subsidiaire, d'annuler, dans la mesure où ils concernent Brutélé et Nethys, les paragraphes 2554 et 2586 à 2597 ainsi que les paragraphes 3114 et 3141 à 3153 de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles ; les paragraphes 1168 et 1202 à 1214 de la Décision Contestée Radiodiffusion Française ; les paragraphes 1027 et 1062 à 1075 de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone ; et les paragraphes 1099 et 1131 à 1143 de la Décision Contestée Radiodiffusion Néerlandaise qui déterminent les tarifs transitoires applicables en l'attente du modèle de coûts ;
- Dans tous les cas : de condamner la CRC aux frais et dépens de l'instance fixée conformément à l'arrêté royal du 26 octobre 2007 portant exécution de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétabilité des honoraires et frais d'avocat, au montant de base de 1.320 euros. »

### 3. ORANGE BELGIUM :

« Sous toutes réserves généralement quelconques et sans aucune reconnaissance préjudiciable,

Plaise à la Cour d'appel de Bruxelles :

- Déclarer recevable mais non fondés les recours en annulation formulées par TELENET, BRUTELE et NETHYS à l'encontre des Décisions Contestées ;
- Condamner TELENET, BRUTELE et NETHYS aux entiers dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure ; »

### 4. La CRC / de CRC :

« Sous toutes réserves et sans aucune reconnaissance préjudiciable,

Onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning,

Plaise à la Cour / Behage het het Hof:

Déclarer les recours des parties requérantes recevables, mais non fondés ;

De beroepen van verzoekende partijen ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren;»

2.

Après les plaidoiries à l'audience du 29 mai 2019 les parties NETHYS et BRUTELE et la CRC ont pris des conclusions additionnelles concernant un incident invoqué par NETHYS/BRUTELE concernant des lettres qui lui furent adressées après l'expiration des délais pour conclure.

Na de pleidooien op 29 mei 2019 hebben de partijen NETHYS en BRUTELE en CRC nog aanvullend geconcludeerd met betrekking tot het door NETHYS en BRUTELE ingeroepen incident aangaande brieven die haar gericht werden nadat de conclusietermijnen verstreken waren.

Ces conclusions ont le dispositif suivant :

Het beschikkend gedeelte van deze conclusies luidt als volgt:

Pour NETHYS et BRUTELE :

*« De déclarer la demande de Brutélé et de Nethys, telle que formulée dans leurs conclusions de synthèse du 29 avril 2019, recevable et fondée, et par conséquent, d'annuler les Décisions Contestées. »*

Pour la CRC :

*«10. Pour le bon ordre, la concluante précise maintenir l'intégralité de ses conclusions de synthèse du 15 mai 2019, y compris son dispositif. »*

#### **IV. le cadre juridique / de toepasselijke rechtsregels :**

Les articles 6 et 7 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre") :

##### *Art. 6. Mécanisme de consultation et de transparence*

*Sauf dans les cas relevant de l'article 7, paragraphe 9, de l'article 20 ou de l'article 21, les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, lorsqu'elles ont l'intention, en application de la présente directive ou des directives particulières, de prendre des mesures, ou entendent prévoir des restrictions conformément à l'article 9, paragraphes 3 et 4, ayant des incidences importantes sur le marché pertinent, donnent aux parties intéressées la possibilité de présenter leurs observations sur le projet de mesures dans un délai raisonnable.*

*Les autorités réglementaires nationales publient les procédures de consultation nationales.*

*Les États membres veillent à ce que soit mis en place un guichet d'information unique permettant l'accès à toutes les consultations en cours.*

*Les résultats de la procédure de consultation sont rendus publics par l'autorité réglementaire nationale, sauf s'il s'agit d'informations confidentielles au sens du droit communautaire et national sur le secret des affaires.*

##### *Art. 7. Consolidation du marché intérieur des communications électroniques*

*1. Dans l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu de la présente directive et des directives particulières, les autorités réglementaires*

*nationales tiennent le plus grand compte des objectifs énoncés à l'article 8, y compris ceux qui touchent au fonctionnement du marché intérieur.*

2. *Les autorités réglementaires nationales contribuent au développement du marché intérieur en travaillant entre elles et avec la Commission et l'ORECE, de manière transparente, afin de veiller à l'application cohérente, dans tous les États membres, des dispositions de la présente directive et des directives particulières. À cet effet, elles œuvrent en particulier avec la Commission et l'ORECE à déterminer les types d'instruments et de solutions les plus appropriés pour traiter des types particuliers de situations sur le marché.*
3. *Sauf disposition contraire dans les recommandations ou les lignes directrices arrêtées conformément à l'article 7ter au terme de la consultation visée à l'article 6, dans les cas où une autorité réglementaire nationale a l'intention de prendre une mesure qui:*
  - a) *relève de l'article 15 ou 16 de la présente directive, ou de l'article 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive "accès"); et*
  - b) *aurait des incidences sur les échanges entre les États membres,*

*elle met à disposition de la Commission, de l'ORECE et des autorités réglementaires nationales des autres États membres, simultanément, le projet de mesure ainsi que les motifs sur lesquels la mesure est fondée, conformément à l'article 5, paragraphe 3, et en informe la Commission, l'ORECE et les autres autorités réglementaires nationales. Les autorités réglementaires nationales, l'ORECE et la Commission ne peuvent adresser des observations à l'autorité réglementaire nationale concernée que dans un délai d'un mois. Le délai d'un mois ne peut pas être prolongé.*

4. *Lorsque la mesure envisagée au paragraphe 3 vise à:*
  - a) *définir un marché pertinent qui diffère de ceux recensés dans la recommandation adoptée conformément à l'article 15, paragraphe 1; ou*
  - b) *décider de désigner ou non une entreprise comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché, conformément à l'article 16, paragraphe 3, 4 ou 5,*

*et aurait des incidences sur les échanges entre les États membres et que la Commission a indiqué à l'autorité réglementaire nationale qu'elle estime que le projet de mesure ferait obstacle au marché unique ou si elle a de graves doutes quant à sa compatibilité avec la législation communautaire et en particulier avec les objectifs visés à l'article 8, l'adoption du projet de mesure est retardée de deux mois supplémentaires. Ce délai ne peut être prolongé. En pareil cas, la Commission informe les autres autorités réglementaires nationales de ses réserves.*

5. *Dans le délai de deux mois visé au paragraphe 4, la Commission peut:*
  - a) *prendre la décision d'exiger que l'autorité réglementaire nationale concernée retire son projet de mesure; et/ou*
  - b) *prendre la décision de lever ses réserves en liaison avec le projet de mesure visé au paragraphe 4.*

*Avant de prendre une décision, la Commission tient le plus grand compte de l'avis de l'ORECE. La décision est accompagnée d'une analyse détaillée et objective des raisons pour lesquelles la Commission estime que le projet de*

mesure ne doit pas être adopté, ainsi que de propositions précises relatives aux modifications à apporter au projet de mesure.

6. Lorsque la Commission a adopté une décision en conformité avec le paragraphe 5 demandant à l'autorité réglementaire nationale de retirer un projet de mesure, l'autorité réglementaire nationale modifie ou retire son projet de mesure dans les six mois suivant la date de la décision de la Commission. Lorsque le projet de mesure est modifié, l'autorité réglementaire nationale lance une consultation publique conformément aux procédures visées à l'article 6 et notifie à nouveau à la Commission le projet de mesure modifié conformément aux dispositions du paragraphe 3.
7. L'autorité réglementaire nationale concernée tient le plus grand compte des observations formulées par les autres autorités réglementaires nationales, l'ORECE et la Commission et, à l'exception des cas visés au paragraphe 4 et au paragraphe 5, point a), elle peut adopter le projet de mesure final et, le cas échéant, le communiquer à la Commission.
8. L'autorité réglementaire nationale communique à la Commission et à l'ORECE toutes les mesures finales adoptées relevant de l'article 7, paragraphe 3, points a) et b).
9. Dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'une autorité réglementaire nationale considère qu'il est urgent d'agir, afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, par dérogation à la procédure définie aux paragraphes 3 et 4, elle peut adopter immédiatement des mesures proportionnées et temporaires. Elle communique sans délai ces mesures, dûment motivées, à la Commission, l'autre autorité réglementaire nationale et à l'ORECE. Toute décision de l'autorité réglementaire nationale de rendre ces mesures permanentes ou de prolonger la période pendant laquelle elles sont applicables est soumise aux dispositions des paragraphes 3 et 4.

L'article 8.4 de la Directive-Accès <sup>1</sup>:

*« Art. 8 Imposition, modification ou suppression des obligations*

*[...]*

4. *Les obligations imposées conformément au présent article sont fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre"). Ces obligations ne peuvent être imposées qu'après la consultation prévue aux articles 6 et 7 de ladite directive. »*

Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques :

*Chapitre II. Des consultations.*

---

<sup>1</sup> Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès")

## Art. 139

*L'Institut peut organiser pour l'application de la présente loi une consultation publique conformément à l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.*

## Art. 140

*Pour autant qu'un projet de décision de l'Institut soit susceptible d'avoir des incidences importantes sur un marché pertinent, l'Institut organise une consultation publique préalable d'une durée maximale de deux mois, dans le respect des règles de confidentialité des données d'entreprise.*

*Toutes les informations relatives aux consultations publiques en cours sont centralisées à l'Institut.*

*Les résultats de la consultation publique sont rendus publics, dans le respect des règles de confidentialité des données d'entreprise.*

*Le Roi précise, après avis de l'Institut, les modalités de la consultation publique et de la publicité de ses résultats.*

## Art. 141

§ 1<sup>er</sup>

*Pour autant qu'un projet de décision de l'Institut puisse avoir des incidences sur les échanges entre Etats membres et qu'il tende à:*

*1° définir un marché pertinent, en application de l'article 54, ou*

*2° conclure qu'un marché pertinent est concurrentiel ou non, en application de l'article 55, §§ 2 et 3, ou*

*3° imposer ou modifier des obligations à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent, en application de l'article 55, § 3, ou*

*4° imposer des obligations à des opérateurs qui n'ont pas été désignés comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent, en application de l'article 56, § 1<sup>er</sup>, 1° et 5°, ou*

*5° imposer la modification d'accords d'accès déjà conclus, en application de l'article 57, ou*

*6° imposer la modification de l'offre de référence, en application de l'article 59, § 4, ou*

*7° déterminer les conditions de l'accès à fournir, en application des articles 51, 52 et 61, § 3, alinéa 2, l'Institut consulte [...] la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres.*

*[...]*

## § 2

*L'Institut tient compte le plus possible des observations qui lui sont adressées dans le mois de la notification du projet de décision par la Commission*

européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres.

### § 3

Lorsque le projet de décision est modifié conformément à l'article 143, § 2 ou à l'article 143/1, § 4, l'Institut entame une consultation publique conformément à l'article 140 et notifie à nouveau à la Commission européenne le projet modifié conformément aux dispositions du paragraphe 1<sup>er</sup>.

### § 4

Les décisions définitives, dont les projets sont visés au paragraphe 1er, sont notifiées à la Commission européenne et à l'ORECE.

Il y a lieu d'ajouter l'article 55, §1, 2ème alinéa et 140 de la loi du 13 juin 2005 concernant la communication électronique, l'article 60 de la Loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale, (loi-SMA), des articles 91 et 94 du Décret SMA, des articles 65, 72 et 103, paragraphe 1, du Mediendekret, et de l'article 192, paragraphe 3, du Mediadecreet relatifs à l'obligation de soumettre les Décisions Contestées à consultation publique.

De artikelen 6 en 7 van de 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):

#### *Art. 6. Raadpleging en transparantie*

*Behalve in gevallen die vallen onder artikel 7, lid 9, artikel 20 of artikel 21, zorgen de lidstaten ervoor dat, wanneer de nationale regelgevende instanties voornemens zijn krachtens deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen maatregelen te nemen, dan wel wanneer zij voornemens zijn krachtens artikel 9, leden 3 en 4, beperkingen vast te stellen die een belangrijke impact op de betrokken markt hebben, de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen.*

*De nationale regelgevende instanties publiceren hun nationale raadplegingsprocedures.*

*De lidstaten dragen zorg voor de oprichting van een enkel informatiepunt waar inzage verkregen kan worden in alle lopende raadplegingsprocedures.*

*De resultaten van de raadpleging worden door de nationale regelgevende instanties openbaar gemaakt, behalve in geval van vertrouwelijke informatie overeenkomstig het communautair en nationaal recht betreffende zakelijke vertrouwelijkheid.*

*Art. 7 . Consolidatie van de interne markt voor elektronische communicatie*

1. *De nationale regelgevende instanties houden bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven taken zoveel mogelijk rekening met de doelstellingen van artikel 8, waaronder die welke verband houden met de werking van de interne markt.*
2. *Nationale regelgevende instanties dragen bij tot de ontwikkeling van de interne markt door op transparante wijze met elkaar en met de Commissie en BEREC samen te werken om te zorgen voor de consistente toepassing in alle lidstaten van deze richtlijn en van de bijzondere richtlijnen. Hiertoe moeten zij met name samenwerken met de Commissie en BEREC om na te gaan welke soorten instrumenten en oplossingen het meest geschikt zijn om bepaalde soorten situaties op de markt aan te pakken.*
3. *Behalve wanneer anders bepaald in aanbevelingen of richtsnoeren die zijn vastgesteld op grond van artikel 7ter, nadat de in artikel 6 bedoelde raadpleging is afgesloten, maakt een nationale regelgevende instantie, wanneer zij voornemens is een maatregel te nemen die:*
  - a) *valt binnen de draagwijdte van de artikelen 15 of 16 van deze richtlijn of de artikelen 5 of 8 van Richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn); en*
  - b) *van invloed is op de handel tussen de lidstaten,*

*de ontwerpmaatregel tegelijkertijd toegankelijk is voor de Commissie, BEREC en de nationale regelgevende instanties in andere lidstaten, vergezeld van een motivering, overeenkomstig artikel 5, lid 3, en brengt zij de Commissie, BEREC en de andere nationale regelgevende instanties daarvan op de hoogte. De nationale regelgevende instanties, BEREC en de Commissie krijgen een maand de tijd om opmerkingen in te dienen bij de nationale regelgevende instantie in kwestie. De periode van één maand kan niet worden verlengd.*

4. *Indien een maatregel als bedoeld in lid 3 betrekking heeft op:*
  - a) *het definiëren van een relevante markt die verschilt van de markten die in de aanbeveling overeenkomstig artikel 15, lid 1, zijn gedefinieerd; of*
  - b) *het al dan niet aanwijzen van een onderneming die, hetzij individueel of gezamenlijk met anderen, aanzienlijke marktmacht bezit overeenkomstig artikel 16, leden 3, 4 of 5,*

*en van invloed zou zijn op de handel tussen de lidstaten, en de Commissie de nationale regelgevende instantie heeft meegedeeld dat de ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne Europese markt opwerpt of indien zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het Gemeenschapsrecht en met name met de in artikel 8 genoemde doelstellingen, wordt de vaststelling van de maatregel met nog eens twee maanden uitgesteld. Deze periode kan niet worden verlengd. De Commissie stelt de andere nationale regelgevende instanties in dat geval in kennis van haar voorbehouden.*

5. *De Commissie kan binnen de in lid 4 genoemde periode van 2 maanden:*
  - a) *een besluit nemen waarmee zij van de betrokken nationale regelgevende instantie verlangt dat deze de ontwerpmaatregel intrekt, en/of*
  - b) *het besluit nemen haar voorbehouden bij de in lid 4 bedoelde ontwerpmaatregelen in te trekken.*

*De Commissie houdt zoveel mogelijk rekening met het advies van BEREC alvorens een besluit te nemen. Het besluit gaat vergezeld van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie van mening is dat de ontwerpmaatregel niet dient te worden genomen, samen met specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerpmaatregel.*

- 6. Uiterlijk zes maanden na de dag waarop de Commissie overeenkomstig lid 5 een besluit heeft genomen waarmee van de nationale regelgevende instantie wordt verlangd dat deze een ontwerpmaatregel intrekt, trekt de nationale regelgevende instantie de ontwerpmaatregel in dan wel wijzigt zij deze. Wanneer de ontwerpmaatregel wordt gewijzigd houdt de nationale regelgevende instantie een openbare raadpleging in overeenstemming met de in artikel 6 bedoelde procedures, en stelt zij de Commissie opnieuw in kennis van de gewijzigde ontwerpmaatregel overeenkomstig het bepaalde in lid 3.*
- 7. De betrokken nationale regelgevende instantie houdt zoveel mogelijk rekening met opmerkingen van andere nationale regelgevende instanties, BEREC en de Commissie en kan, uitgezonderd in de in de leden 4 en 5, onder a), genoemde gevallen, de uiteindelijke ontwerpmaatregel goedkeuren en, in voorkomend geval, aan de Commissie meedelen.*
- 8. De nationale regelgevende instantie deelt de Commissie en BEREC alle aangenomen definitieve maatregelen mee die onder artikel 7, lid 3, onder a) en b), vallen.*
- 9. In uitzonderlijke omstandigheden kan een nationale regelgevende instantie die oordeelt dat er een dringende noodzaak is om te handelen, in afwijking van de procedure genoemd in de leden 3 en 4, teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen, onmiddellijk evenredige en voorlopige maatregelen vaststellen. Zij deelt die maatregelen onverwijld volledig met redenen omkleed mede aan de Commissie, de andere nationale regelgevende instanties en BEREC. Een besluit van de nationale regelgevende instantie om dergelijke maatregelen permanent te maken of de periode waarvoor zij van toepassing zijn, te verlengen, valt onder de bepalingen van de leden 3 en 4.*

Artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn <sup>2</sup> :

*“Art. 8 Oplegging, wijziging of opheffing van verplichtingen*

*[...]*

- 4. De overeenkomstig dit artikel opgelegde verplichtingen worden op de aard van het geconstateerde probleem gebaseerd en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Die verplichtingen worden alleen opgelegd na overleg als bedoeld in de artikelen 6 en 7 van die richtlijn.”*

Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie:

<sup>2</sup> Richtlijn 2002/19/EG van 7 maart 2002 van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn)

## *Hoofdstuk II. Raadplegingen*

### *Art. 139*

*Het Instituut kan voor de toepassing van deze wet een openbare raadpleging houden overeenkomstig artikel 14 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.*

### *Art. 140*

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

*Alle inlichtingen in verband met aan de gang zijnde openbare raadplegingen worden bij het Instituut gecentraliseerd.*

*De resultaten van de openbare raadpleging worden openbaar gemaakt, met inachtneming van de regels inzake vertrouwelijkheid van de bedrijfsgegevens.*

*De Koning bepaalt, na advies van het Instituut, de nadere regels van de openbare raadpleging en van de bekendmaking van de resultaten ervan.*

### *Art. 141*

#### *§ 1*

*Voorzover een ontwerpbeslissing van het Instituut invloed kan hebben op de handel tussen de lidstaten en erop gericht is:*

*1° een relevante markt te bepalen, overeenkomstig artikel 54, of*

*2° vast te stellen of er op een relevante markt concurrentie aanwezig is, overeenkomstig artikel 55, § 2 en 3, of*

*3° verplichtingen ten aanzien van een operator met een sterke machtspositie op een relevante markt op te leggen of te wijzigen, overeenkomstig artikel 55, § 3, of*

*4° verplichtingen op te leggen aan operatoren die niet zijn aangemerkt als beschikkende over een sterke machtspositie op een relevante markt, overeenkomstig artikel 56, § 1, 1° en 5°, of*

*5° de wijziging van reeds gesloten toegangsovereenkomsten op te leggen, overeenkomstig artikel 57, of*

*6° de wijziging van het referentieaanbod op te leggen, overeenkomstig artikel 59, § 4, of*

*7° de voorwaarden inzake de te verstrekken toegang te bepalen, overeenkomstig de artikelen 51, 52 en 61, § 3, tweede lid, raadpleegt het Instituut [...] de Europese Commissie, BEREC en de nationale regelgevende instanties van de lidstaten.*

[...]

§ 2

*Het Instituut houdt zoveel als mogelijk rekening met de opmerkingen die het binnen de maand van de kennisgeving van de ontwerpbeslissing zijn toegezonden door de Europese Commissie, BEREC en de nationale regelgevende instanties van de lidstaten.*

§ 3

*Wanneer overeenkomstig artikel 143, § 2 of artikel 143/1, § 4, de ontwerpbeslissing is gewijzigd, start het Instituut een openbare raadpleging overeenkomstig artikel 140 en stelt het opnieuw de Europese Commissie in kennis van het gewijzigde ontwerp overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 1.*

§ 4

*De definitieve beslissingen, waarvan de ontwerpen bedoeld worden in paragraaf 1, worden ter kennis gebracht van de Europese Commissie en van BEREC.*

Daaraan moet nog toegevoegd worden: 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, de artikelen 91 en 94 van het Mediadecreet van de Franse Gemeenschap; de artikelen 65, 72 en 103 paragraaf 1 van het Mediendekret en artikel 192, §3 van het Vlaams Mediadecreet en artikel 94, §1 van het Mediadecreet van de Franse Gemeenschap) met betrekking tot de verplichting om de betwiste beslissingen te onderwerpen aan een publieke consultatie.

**V. La recevabilité des recours et les moyens soulevés / de ontvankelijkheid van de beroepen en de ontwikkelde middelen :**

V.1.

La recevabilité des recours de TELENET et de NETHYS-BRUTELE n'est pas contestée. Il ressort de l'examen des pièces du dossier que les recours ont été introduits dans le délai légal et selon les formalités légales.

La recevabilité de l'intervention volontaire de la SA ORANGE BELGIUM n'est pas contestée.

De ontvankelijkheid van de beroepen van TELENET en van NETHYS-BRUTELE is niet betwist. Uit het onderzoek van het dossier blijkt dat de beroepen ingesteld zijn binnen de wettelijke termijn en conform de wettelijke formaliteiten.

De ontvankelijkheid van de vrijwillige tussenkomst van de NV ORANGE BELGIUM is niet betwist.

## V.2.

Les moyens soulevés sont les suivants / de volgende middelen worden ontwikkeld:

### Par TELENET / door TELENET:

#### **“Overzicht van de middelen**

1. *In haar verzoekschrift tot nietigverklaring van beslissing 1 heeft Telenet de volgende middelen uiteengezet die de gehele of minstens gedeeltelijke vernietiging van deze beslissing rechtvaardigen:*
  - *Eerste middel: Schending van de consultatieverplichting doordat de CRC nieuwe wholesalemarkten heeft gedefinieerd, AMM analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder een nieuwe openbare raadpleging te houden (zie afdeling 5.2);*
  - *Tweede middel: Schending van de verplichting om de Belgische Mededingingsautoriteit te raadplegen doordat de CRC nieuwe wholesalemarkten heeft gedefinieerd, AMM analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder de Belgische Mededingingsautoriteit opnieuw te raadplegen (zie afdeling 5.3);*
  - *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 (zie afdeling 5.4);*
  - *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 zgn. “hoofdanalyse” 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 (afdeling 5.5)*
  - *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 analyse van gezamenlijke AMM vertrekt van een onjuiste geografische marktafbakening en de Airtours-criteria niet correct toepast (zie afdeling 5.6)*

- 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 (zie afdeling 0);
- 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 concurreren op de retailmarkt en doordat er één tarief wordt vastgesteld voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps (zie afdeling 5.10);
- 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 (zie afdeling 5.11);
- 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 (zie afdeling 5.12);
- 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 (zie afdeling 5.13);
- 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 (zie afdeling 5.14);
- Twaalfde middel: Schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe doordat de tarieven voor de wholesaletoegang tot de kabel steunen op een ongerechtvaardigde afstemming op de tarieven van Brutélé en vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk (zie afdeling 5.15);
- Dertiende middel: Schending van het proportionaliteitsbeginsel en, ondergeschikt, de motiveringsplicht, doordat de CRC Telenet verplicht om twee televisiekanalen vrij te houden voor begunstigden van toegang (zie afdeling 5.16);

De verzoekschriften van Telenet tot nietigverklaring van beslissingen 2 en 3 bevatten identieke middelen, maar beperkt tot de middelen die relevant zijn voor de televisiemarkten, [...]

Par NETHYS-BRUTELE / door NETHYS-BRUTELE:

*« MOYENS PROCÉDURAUX*

*3.1 Premier moyen à titre principal – Violation de la législation sur l'emploi des langues en matière administrative*

*3.2 Deuxième moyen à titre principal – Violation de l'obligation de consultation publique*

*3.2.1 Première branche du deuxième moyen à titre principal – Violation de l'obligation de consultation publique en ce qui concerne le marché de gros de l'accès central élargi*

*3.2.2 Deuxième branche du deuxième moyen à titre principal – Violation de l'obligation de consultation publique en ce qui concerne le marché de gros de la radiodiffusion élargi*

*MOYENS PORTANT SUR LES MARCHES DE DETAIL*

*3.3 Troisième moyen à titre principal – Il n'y a pas lieu de réguler le marché de gros de l'accès central et le marché de gros de la radiodiffusion parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été établi sur les marchés de détail situés en aval*

*3.3.1 Introduction – Devoir du Régulateur de définir correctement les marchés de détail pour être en mesure de déterminer s'il existe, sur ces marchés, un problème de concurrence légitimant une intervention réglementaire sur les marchés de gros situés en amont*

*3.3.2 Première branche du troisième moyen à titre principal – Il n'y a pas lieu de réguler le marché de gros de l'accès central sur câble parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne le marché de détail du haut débit*

*(A) Définition incomplète et incorrecte du marché géographique de détail du haut débit*

*(B) Définition incorrecte et insuffisamment motivée du marché de produits de détail du haut débit*

*(C) Analyse concurrentielle du marché de détail du haut débit erronée et insuffisamment prospective*

*3.3.3 Deuxième branche du troisième moyen à titre principal – Il n'y a pas lieu de réguler le marché de gros de la radiodiffusion parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle*

*(A) Définition incomplète et incorrecte du marché géographique de détail de la radiodiffusion télévisuelle*

*(B) Définition incorrecte du marché de produits de détail de la radiodiffusion télévisuelle*

*(C) Analyse concurrentielle du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle erronée et insuffisamment prospective*

*3.4 Quatrième moyen à titre principal – Le Régulateur viole le principe de personnalité juridique, de motivation formelle et la force de chose jugée des arrêts de*

*Votre Cour et, de ce fait, n'établit pas que Nethys et Brutélé jouissent, chacune, d'une puissance significative sur un marché justifiant qu'elles soient assujetties à des obligations réglementaires*

*3.4.1 Première branche du quatrième moyen à titre principal – Le Régulateur assimile Brutélé, Nethys et Telenet*

*3.4.2 Deuxième branche du quatrième moyen à titre principal – Le Régulateur assimile Brutélé et Nethys l'une à l'autre*

#### **MOYENS PORTANT SUR LES MARCHES DE GROS**

*3.5 Cinquième moyen à titre principal – Les Concluantes ont fait des offres commerciales de gros raisonnables et suffisantes, ce qui rend la réglementation des marchés de gros de l'accès central sur câble et de la radiodiffusion inutile*

*3.6 Sixième moyen à titre principal – Les marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion ne peuvent pas être soumis à une réglementation ex ante, ces marchés n'étant pas recensés dans la Recommandation du 9 octobre 2014 et ne satisfaisant pas au Test des trois critères (tant dans la définition « simple » que dans la définition élargie de ces marchés)*

*3.6.1 Introduction – Recensement des marchés dans la Recommandation du 9 octobre 2014 et Test des trois critères*

*3.6.2 Première branche du sixième moyen à titre principal – Le marché de gros de l'accès central sur le câble et le marché de gros de l'accès central élargi ne figurent pas dans la Recommandation du 9 octobre 2014 et ne satisfont pas au Test des trois critères*

*(A) Concernant le marché de gros pour l'accès central sur le câble (haut débit)*

*(i) Le marché de gros de l'accès central sur câble n'est pas recensé dans la Recommandation du 9 octobre 2014*

*(ii) Le marché de gros de l'accès central sur câble ne satisfait pas au Test des trois critères*

*(a) Il n'est pas satisfait au deuxième critère (structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective)*

*(b) Il n'est pas satisfait au troisième critère (caractère insuffisant du droit de la concurrence)*

*(B) Concernant le marché de gros de l'accès central élargi (haut débit)*

*(i) Le marché de gros de l'accès central élargi n'est pas recensé dans la Recommandation du 9 octobre 2014*

*(ii) Le marché de gros de l'accès central élargi n'a pas été soumis au Test des trois critères*

*(C) Conclusion concernant le marché de gros de l'accès central sur le câble (haut débit) et le marché de gros de l'accès central élargi (haut débit)*

*3.6.3 Deuxième branche du sixième moyen à titre principal – Le marché de gros de la radiodiffusion et le marché de gros de la radiodiffusion élargi ne figurent*

*pas la Recommandation du 9 octobre 2014 et ne satisfont pas au Test des trois critères*

*(A) Concernant le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle*

*(i) Le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle n'est pas inclus dans la Recommandation du 9 octobre 2014*

*(ii) Le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle ne satisfait pas au Test des trois critères*

*(a) Il n'est pas satisfait au premier critère (existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée)*

*(b) Il n'est pas satisfait au deuxième critère (structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective)*

*(c) Il n'est pas satisfait au troisième critère (caractère insuffisant du droit de la concurrence)*

*(B) Concernant le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi*

*(i) Le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi n'est pas inclus dans la Recommandation du 9 octobre 2014*

*(ii) Le marché de gros de l'accès central élargi n'a pas été soumis au Test des trois critères*

*(C) Conclusion concernant le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle et le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi*

*3.7 Septième moyen à titre principal – Le Régulateur n'a pas démontré l'existence d'un quelconque problème concurrentiel sur le marché de gros de l'accès central (au moins en ce qui concerne les Concluantes) et/ou sur le marché de gros de la radiodiffusion parce que ces marchés ont été mal définis et analysés de manière incorrecte*

*3.7.1 Première branche du septième moyen à titre principal – Aucun problème concurrentiel n'est établi sur le marché de gros de l'accès central sur câble et sur le marché de gros de la radiodiffusion, ces marchés étant erronément définis et analysés*

*3.7.2 Deuxième branche du septième moyen à titre principal – Aucun problème concurrentiel n'est établi sur le marché de gros de l'accès central élargi et sur le marché de gros de la radiodiffusion élargi, ces marchés étant erronément définis et analysés*

*(A) Introduction : les hypothèses « alternatives » des marchés de gros élargis*

*(B) Première sous-branche de la deuxième branche du septième moyen à titre principal – Aucun problème concurrentiel n'est établi sur le marché de gros de l'accès central élargi, ce marché étant erronément défini et analysé*

(i) Définition du marché de gros de l'accès central élargi ambiguë et insuffisamment motivée

(ii) Analyse concurrentielle insuffisante et centrée sur Proximus et Telenet au mépris de Nethys et de Brutélé

(C) Deuxième sous-branche de la deuxième branche du septième moyen à titre principal – Aucun problème concurrentiel n'est établi sur le marché de gros de la radiodiffusion élargi, ce marché étant erronément défini et analysé

(i) Définition du marché de gros de la radiodiffusion élargi ambiguë, voire inexistante, et insuffisamment motivée

(ii) Analyse concurrentielle insuffisante et centrée sur Proximus et Telenet au mépris de Nethys et de Brutélé

3.7.3 Troisième branche du septième moyen à titre principal – Les hypothèses « simples » et « élargies » des marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion s'excluent mutuellement, mettant en échec le raisonnement du Régulateur et sa motivation des Décisions Contestées

#### MOYENS PORTANT SUR LES MESURES CORRECTRICES

3.8 Huitième moyen à titre principal – L'imposition de mesures correctrices aux Concluantes affaiblit la concurrence sur les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle

3.8.1 Première branche du huitième moyen à titre principal – Les mesures correctrices affaiblissent les challengers que sont les Concluantes sur le marché de détail

3.8.2 Deuxième branche du huitième moyen à titre principal – Les mesures correctrices inhibent la concurrence sur le marché de gros

3.8.3 Troisième branche du huitième moyen à titre principal – Les mesures correctrices imposées aux Concluantes ne sont ni raisonnables ni proportionnelles

3.8.4 Quatrième branche du huitième moyen à titre principal – Les mesures correctrices imposées aux Concluantes sont discriminatoires

#### 4. À TITRE SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DES DÉCISIONS CONTESTÉES EN CE QUI CONCERNE CERTAINES MESURES CORRECTRICES

4.1 Premier moyen à titre subsidiaire – L'obligation d'accorder à des tiers l'accès à Internet en standalone est dépourvue de base légale, déraisonnable et discriminatoire

4.1.1 Première branche du premier moyen à titre subsidiaire – L'analyse concurrentielle insuffisante et erronée du marché de détail du haut débit non résidentiel rend sans base légale le remède d'accès à Internet en standalone applicable à ce marché

4.1.2 Deuxième branche du premier moyen à titre subsidiaire – L'obligation faite aux Concluantes d'accorder l'accès à Internet en standalone n'est pas raisonnable ni proportionnelle

4.2 Deuxième moyen à titre subsidiaire – L'accès de Proximus aux réseaux des Concluantes n'est ni proportionnel ni justifié

4.3 *Troisième moyen à titre subsidiaire – L’obligation de contrôle des prix n’est pas adéquate et fausse le jeu concurrentiel sur les marchés de gros*

4.4 *Quatrième moyen à titre subsidiaire – L’obligation de comptabilisation des coûts n’est pas raisonnable et ne tient pas compte des spécificités des Concluantes*

4.5 *Cinquième moyen à titre subsidiaire – Les aspects opérationnels des mesures correctrices ne sont pas raisonnables et enfreignent le principe de sécurité juridique et de prévisibilité réglementaire*

5. **À TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DES DÉCISIONS CONTESTÉES EN CE QUI CONCERNE LES TARIFS TRANSITOIRES**

5.1 *Premier moyen à titre infiniment subsidiaire – Les tarifs transitoires ne sont que la prolongation des tarifs de gros de « phase de lancement » annulés par Votre Cour dans son arrêt du 25 octobre 2017*

5.1.1 *Première branche du premier moyen à titre infiniment subsidiaire – Violation de la force de chose jugée des arrêts de la Cour d’appel de Bruxelles du 25 octobre 2017*

5.1.2 *Deuxième branche du premier moyen à titre infiniment subsidiaire – Absence de fondement justifiant légalement l’imposition des tarifs transitoires*

5.2 *Deuxième moyen à titre infiniment subsidiaire – Les tarifs transitoires ne sont pas raisonnables car trop faibles*

5.3 *Troisième moyen à titre infiniment subsidiaire – Les tarifs transitoires n’ont pas été soumis à consultation publique »*

Par ORANGE / door ORANGE:

1. Réponses aux Moyens de BRUTELE et NETHYS

- A. *Moyen 1 : Sur l’emploi des langues*
- B. *Moyen 2 : Sur le « test des trois critères »*
- C. *Moyen 3 : Sur le cadre réglementaire*
- D. *Moyen 4 : Sur la puissance significative sur le marché*
- E. *Moyen 5 : Sur les mesures correctrices*
- F. *Moyen 6 : Sur l’obligation d’accorder à des tiers l’accès à Internet*
- G. *Moyen 7 : Sur l’obligation de contrôle des prix*
- H. *Moyen 8 : Sur l’obligation de comptabilisation des coûts*
- I. *Moyen 9 : Sur les aspects opérationnels*
- J. *Moyen 10 : Sur la Force de Chose Jugée*
- K. *Moyen 11 : Sur les Tarifs de Gros Transitoires*
- L. *Moyen 12 : Sur l’absence de nouvelle consultation publique*

2. Antwoord op de Middelen van TELENET

- M. *middel 13: met betrekking tot de openbare raadpleging*
- N. *middel 14: met betrekking tot de raadpleging van de BMA*
- O. *middel 15: met betrekking tot de verenigbaarheid van de bijkomende motivering met de definitie van platformspecifieke markten*
- P. *middel 16: met betrekking tot de “opdeling in platformspecifieke markten” en de opmerkingen van de Europese commissie*
- Q. *middel 17: met betrekking tot de geografische afbakening van de gezamenlijke markt 3b en de toepassing van de airtours-criteria*

- R. middel 18: met betrekking tot de invloed van de stroomopwaartse beschikbare wholesaleproducten
- S. middel 19: met betrekking tot de toegang tot alleenstaandbreedband, tot de qos-mechanismen in Eurodocsis voor vaste telefonie en het tarief voor breedbandprofielen vanaf 150 mbps
- T. middel 20: met betrekking tot de afwezigheid van een afzonderlijke markt voor het zakelijk segment en de toepasselijkheid van de regelgevende verplichtingen niet enkel op het consumentensegment
- U. middel 21: met betrekking tot de toegang tot het netwerk van Proximus met het oog op de dienstverlening aan zakelijke klanten
- V. middel 22: met betrekking tot de analyse van de retailmarkt voor televisieomroep en de noodzakelijkheid dat de wholesalemarkt nog in aanmerking komt ex ante regelgeving
- W. middel 23: met betrekking tot het iptv-platform van Proximus
- X. middel 24: met betrekking tot de tarieven voor wholesaletoeegang tot de kabel en de afstemming ervan op de tarieven van Brutélé in vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk "

Par la CRC / door de CRC :

Au soutien de sa défense, la CRC invoque les moyens suivants.

Ter ondersteuning van haar verweer roept de CRC volgende middelen in:

- **Moyens relatifs aux aspects procéduraux / Middelen aangaande procedurele aspecten:**

Moyens relatifs à l'emploi des langues en matière administrative

- MOYEN 1A : À 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 ;
- MOYEN 1B : A titre principal encore, la décision 1, en ce qu'elle porte sur le marché du haut débit, n'est pas rédigée en violation des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative ; les citations en anglais qui figurent dans la décision 1 ne font pas partie du corps de celle-ci mais constituent seulement des illustrations du raisonnement de la CRC ; les requérantes ne démontrent pas qu'elles ne comprennent pas les passages en anglais qu'elles mentionnent.
- MOYEN 1C : À titre subsidiaire, si la Cour retient le moyen, elle ne doit pas annuler les décisions ; exerçant sa compétence de pleine juridiction, elle peut remplacer les décisions sur ces points.
- MOYEN 1D : À titre plus subsidiaire encore, une éventuelle annulation devrait produire ses effets uniquement à l'égard de Brutélé et de Nethys ; la Cour pourrait enfin maintenir les effets des décisions annulées le temps que la CRC traduise les passages cités en anglais et refasse la décision sur ces points.

Middel betreffende de raadpleging van de BMA

- MIDDEL 2: De CRC heeft de BMA geraadpleegd over de (overgangs)tarieven, de uitgebreide markt voor centrale toegang, de AMM-analyse, de

marktdefinitie en de opgelegde correctiemaatregelen, zoals blijkt uit het administratief dossier evenals uit de ontwerpbeslissing. Bijgevolg dient het middel van Telenet dat de bestreden beslissingen vernietigd moeten worden omdat de CRC de BMA op bepaalde punten niet geraadpleegd zou hebben, afgewezen te worden.

- **Moyens relatifs à la caractérisation du marché de détail / Middelen aangaande de karakterisering van de retailmarkt:**

- *MOYEN 3 : La caractérisation des marchés de détail situés en aval des marchés de gros analysés en l'espèce repose sur une analyse sérieuse et objective ; première branche : le fait de caractériser (et non de définir) des marchés de détail situés en aval des marchés de gros régulés correspond aux exigences du cadre réglementaire tel qu'interprétées de manière constante par la jurisprudence ; deuxième branche : la CRC a mené l'exercice de caractérisation des marchés de détail de manière approfondie et minutieuse ; elle a adéquatement motivé sa décision ; troisième branche : en laissant ouverte la question de l'étendue géographique du marché de détail, la CRC n'a commis aucune erreur de droit ni aucune erreur manifeste d'appréciation ; quatrième branche : les marchés de produits de détail sont correctement caractérisés ; la CRC n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation ; cinquième branche : l'analyse concurrentielle des marchés de détail a fait l'objet d'une analyse approfondie ; elle est adéquatement motivée et ne révèle aucune erreur manifeste d'appréciation ; sixième branche : l'analyse concurrentielle du marché de détail du haut débit non résidentiel a fait l'objet d'une analyse spécifique et approfondie ; elle est adéquatement motivée et ne révèle aucune erreur manifeste d'appréciation.*

- *MIDDEL 4: De CRC moet geen marktanalyse stricto sensu – zijnde een analyse binnen het strikte kader van de artikelen 14 tot en met 16 van de Kaderrichtlijn – van de retailmarkt uitvoeren om de relevante wholesemarkt te definiëren.*

*In lijn met de rechtspraak van het Hof van beroep is het voldoende dat de CRC de retailmarkt goed heeft gekarakteriseerd, wat zij ook heeft gedaan, zoals bevestigd door de Belgische Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie. Er is dus geen sprake van een te enge afbakening van de retailmarkt.*

*Telenet bewijst evenmin dat de CRC bij de karakterisering van de retailmarkt een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan. De door Telenet aangehaalde elementen, waarmee de CRC rekening heeft gehouden in de definitieve beslissing, zijn niet van aard de beslissing van de CRC te kunnen beïnvloeden/wijzigen.*

*Het middel van Telenet dient te worden afgewezen.*

- **Moyens relatifs aux définitions et analyses du marché de gros / Middelen aangaande de definities en analyses van de wholesemarkt:**

- *MOYEN 5 : La définition des marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion « par opérateur » est cohérente et conforme aux dispositions applicables ; Nethys et Brutélé sont incapables de démontrer la moindre erreur manifeste d'appréciation à ce niveau, alors que la charge de la preuve leur incombe ; le moyen pris par Nethys et Brutélé d'un défaut de motivation et d'une violation du principe de bonne administration doit être rejeté.*

- *MOYEN 6 : La CRC a tenu compte de la négociation que Nethys et Brutélé ont entamée avec Orange et en a conclu que celle-ci n'est pas de nature en remettre en cause l'existence des problèmes concurrentiels structurels affectant le fonctionnement des marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion ; la CRC n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation ; le moyen des requérantes doit être rejeté.*
- *MOYEN 7 : Les marchés de gros définis dans la décision répondent aux trois critères identifiés dans la recommandation de la Commission européenne sur les marchés pertinents pour justifier une régulation ex ante, soit parce que, première branche, ils sont repris dans la liste annexée à la recommandation de 2014, et que les critères sont présumés remplis, soit parce que, deuxième et troisième branches, la décision démontre que ces critères sont remplis ; l'analyse n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; le moyen des requérantes doit être rejeté.*
- *MOYEN 8 : L'analyse de la position significative individuelle qu'occupent Nethys et Brutélé sur leurs marchés de gros respectifs est adéquatement motivée et ne révèle aucune erreur manifeste d'appréciation ; première branche : la décision contestée n'assimile pas les câblo-opérateurs ou Brutélé et Nethys de sorte que le moyen de Brutélé et Nethys manque en fait et en droit ; deuxième branche : la décision contestée ne méconnaît pas la personnalité juridique distincte de Brutélé et de Nethys ; troisième branche : la décision contestée n'a pas violé la « force de chose jugée » de l'arrêt de la Cour du 25 octobre 2017 ; quatrième branche : la prétendue assimilation de Brutélé et Nethys n'est pas contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination.*
- *MOYEN 9 : L'identification de Nethys et de Brutélé comme disposant d'une position de puissance significative sur leur marché de gros respectif repose sur une motivation objective et sérieuse ; Nethys et Brutélé ne démontrent aucune erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la CRC ; le moyen pris d'une analyse erronée contraire à l'obligation de motivation formelle et au principe de bonne administration doit être rejeté.*
- *MIDDEL 10: Conform de Kaderrichtlijn, (de Toelichting bij) de Aanbeveling van 2014 en de AMM richtsnoeren heeft de CRC afdoende gemotiveerd waarom het gepast is om in de huidige Belgische context de substitutieanalyse te baseren op de impact van de overstap van het ene naar het andere platform, met name de kosten die dit met zich meebrengt, voor een bestaande operator (afnemer).  
De CRC heeft hierbij de overstapkosten goed geëvalueerd door rekening te houden met de overstap van Orange in het verleden en met de opmerkingen van de Europese Commissie. De CRC heeft ook afdoende gemotiveerd dat er geen daadwerkelijke indirecte druk bestaat van de kabeloperatoren op de prijs van de wholesaleaanbiedingen van Proximus.  
Door een afzonderlijke markt te definiëren voor centrale toegang tot de kabel op wholesaleniveau heeft de CRC de rechtspraak van het Hof van beroep correct toegepast.  
Het middel van Telenet dat stelt dat de CRC een manifeste beoordelingsfout heeft begaan en niet voldoende rekening heeft gehouden met de opmerkingen van de Europese Commissie dient te worden afgewezen.*
- *MIDDEL 11: Telenet toont niet aan in welke mate de methodologische beginselen en de doelstellingen van het reglementair kader werden geschonden en maakt niet aannemelijk dat het proportionaliteitsbeginsel, in combinatie met artikel 8 (4) Toegangsrichtlijn en de motiveringsplicht werden*

geschonden. Het blijkt afdoende uit beslissing 1 dat de CRC bij het opleggen van de correctiemaatregelen rekening heeft gehouden met alle aanwezige factoren, inclusief de stroomopwaarts beschikbare wholesaleproducten, zowel op geografisch niveau, als bij de analyse van de volumes, van de toegangsdrempels en van de potentiële mededinging als bij de prospectieve analyse en de 3-criteria-test. Het regelgevend kader verplicht de CRC correctiemaatregelen te nemen bij de vaststelling dat er een gebrek aan daadwerkelijke concurrentie bestaat. De regulering is noodzakelijk opdat de alternatieve operatoren niet afhankelijk blijven van dominante operatoren. Gezien Telenet zelf nooit commerciële wholesaleaanbiedingen of prijsverlagingen heeft gedaan, dienen er voorwaarden gecreëerd te worden opdat de alternatieve operatoren de mogelijkheid hebben om te evolueren op de investeringsladder. Het is niet noodzakelijk de bedoeling van de investeringsladder om te klimmen tot de laatst beschikbare trede op wholesaleniveau, maar wel om de wholesalemarkt als afnemer te verlaten. Telenet bewijst geen kennelijke beoordelingsfout in de analyse van de CRC. Het middel van Telenet dient te worden afgewezen.

- MIDDEL 12: De CRC heeft afdoende gemotiveerd dat de wholesale omroepmarkt niet neigt naar een situatie van daadwerkelijke mededinging. De CRC heeft daarbij rekening gehouden met verschillende factoren waaronder de ontwikkeling van OTT-aanbiedingen, de mogelijkheid van een stopzetting van de analoge televisie en de hoge overstapkosten die de substitueerbaarheid met andere platformen, zoals satelliet of IPTV, beperken.

De CRC heeft haar motivering dienaangaande aangevuld naar aanleiding van de opmerkingen geformuleerd tijdens de openbare raadpleging. De CRC heeft rekening gehouden met de argumenten van Telenet in de bestreden beslissingen.

De Belgische Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie hebben geen opmerkingen geformuleerd over deze analyse.

Telenet bewijst geen kennelijke beoordelingsfout in de analyse van de CRC. Het middel van Telenet dient te worden afgewezen.

- MIDDEL 13: De aan Proximus op markt 3b-1 opgelegde maatregelen stellen de begunstigden in staat om retailaanbiedingen uit te werken die omroep omvatten. De maatregelen opgelegd door de CRC beogen een coherente en evenwichtige regulering van de verschillende platformen. De CRC diende dan ook geen aparte markt te analyseren en te definiëren voor wholesaletoegang tot het IPTV-platform van Proximus. De CRC heeft geen manifeste beoordelingsfout begaan en het middel van Telenet dat de CRC het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel heeft geschonden door niet te onderzoeken of er een aparte markt bestaat voor wholesaletoegang tot het IPTV-platform, moet worden afgewezen.

- **Moyens relatifs au complément de motivation / Middelen aangaande de bijkomende motivering:**

Moyens en réponse aux moyens de Nethys et Brutélé

- MOYEN 14A : À titre principal, le complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de l'accès central élargi a été ajouté à la suite de la consultation publique, en raison de commentaires exprimés dans le cadre de cette consultation, il n'était plus requis de consulter à nouveau les parties intéressées ; ce complément de motivation ne constitue pas une

nouvelle définition de marché. Aucune disposition légale n'impose au régulateur de procéder à une nouvelle consultation publique lorsqu'il modifie son projet pour tenir compte des observations émises au cours de la consultation publique.

- MOYEN 14B : À titre principal encore, l'Autorité belge de la concurrence et la Commission européenne ont validé la méthode suivie et le contenu du complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de l'accès central élargi ; il n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation.
- MOYEN 14C : À titre subsidiaire, quand bien même le complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de l'accès central élargi serait considéré comme manifestement erroné (quod non), cela ne suffirait pas à remettre en cause la validité de l'analyse de marché stricto sensu.
- MOYEN 15A : À titre principal, le complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; ajouté à la suite de la consultation publique, en raison de commentaires exprimés dans le cadre de cette consultation, il n'était plus requis de consulter à nouveau les parties intéressées ; ce complément de motivation ne constitue pas une nouvelle définition de marché. Aucune disposition légale n'impose au régulateur de procéder à une nouvelle consultation publique lorsqu'il modifie son projet pour tenir compte des observations émises au cours de la consultation publique.
- MOYEN 15B : À titre principal encore, l'Autorité belge de la concurrence et la Commission européenne ont validé la méthode suivie et le contenu du complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi ; il n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation.
- MOYEN 15C : À titre subsidiaire, quand bien même le complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi serait considéré comme manifestement erroné (quod non), cela ne suffirait pas à remettre en cause la validité de l'analyse de marché stricto sensu.

#### Middelen in antwoord op de middelen van Telenet

- MIDDEL 16A: In de bestreden beslissing werd een bijkomende motivering toegevoegd betreffende de hypothese van een verruimde wholesalem Markt voor centrale toegang.

De bijkomende motivering is het antwoord op de opmerkingen die werden geformuleerd in het kader van de openbare raadpleging over de omvang van de productmarkt, de positie van de operatoren op een mogelijke verruimde wholesalem Markt voor centrale toegang en de gevolgen van een alternatieve aanpak op de opgelegde regulering, zoals uitdrukkelijk aangegeven in § 1786 van beslissing 1:

“Niettemin acht de regulator 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”.*

*Uit de vaste rechtspraak van het Hof van beroep blijkt dat een dergelijke bijkomende motivering – die geen marktanalyse vormt – niet voorgelegd diende te worden aan de belanghebbende partijen d.m.v. een nieuwe raadpleging.*

- *MIDDEL 16B: Zoals uitgelegd in §§ 1784-1786 van beslissing I verschilt het voorwerp van de bijkomende motivering van de CRC in hoofdstuk 28 van beslissing I aangaande de markt 3b van de analyse van de wholesalemarkt voor centrale toegang, overeenkomstig de artikelen 14 t.e.m. 16 van de Kaderrichtlijn in hoofdstukken 20 t/m 27 van beslissing 1.*

*“De toegepaste juridische principes, de feitelijke elementen waarmee rekening werd gehouden en de argumentatie die naar voren werd geschoven in het kader van [de] analyse [van de productmarkten voor centrale toegang] vormen een autonome en afdoende motivering die kan worden begrepen en het voorwerp kan uitmaken van een gepaste gerechtelijke controle, conform de rechtspraak van het Brusselse hof van beroep. (...). Niettemin acht de regulator 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”.*

*De correctiemaatregelen die opgelegd worden zijn wel degelijk gebaseerd op één schadetheorie. Het middel van Telenet dat de regulering berust op twee onderling onverenigbare analyses, dient afgewezen te worden.*

*De CRC heeft afdoende geverifieerd 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.*

*Ten overvloede stelt de CRC dat de bijkomende motivering inzake een hypothetische markt voor centrale toegang op wholesaleniveau afdoende en deugdelijk is:*

- *De geografische afbakening van de hypothetische markt is coherent met de weerhouden geografische markten in het kader van de analyse van de markt stricto sensu. De CRC heeft bijkomende elementen aangevoerd ter ondersteuning van deze hypothese door middel van de vaststelling van de afwezigheid van substitueerbaarheid aan de vraagzijde, de afwezigheid van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde, en de afwezigheid van voldoende bewijselementen om te besluiten tot het bestaan van een ketensubstitutie-effect;*

- *De CRC heeft de hypothese van een gezamenlijke AMM goed geanalyseerd in de bestreden beslissing, conform artikel 14, § 2 van de Kaderrichtlijn, Bijlage II bij de Kaderrichtlijn en de AMM richtsnoeren, en heeft de Airtours-criteria correct toegepast.*

- *MIDDEL 16C: Zelfs indien de bijkomende motivering van de CRC aangaande de markt 3b manifest fout zou zijn (quod non) zou dit de geldigheid van de marktanalyse stricto sensu niet aantasten. Het middel van Telenet dat de CRC haar motiveringsplicht zou hebben geschonden, dient afgewezen te worden.*
- **Moyens relatifs aux remèdes imposés par la CRC / Middelen aangaande de door de CRC opgelegde maatregelen:**
  - *MOYEN 17 : La régulation qui pèse sur Brutélé et Nethys est justifiée, n'est pas discriminatoire, n'affaiblit pas la pression concurrentielle exercée par ces opérateurs, ne viole pas le principe du raisonnable et de proportionnalité ; il n'y a aucune différence entre le régime réglementaire en région de Bruxelles-Capitale et en région de langue française.*
  - *MOYEN 18 : L'obligation d'accorder l'accès à Internet en standalone est appropriée et proportionnée ; la décision a analysé de manière approfondie cette question ; la motivation n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; le moyen pris par les requérantes d'une violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination doit être rejeté.*
  - *MOYEN 19 : L'octroi à Proximus du bénéfice de la régulation imposée aux requérantes est approprié et proportionné ; Il en ressort un traitement équilibré et réciproque entre entreprises disposant de leur propre réseau d'accès à haut débit ; une exclusion d'office, a priori, de Proximus, comme dans le cadre de la précédente analyse de marché, aurait été contraire à la jurisprudence de la Cour d'appel ; la motivation n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; le moyen pris par Nethys et Brutélé doit être rejeté.*
  - *MOYEN 20 : L'obligation de contrôle des prix est appropriée et proportionnée ; la décision a analysé de manière approfondie cette question ; la motivation n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; le moyen pris par Nethys et Brutélé doit être rejeté.*
  - *MOYEN 21 : L'obligation de comptabilisation des coûts est appropriée et proportionnée ; une telle obligation est, selon la jurisprudence de la Cour d'appel, nécessaire pour assurer le contrôle des obligations tarifaires et de non-discrimination ; la décision a analysé de manière approfondie cette question ; la motivation n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; le moyen pris par Nethys et Brutélé doit être rejeté.*
  - *MOYEN 22 : L'obligation d'assurer un processus d'installation et de réparation est appropriée et proportionnée ; cette obligation est nécessaire pour assurer l'efficacité de l'obligation d'accès imposée par la CRC ; la décision a analysé de manière approfondie cette question ; la motivation n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; le moyen pris par Nethys et Brutélé doit être rejeté.*
  - *MOYEN 23 : L'imposition d'un tarif transitoire unique pour tous les opérateurs régulés sur les marchés de la radiodiffusion télévisuelle, en application de la deuxième option proposée dans le cadre de la consultation publique, est motivée à suffisance de droit ; les opérateurs ont eu l'occasion de s'exprimer au sujet de ce tarif transitoire au cours de la consultation publique. Aucune disposition légale n'imposait au régulateur de procéder à une nouvelle consultation publique lorsqu'il a fait son choix parmi les options proposées. Le choix du régulateur ne reflète aucune erreur manifeste*

*d'appréciation ; les requérantes ne démontrent pas que ce tarif transitoire leur imposerait de vendre en dessous de leurs coûts ou les priverait d'une marge raisonnable ; Nethys et Brutélé reconnaissent d'ailleurs avoir dégagé des bénéficiaires en 2017, année au cours de laquelle elles ont appliqué un tarif similaire au tarif transitoire, ce qui, sauf preuve contraire, est incompatible avec l'allégation qu'elles formulent ; les moyens des requérantes pris d'une violation de l'autorité de chose jugée, des principes du raisonnable et de proportionnalité et de l'obligation de consultation doivent être rejetés.*

- *MIDDEL 24: Telenet bewijst geen gebrek aan proportionaliteit, geen schending van de motiveringsplicht en geen gebrek van het toekomstig karakter van de markanalyse bij de vaststelling van de CRC dat Telenet toegang moet geven aan alternatieve operatoren voor het kunnen aanbieden van alleenstaande breedbanddiensten. De toegang beantwoordt aan een reële en evoluerende vraag op de markt en is noodzakelijk om concurrentiebelemmeringen weg te werken. De CRC heeft bij de markanalyse rekening gehouden met de potentiële concurrentiedruk van OTT-diensten en de relatief kleine toename van het aantal "kabelknippers", maar stelde vast dat er van deze diensten – momenteel en in de komende reguleringsperiode – geen directe concurrentiële druk uitgaat omdat ze veelal complementair bij andere diensten worden gebruikt. Het middel van Telenet faalt in feite en in rechte en dient te worden afgewezen als ongegrond.*
- *MIDDEL 25: Om de toegangsdrempel tot de breedbandmarkt te verlagen is het noodzakelijk, proportioneel en evenredig om aan de kabeloperatoren de verplichting op te leggen toegang te verlenen tot de QoS-mechanismen in EuroDOCSIS om vaste telefonie te kunnen aanbieden. De bestaande alternatieve telefonie-oplossingen maken gebruik van "best-effort" internet en hebben geen toegang tot een aparte stroom voor telefonie, waardoor deze meer vertragingen ondervinden (minderwaardige kwaliteit) dan een telefonie-oplossing die wél gebruik maakt van de QoS-mechanismen in het EuroDOCSIS-protocol. De alternatieven die Telenet aanhaalt zijn allemaal technisch minderwaardig, zelfs indien deze meer functionaliteiten kunnen aanbieden. Het kunnen aanbieden van vaste kwalitatieve telefonie is nog steeds een hefboom naar nieuwe klanten voor alternatieve operatoren en speelt aldus nog steeds een significante rol in de mededinging op de retailmarkt. Zo biedt Orange enkel vaste telefonie via "best-effort" VoIP (internet) aan als optie in een bundel. Telenet bewijst niet dat de verplichting een disproportionele en onevenredige impact heeft, noch financieel, noch technisch. Het middel van Telenet dient afgewezen te worden als ongegrond.*
- *MIDDEL 26: Telenet bewijst geen kennelijke beoordelingsfout in de analyse van de CRC en bewijst geen noodzakelijkheid voor de mededinging om een onderscheid te maken tussen de residentiële en de zakelijke segmenten. In de bestreden beslissing wordt afdoende geanalyseerd op basis van de substitueerbaarheidstest op aanbodzijde dat de aanbiedingen van centrale toegang die particuliere en niet-particuliere retailaanbiedingen ondersteunen, deel uitmaken van dezelfde productmarkt. Geen enkel reglementair of methodisch beginsel stelt overigens dat de retail- en de wholesalesmarkt spiegels moeten zijn van elkaar en de CRC kan hier dan ook geen kennelijke beoordelingsfout verweten worden. Telenet biedt volwaardige diensten aan op wholesaleniveau aan SoHo ("Small Office, Home Office") en KMO's die eveneens massaproducten uitmaken zoals opgenomen in markt 3b. Het marktaandeel van Telenet is niet zoveel kleiner voor dit segment dan dit van Proximus waardoor de CRC*

niet kan negeren dat er een parallel is tussen de twee dominante spelers Telenet en Proximus in dit segment.

De motivering van Telenet om aldus een afzonderlijk segment te formuleren is niet ernstig, niet onderbouwd en feitelijk tegenstrijdig.

De bestreden beslissing motiveert afdoende met de nodige analyses dat de zakelijke en residentiële markten voor wat betreft het aanbod van hoogwaardige bitstream onder dezelfde markt vallen.

Het middel van Telenet moet worden afgewezen.

- MIDDEL 27: De toegang tot het netwerk van Proximus wordt niet verboden indien er een redelijk toegangsverzoek wordt geformuleerd. De zes redenen op basis waarvan Telenet een toegang tot het netwerk van Proximus heeft geformuleerd werden onderzocht op hun redelijkheid volgens een methodiek die niet werd bekritiseerd door Telenet.

Drie redenen werden in aanmerking genomen als redelijke toegangsverzoeken waarbij er rekening werd 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 van de beslissing en zijn gebaseerd op de wettelijke bepalingen in artikel 61, § 2, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en in artikel 50, § 2, van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad. De drie geweigerde redenen werden eveneens afdoende gemotiveerd in de beslissing. Er is aldus geen sprake van een “a priori” uitsluiting van een “redelijk” verzoek.

Het verzoek voor het gebruik van DSL als back-up werd als onredelijk beschouwd omdat het niet proportioneel is om Telenet toegang te verlenen tot het netwerk van Proximus met als doel de DSL lijnen als back-up te kunnen gebruiken. Gezien de substantiële groei van het aantal lijnen zorgt dit voor een verstoring in de marktwerking.

De rol van Telenet als aggregator werd uitgesloten omdat het louter kunnen doorverkopen van DSL-lijnen geen legitieme reden is om gebruik te maken van het wholesaleaanbod en het meer concurrentiebevorderend is om deze mogelijkheid te bieden aan alternatieve operatoren.

De uitsluiting van toegang van Telenet op locaties die zich destijds buiten het dekkinggebied van het kabelnetwerk bevonden, maar waar ondertussen kabelaansluiting mogelijk is geworden is redelijk omdat Telenet eenvoudigweg akkoord is gegaan om hiervoor eigen oplossingen te vinden voor de klanten binnen deze locaties en er een overgangperiode werd voorzien voor alle gevallen waarin in het verleden toegang werd verleend. Telenet toont geen kennelijke beoordelingsfout aan en bewijst niet welke impact deze maatregel op haar heeft. De beslissingen worden afdoende en deugdelijk gemotiveerd. Het middel van Telenet faalt in feite en in rechte en dient afgewezen te worden als ongegrond.

- MIDDEL 28: De CRC heeft in haar beoordeling van het overgangstarief in afwachting van de ontwikkeling van een kostenmodel, zorgvuldig en afdoende gemotiveerd waarom er een kostengeoriënteerde methode (bottom-up LRIC) werd gebruikt en het overgangstarief voor wholesaletoegang tot de kabel werd afgestemd op de tarieven van Brutélé.

In diens syntheseconclusies contesteert Telenet deze methodiek, haar opmerkingen in het kader van de consultatierondes m.b.t. het kostenmodel

steunen de positie van de CRC. Gezien deze verklaringen van Telenet zijn de in haar syntheseconclusies ontwikkelde argumenten niet ernstig en vormen deze geen grond om de beslissing op dit punt te vernietigen.

- MIDDEL 29: In het kader van de openbare raadpleging hebben de belanghebbenden de mogelijkheid gehad om zich uit te spreken over de methode voor de bepaling van de wholesaletarieven tijdens de overgangperiode.

Telenet heeft gekozen zich niet uit te spreken over deze methode in haar antwoord op de openbare raadpleging terwijl Telenet ervan op de hoogte was dat deze tarieven vanaf de publicatie van de bestreden beslissingen zouden gelden.

De definitieve beslissing bevat geen andere methode dan één van de drie methodes voorgesteld in de ontwerpbeslissingen waarover een openbare raadpleging werd gehouden, met name de tweede optie.

Conform de vaste rechtspraak van het Hof van beroep moet worden vastgesteld dat de toepassing van de tweede optie niet meer het voorwerp diende uit te maken van een nieuwe openbare raadpleging.

Het middel van Telenet dat de CRC de consultatieverplichting heeft geschonden dient te worden afgewezen.

- MIDDEL 30: Het is gerechtvaardigd dat tijdens de overgangperiode slechts één tarief wordt voorzien voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps omdat Telenet slechts optioneel een profiel van 400 Mbps aanbiedt en dit zgn. "high-end" profiel niet wordt aangeboden door Orange. Deze laatste biedt immers slechts profielen aan van 100 Mbps en optioneel tot 200 Mbps. Telenet toont niet aan dat het overgangstarief voor profielen vanaf 150 Mbps haar schade toebrengt of haar verhindert investeringen te doen in verbindingen met een hoog debiet. De CRC merkt op dat indien er al een risico voor Telenet zou bestaan op schade dat dit slechts beperkt en tijdelijk is.

- MIDDEL 31: De verplichting voor Telenet om twee televisiekanalen vrij te houden voor de begunstigden van de toegang en voor de keuzemogelijkheid van de kijker/consument is noodzakelijk voor de concurrentie op de retailmarkt gezien (i) Telenet regelmatig diens TV-kanalen kan wisselen, een alternatieve operator kan dit niet en is daarvoor volledig afhankelijk van Telenet; (ii) Telenet moet geen frequenties vrijmaken of capaciteit uitbreiden omdat het simpelweg kanalen kan terugtrekken zonder dat dit een significante impact heeft op de diens eigen diensten, zeker niet ten aanzien van het nadeel dat de begunstigden en de consumenten hiervan ondervinden indien Telenet dit niet doet; (iii) Telenet beschikt over zeker 50 HD kanalen en een alternatieve operator kan hierover niet beschikken en blijft weerom afhankelijk van Telenet; (iv) Telenet weigert pertinent een kanaal te geven aan Orange. Telenet werd hiervoor reeds tweemaal veroordeeld omdat het duidelijk een misbruik van diens machtspositie inhoudt

Het voorstel van Telenet om aan de aanvraag van een alternatieve operator een redelijkheidstoets te verbinden, bevestigt bovendien dat er wel capaciteit is. Het beargumenteren in conclusies dat het onmogelijk is om capaciteit vrij te maken, houdt in dat de voorgestelde redelijkheidstoets steeds een weigering zal inhouden. Het is duidelijk dat de corrigerende maatregel rechtvaardig en correct is.

De argumenten van Telenet zijn niet ernstig en bovendien ongegrond.

*De beslissing is redelijk, proportioneel en afdoende gemotiveerd. Telenet bewijst geen enkele kennelijke beoordelingsfout.*

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

### **VI.1. L'obligation de consultation et de motivation / de consultatie- en motiveringsverplichting :**

1.

Le premier moyen de Telenet est basé sur la violation de l'obligation de consultation (articles 6, 7 et 16 (6) de la directive-cadre, l'article 8 (4) de la directive-accès, l'article 55, § 1, 2e alinéa, et 140 de la Loi 13 juin 2005 sur les communications électroniques, l'article 60 de la loi du 5 mai 2017 les services de médias audiovisuels dans la région bilingue de Bruxelles-capitale, l'article 192 § 3 du décret des médias flamand et à l'article 94, § 1 du décret des médias (Communauté Française) en ce que la CRC a défini de nouveaux marchés de gros, a fait une analyse PSM et a déterminé les prix de gros, sans tenir une nouvelle consultation publique.

TELENET fait valoir que les dispositions et principes visés au moyen imposent aux ARN de tenir une nouvelle consultation à chaque fois qu'elles définissent un nouveau marché pertinent, font une nouvelle désignation d'une PSM et / ou imposent de nouvelles obligations. La CRC a violé ces règles et principes dans les décisions attaquées pour ne pas avoir, après consultation publique, (i) ajouté l'analyse d'un marché technologique neutre où Proximus et les câblo-opérateurs ont une PSM commune et en (ii) fixé pour la période de transition pour déterminer le niveau des taux de Brutélé des tarifs concrets.

Het eerste middel van TELENET is gesteund op de 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, artikel 192, § 3 van het Vlaams Mediadecreet en artikel 94, §1 van het Mediadecreet (van de Franse Gemeenschap) doordat de CRC nieuwe wholesalemarkten heeft gedefinieerd, AMM-analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder een nieuwe openbare raadpleging te houden.

TELENET laat gelden dat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen NRI's verplichten om een nieuwe raadpleging te houden telkens zij een nieuwe relevante markt definiëren, een nieuwe AMM-aanduiding doen en/of nieuwe verplichtingen opleggen. De CRC heeft deze bepalingen en beginselen in de bestreden beslissingen geschonden door, na de openbare raadpleging, (i) de analyse van een technologie neutrale markt toe te voegen waarop Proximus en de kabeloperatoren gezamenlijke AMM hebben, en door (ii) concrete tarieven voor de overgangperiode te bepalen op het niveau van de tarieven van Brutélé.

TELENET fait valoir / TELENET betoogt:

*“Zoals blijkt uit de commentaar van de Commissie vormen deze toevoegingen niet louter een motivering “ten overloede”, maar maken zij een essentieel onderdeel uit van de onderbouw van de bestreden beslissingen.*

*De toevoegingen werden ook niet gedaan om gevolg te geven aan opmerkingen van marktpartijen, de BMA of de Commissie.*

*De zaken waarover het Hof zich in het verleden heeft uitgesproken verschillen van huidig geval omdat het destijds (i) niet ging om de toevoeging van nieuwe marktanalyses en/of remedies en (ii) de aanvullende motivering bovendien betrekking had op andere markten dan de markt waarin de AMM-aanduiding werd gedaan, en dus geen rechtstreekse invloed had op de AMM-aanduiding of de noodzaak om ex ante verplichtingen op te leggen.*

*Ten slotte kan het procedureel gebrek niet rechtgezet worden in het kader van de volle rechtsmacht van Uw Hof, omdat Uw Hof zelf geen marktbevraging kan organiseren.*

*Het eerste middel is bijgevolg gegrond.”*

Comme deuxième moyen TELENET faisait valoir : la violation de l'obligation de consulter l'Autorité belge de la Concurrence en ce que la CRC a défini de nouveaux marchés de gros, a fait des analyses PSM et a déterminé les prix de gros, sans consulter l'Autorité belge de la concurrence.

Après avoir eu accès au dossier administratif, elle affirme que ce moyen est devenu sans objet. Le moyen ne nécessite par conséquent pas de réponse de la Cour.

Als tweede middel liet TELENET gelden: de schending van de verplichting om de Belgische Mededingingsautoriteit te raadplegen doordat de CRC nieuwe wholesalemarchten heeft gedefinieerd, AMM analyses heeft gedaan en

wholesaletarieven heeft bepaald, zonder de Belgische Mededingingsautoriteit opnieuw te raadplegen.

Zij stelt dat dit middel – nadat zij toegang heeft gekregen tot het administratief dossier - zonder voorwerp is geworden.

Het middel behoeft dienvolgens geen antwoord van het Hof.

Le troisième moyen de TELENET est tiré d'un défaut de motivation, de la violation de l'obligation de diligence et de la violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive-accès en ce que la décision attaquée est motivée sur la base de deux analyses mutuellement incompatibles.

Als derde middel steunt TELENET op een 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.

TELENET fait valoir / TELENET stelt daarbij:

*“De bestreden beslissingen zijn behept met een ernstig motiveringsgebrek nu zij steunen op twee marktanalyses – één op basis van afzonderlijke, platformspecifieke markten en één op basis van een verruimde, technologie neutrale markt – die elkaar uitsluiten: slechts één van de twee kan juist zijn. Er is dus sprake van een tegenstrijdige motivering die elke rechterlijke controle onmogelijk maakt. Dit is des te meer zo nu de CRC al naar gelang het haar beter uitkomt steunt op de éne dan wel de andere marktanalyse.*

*De Commissie heeft ernstige twijfels geuit over de platformspecifieke marktanalyse die de CRC nu voor Uw Hof als de enige “echte” marktanalyse voorstelt. Het zou een aanfluiting van de rechten van de gereguleerde operatoren zijn indien de CRC zich voor de Commissie zou kunnen beroepen op één marktanalyse en voor het Hof op een andere, daarmee niet verenigbare analyse.*

*De vroegere rechtspraak van het Hof waar de CRC naar verwijst om haar werkwijze te rechtvaardigen, betref wezenlijk verschillende gevallen: de aanvullende motivering had betrekking op andere markten dan de markt waarin de AMM-aanduiding werd gedaan en verplichtingen werden opgelegd, en er was ook geen tegenstrijdigheid of inconsistentie tussen die motivering en de AMM-analyse.*

*Het maakt voor de keuze van proportionele verplichtingen wel degelijk uit voor welke analyse gekozen wordt (d.i. individuele AMM dan wel gezamenlijke AMM): bij gezamenlijke AMM op een technologie neutrale markt moeten proportionele*

*verplichtingen zich beperken tot wat noodzakelijk is om het collusief evenwicht te doorbreken.*

*Het derde middel is bijgevolg gegrond.*

2.

Le deuxième moyen de NETHYS-BRUTELE est libellé comme suit / het tweede middel van NETHYS-BRUTELE stelt:

*« Annulation de la réglementation de l'accès central et de la radiodiffusion incluse dans les Décisions Contestées pour violation des articles 6 et 7 de la Directive Cadre, des articles 140 et 141 de la Loi relative aux communications électroniques, de l'article 60 de la Loi SMA, des articles 91 et 94 du Décret SMA, des articles 65, 72 et 103, paragraphe 1, du Mediendekret, et de l'article 192, paragraphe 3, du Mediadecreet relatifs à l'obligation de soumettre les Décisions Contestées à consultation publique, étant donné que les hypothèses alternatives d'un marché de gros de l'accès central élargi et d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi n'ont pas été soumises à consultation publique préalablement à leur communication à la Commission européenne et à l'Autorité belge de la Concurrence et ce, malgré l'impact considérable de ces hypothèses alternatives sur la validité et la motivation des Décisions Contestées.*

*Branche 1. Annulation de la partie de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles relative à la réglementation de l'accès central pour violation des articles 6 et 7 de la Directive Cadre, des articles 140 et 141 de la Loi relative aux communications électroniques et de l'article 60 de la Loi SMA relatifs à l'obligation de soumettre ladite décision à consultation publique, étant donné que l'hypothèse alternative d'un marché de gros de l'accès central élargi n'a pas été soumise à consultation publique.*

*Branche 2. Annulation de l'entièreté de la Décision Contestée Radiodiffusion Française, de la Décision Contestée Radiodiffusion Néerlandaise, de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone ainsi que de la partie de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles relative à la radiodiffusion pour violation des articles 6 et 7 de la Directive Cadre, des articles 91 et 94 du Décret SMA, de l'article 192, paragraphe 3, du Mediadecreet, des articles 65, 72 et 103, paragraphe 1, du Mediendekret, des articles 140 et 141 de la Loi relative aux communications électroniques et de l'article 60 de la Loi SMA relatifs à l'obligation de soumettre lesdites décisions à consultation publique, étant donné que l'hypothèse alternative d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi n'a pas été soumise à consultation publique.*

*Motifs : L'analyse des hypothèses alternatives d'un marché de gros de l'accès central élargi et d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi est un élément crucial des Décisions Contestées puisqu'elle constitue le fondement de l'aval de la Commission européenne (la Commission ayant estimé que la distinction artificielle opérée par le Régulateur entre le réseau de Proximus d'une part et les réseaux respectifs de câblo-opérateurs d'autre part était contraire au cadre réglementaire européen et au droit de la concurrence). Les hypothèses alternatives d'un marché de gros de l'accès central élargi et d'un marché de gros*

*de la radiodiffusion élargi mettent en outre en exergue de nombreuses contradictions et, partant, un défaut de motivation flagrant dans le chef du Régulateur. En effet, si les développements du Régulateur concernant ces marchés élargis sont corrects, cela implique qu'il existe des contraintes concurrentielles importantes sur les marchés de gros qui ont, à tort, été ignorées par le Régulateur dans le cadre de l'analyse de la version « simple » (non élargie) de ces marchés. Vu l'impact considérable de ces hypothèses alternatives sur la validité et la motivation des Décisions Contestées, elles devaient nécessairement être soumises à consultation publique. »*

3.

La CRC réplique / de CRC antwoordt :

*« Moyens en réponse aux moyens de Nethys et Brutélé*

- *MOYEN 14A : À titre principal, le complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de l'accès central élargi a été ajouté à la suite de la consultation publique, en raison de commentaires exprimés dans le cadre de cette consultation, il n'était plus requis de consulter à nouveau les parties intéressées ; ce complément de motivation ne constitue pas une nouvelle définition de marché. Aucune disposition légale n'impose au régulateur de procéder à une nouvelle consultation publique lorsqu'il modifie son projet pour tenir compte des observations émises au cours de la consultation publique.*

- *MOYEN 14B : À titre principal encore, l'Autorité belge de la concurrence et la Commission européenne ont validé la méthode suivie et le contenu du complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de l'accès central élargi ; il n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation.*

- *MOYEN 14C : À titre subsidiaire, quand bien même le complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de l'accès central élargi serait considéré comme manifestement erroné (quod non), cela ne suffirait pas à remettre en cause la validité de l'analyse de marché stricto sensu.*

- *MOYEN 15A : À titre principal, le complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; ajouté à la suite de la consultation publique, en raison de commentaires exprimés dans le cadre de cette consultation, il n'était plus requis de consulter à nouveau les parties intéressées ; ce complément de motivation ne constitue pas une nouvelle définition de marché. Aucune disposition légale n'impose au régulateur de procéder à une nouvelle consultation publique lorsqu'il modifie son projet pour tenir compte des observations émises au cours de la consultation publique.*

- *MOYEN 15B : À titre principal encore, l'Autorité belge de la concurrence et la Commission européenne ont validé la méthode suivie et le contenu du complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi ; il n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation.*

- *MOYEN 15C : À titre subsidiaire, quand bien même le complément de motivation relatif à l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi*

*serait considéré comme manifestement erroné (quod non), cela ne suffirait pas à remettre en cause la validité de l'analyse de marché stricto sensu. »*

La CRC réplique à l'égard de TELENET / de CRC repliceert ten overstaan van TELENET:

*« Middelen in antwoord op de middelen van Telenet*

- *MIDDEL 16A: In de bestreden beslissing werd een bijkomende motivering toegevoegd betreffende de hypothese van een verruimde wholesalemarkt voor centrale toegang.*

*De bijkomende motivering is het antwoord op de opmerkingen die werden geformuleerd in het kader van de openbare raadpleging over de omvang van de productmarkt, de positie van de operatoren op een mogelijke verruimde wholesalemarkt voor centrale toegang en de gevolgen van een alternatieve aanpak op de opgelegde regulering, zoals uitdrukkelijk aangegeven in § 1786 van beslissing 1:*

*“Niettemin acht de regulator 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”.*

*Uit de vaste rechtspraak van het Hof van beroep blijkt dat een dergelijke bijkomende motivering – die geen marktanalyse vormt – niet voorgelegd diende te worden aan de belanghebbende partijen d.m.v. een nieuwe raadpleging.*

- *MIDDEL 16B: Zoals uitgelegd in §§ 1784-1786 van beslissing 1 verschilt het voorwerp van de bijkomende motivering van de CRC in hoofdstuk 28 van beslissing 1 aangaande de markt 3b van de analyse van de wholesalemarkt voor centrale toegang, overeenkomstig de artikelen 14 t.e.m. 16 van de Kaderrichtlijn in hoofdstukken 20 t/m 27 van beslissing 1.*

*“De toegepaste juridische principes, de feitelijke elementen waarmee rekening werd gehouden en de argumentatie die naar voren werd geschoven in het kader van [de] analyse [van de productmarkten voor centrale toegang] vormen een autonome en afdoende motivering die kan worden begrepen en het voorwerp kan uitmaken van een gepaste gerechtelijke controle, conform de rechtspraak van het Brusselse hof van beroep. (...). Niettemin acht de regulator 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”.*

*De correctiemaatregelen die opgelegd worden zijn wel degelijk gebaseerd op één schadetheorie. Het middel van Telenet dat de regulering berust op twee onderling onverenigbare analyses, dient afgewezen te worden.*

*De CRC heeft afdoende geverifieerd 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.*

*Ten overvloede stelt de CRC dat de bijkomende motivering inzake een hypothetische markt voor centrale toegang op wholesaleniveau afdoende en deugdelijk is:*

- De geografische afbakening van de hypothetische markt is coherent met de weerhouden geografische markten in het kader van de analyse van de markt stricto sensu. De CRC heeft bijkomende elementen aangevoerd ter ondersteuning van deze hypothese door middel van de vaststelling van de afwezigheid van substitueerbaarheid aan de vraagzijde, de afwezigheid van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde, en de afwezigheid van voldoende bewijselementen om te besluiten tot het bestaan van een ketensubstitutie-effect;*
- De CRC heeft de hypothese van een gezamenlijke AMM goed geanalyseerd in de bestreden beslissing, conform artikel 14, § 2 van de Kaderrichtlijn, Bijlage II bij de Kaderrichtlijn en de AMM-richtsnoeren, en heeft de Airtours-criteria correct toegepast.*
- MIDDEL 16C: Zelfs indien de bijkomende motivering van de CRC aangaande de markt 3b manifest fout zou zijn (quod non) zou dit de geldigheid van de marktanalyse stricto sensu niet aantasten.*

*Het middel van Telenet dat de CRC haar motiveringsplicht zou hebben geschonden, dient afgewezen te worden.”*

4.

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

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

Dans la version de la décision qui a fait l'objet de la consultation, la CRC a défini les marchés pertinents.

La CRC examine ces critiques résumées au paragraphe 1785. Dans les paragraphes suivants la CRC invoque "*in het licht van de opmerkingen geuit ter gelegenheid van de openbare raadpleging en het belang van de consumenten, [wordt] deze bijkomende motivering [verschafft]*"

Dans les paragraphes qui suivent la CRC revoit les observations et tire des conclusions (paragraphes 1903 à 1908) que dans l'hypothèse d'une définition différente d'un marché plus large pour un accès central (dans lequel tant les produits d'accès central à travers le cuivre / réseaux de fibres que des produits d'accès central par câble) seraient définis, il y aurait une preuve probante suffisante pour décider l'existence probable de domination conjointe de Proximus et les câblo-opérateurs sur ce marché des produits et ce dans chaque zone géographique délimitée par les zones de couverture des câblo-opérateurs Brutélé, Nethys et Telenet. La CRC en conclut que la définition d'un marché élargi pour un accès centralisé n'aurait pas conduit à des conclusions différentes en ce qui concerne l'existence d'opérateurs puissants sur le marché, en ce qui concerne l'identité de ces opérateurs puissants et en ce qui concerne la nécessité d'imposer une ou plusieurs mesures correctives appropriées conformément au cadre réglementaire. La nécessité d'imposer au moins une mesure ne diffère pas selon qu'il s'agit d'une position dominante individuelle ou collective.

La CRC cite également l'argument de la Commission européenne à cet égard (voir point 1904) dans la décision du 25 mai 2018 à savoir que dans les circonstances sus-décrites de la présente affaire, une définition plus large du marché 3b (incluant Proximus et les câblo-opérateurs en position dominante conjointe) ne conduirait pas à un résultat différent en termes de régulation.

La CRC ajoute à cela que plusieurs problèmes potentiels - des barrières tarifaires et non tarifaires - découlant de la domination des opérateurs Proximus et câble sur leurs marchés respectifs de gros, peuvent se produire de la même manière sur un marché plus large pour un accès central où Proximus et les câblo-opérateurs (dans leur zone de couverture respective) occuperaient une position dominante conjointe. Encore une fois, la CRC fait référence à l'argument de la Commission européenne (qui partage la constatation) (voir la section 1905 et la note 982). La Commission européenne précise que le résultat de ces deux variantes de la définition du marché (propriétaires des réseaux individuellement ou collectivement dominants) donne, en l'absence d'intervention par une régulation, des résultats similaires en ce qui concerne les marchés de gros et de détail en ce qui concerne l'absence d'accès de gros et des prix de détail au-dessus d'un niveau compétitif.

La CRC en déduit qu'en tous les cas une obligation d'accès est essentielle pour permettre aux opérateurs alternatifs de surmonter les obstacles d'accès, à savoir qu'il serait particulièrement difficile à reproduire l'infrastructure et des

coûts irrécupérables. Seulement lorsque les opérateurs alternatifs auront accès aux réseaux des différents opérateurs avec une position dominante sur le marché, les opérateurs alternatifs peuvent offrir leurs services aux utilisateurs.

La CRC propose en outre que, compte tenu à la fois du caractère tarifaire et du caractère non-tarifaire des problèmes identifiés, l'obligation d'accorder l'accès doit être accompagnée d'obligations supplémentaires telles que la transparence des conditions d'accès, la non-discrimination et l'obligation de pratiquer des prix d'accès régulés. Les obligations sont absolument nécessaires pour assurer l'efficacité de l'obligation d'accès.

La CRC décide (paragraphe 1908) que le point de départ pour l'examen des mesures correctives appropriées ne diffère pas selon que l'on part de deux marchés de gros pour l'accès central ou d'un marché élargi avec diverses formes d'accès centralisé.

En vertu des dispositions légales mentionnées ci-dessus et en particulier les articles 6, 7 et 16 de la directive-cadre et à l'article 8 de la directive-access et les dispositions du droit national cités par les parties demanderesses (voir ci-dessus), l'ARN devrait permettre aux parties intéressées de faire valoir dans un délai raisonnable des observations sur le projet de décision à chaque fois lorsque l'ARN a l'intention d'imposer des restrictions ayant un impact important sur le marché concerné.

Ces règles ne précisent pas que chaque fois - après avoir obtenu des commentaires ou après avoir reçu une recommandation - l'ARN devrait tenir « à nouveau » une consultation.

Les dispositions légales (indiquées dans le moyen) doivent être interprétées raisonnablement, et il n'y a aucune raison pour que cette interprétation mène à des règles plus strictes, que le contenu que les législateurs (Européens et nationaux) donnent aux textes utilisés. Il est de l'intention de l'ARN de définir un marché déterminé par l'ARN d'une certaine façon (en raison des limites à imposer) et que cette mesure fasse l'objet de la consultation. Après que l'ARN aura pris connaissance des commentaires des parties intéressées, il est de la responsabilité de l'ARN de prendre de façon autonome une décision. Cette décision doit - en conformité avec les règles légales - tenir compte des observations obtenues (avec, par exemple, des règles spécifiques quant à la motivation de suivre ou de ne pas suivre la réaction de la Commission Européenne), cette décision doit être appropriément motivée (voir ci-dessous).

Cependant, il n'y a aucune raison pour que le fait de ne pas adopter un commentaire ou une critique d'une ou de plusieurs parties, conduirait à une annulation de la décision par la Cour des marchés, dans la mesure où la décision elle-même - comme indiqué ci-dessus et comme on le verra plus loin - est appropriément motivée.

L'interprétation que TELENET, Nethys et BRUTELE essayent de donner aux normes légales signifierait que jamais ne pourrait être prise une décision puisque tout commentaire exprimé par une partie concernée résultera toujours en une décision prise par l'ARN, qui ensuite - dans l'interprétation de Telenet, Nethys et BRUTELE serait toujours ouverte à nouveau à une réaction de toutes les intéressées (et pas seulement les parties susmentionnées, mais tous pour qui la régulation pourrait avoir un effet juridique).

Alors que la CRC explicite (voir les points susmentionnés de la décision (article 28)) à travers ses réponses aux critiques des parties et des observations de l'ABC et la Commission européenne que « même » lorsque d' autres critères seraient pris en compte pour la définition du marché - que ceux que la CRC applique au concept qui a fait l'objet d'une consultation et des avis - la décision est identique, la CRC a respecté les dispositions juridiques de façon satisfaisante au sens large (voir ci-dessus) de telle sorte que la décision n'est pas affectée par un manque de consultation.

Le premier moyen de TELENET et le second moyen de NETHYS et BRUTELE sont rejetés.

In de versie van de beslissing die het voorwerp heeft uitgemaakt van de consultatie heeft de CRC de relevante markten gedefinieerd.

De CRC bespreekt deze kritieken samengevat in punt 1785. In de daaropvolgende punten betoogt de CRC dat zij, *“in het licht van de opmerkingen geuit ter gelegenheid van de openbare raadpleging en het belang van de consumenten, deze bijkomende motivering [verschafft]”*.

In de navolgende punten toetst de CRC de gemaakte opmerkingen en zij komt tot de conclusies (punten 1903 tot 1908) dat in de veronderstelling dat een andere definitie van een verruimde markt voor de centrale toegang (waarin zowel de producten voor centrale toegang via de koperen/glasvezelnetwerken als de producten voor centrale toegang via de kabel zouden zitten) zou zijn gedefinieerd, er voldoende bewijskrachtige aanwijzingen zijn om te besluiten tot het waarschijnlijk bestaan van een gezamenlijke dominantie van Proximus en de kabeloperatoren op die productenmarkt en zulks binnen elke geografische zone die wordt gevormd door de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren Brutélé, Nethys en Telenet. De CRC leidt daaruit af dat de definitie van een verruimde markt voor centrale toegang niet zou hebben geleid tot andere conclusies als het gaat over het bestaan van operatoren die over een aanmerkelijke marktmacht beschikken, over de identiteit van deze machtige operatoren en over de noodzaak om één of meer gepaste correctiemaatregelen op te leggen overeenkomstig het regelgevend kader. De

noodzaak om minstens één maatregel op te leggen is niet anders naargelang het een individuele of collectieve machtspositie betreft.

De CRC citeert ook de stelling van de Europese Commissie dienaangaande (zie punt 1904) in het besluit van 25 mei 2018 te weten dat gegeven de omstandigheden van de zaak, een ruimere definitie van markt 3b (met Proximus en de kabeloperatoren in een positie van gezamenlijke dominantie) niet zou geleid hebben tot een verschillend resultaat wat betreft regulering.

De CRC voegt daar nog aan toe dat verschillende potentiële problemen – van tarifaire en niet-tarifaire aard – die voortvloeien uit de dominantie van Proximus en van de kabeloperatoren op hun respectieve wholesalemarkten, zich op dezelfde manier kunnen voordoen op een verruimde markt voor centrale toegang waarop Proximus en de kabeloperatoren (in hun respectieve dekkingengebied) een gezamenlijke dominante positie zouden innemen. Ook hier verwijst de CRC naar de stelling van de Europese Commissie (die deze vaststelling deelt) (zie punt 1905 en voetnoot 982). De Europese Commissie stelt dat het resultaat van deze twee wijzen van marktdefinitie (eigenaars van de netwerken individueel of gezamenlijk dominant) in afwezigheid van interventie door regulering, vergelijkbare resultaten geeft op de wholesale- en retailmarkten wat betreft de afwezigheid van wholesaletoeegang en retailprijzen die boven een competitief niveau liggen.

De CRC leidt daaruit af dat in ieder geval een toegangsverplichting essentieel is om de alternatieve operatoren in staat te stellen om de toegangsbelemmeringen te overwinnen, met name een moeilijk te dupliceren infrastructuur en hoge niet terug te winnen kosten. Pas wanneer de alternatieve operatoren toegang hebben tot de netwerken van de verschillende operatoren met een sterke machtspositie, kunnen de alternatieve operatoren hun diensten aanbieden aan de gebruikers.

De CRC stelt daarenboven dat rekening houdende zowel met de tarifaire als met de niet-tarifaire aard van de vastgestelde problemen, de verplichting om toegang te verlenen moet gepaard gaan met bijkomende verplichtingen zoals transparantie van de toegangsvoorwaarden, non-discriminatie en de verplichting om gereguleerde toegangsprijzen te hanteren. De verplichtingen zijn absoluut noodzakelijk om de efficiëntie van de toegangsverplichting te waarborgen.

De CRC besluit (punt 1908) dat het uitgangspunt voor het onderzoek van de gepaste correctiemaatregelen niet verschilt naargelang men twee wholesalemarkten voor centrale toegang beschouwt dan wel één markt die uitgebreid is met verschillende vormen van centrale toegang.

Ingevolge de hiervoor aangehaalde wettelijke bepalingen inzonderheid artikelen 6, 7 en 16 van de Kaderrichtlijn en artikel 8 van de Toegangsrichtlijn alsmede de bepalingen van intern recht zoals geciteerd door de eisende

partijen (zie hiervoor), dient de NRI aan de belanghebbende partijen de mogelijkheid te bieden om binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen telkens wanneer zij zich voorneemt beperkingen vast te stellen die een belangrijke impact op de betrokken markt hebben.

Deze regels stellen niet dat telkens- na het inwinnen van opmerkingen of na het ontvangen van een advies – de NRI “opnieuw” een consultatieronde zou dienen te houden.

De wettelijke bepalingen (aangegeven in het ontwikkelde middel) moeten met redelijkheid uitgelegd worden en er is geen aanleiding opdat deze uitlegging tot strengere regels zou leiden, dan de inhoud die de door de wetgevers (Europese en nationale) zelf gehanteerde bewoordingen hebben. Het is de intentie van de NRI om een door de NRI afgebakende markt te reguleren op een bepaalde wijze (door beperkingen vast te stellen), die het voorwerp van de consultatie moet uitmaken. Nadat de NRI kennis heeft gekregen van de opmerkingen van de belanghebbenden, is het de taak van de NRI om autonoom een beslissing te nemen. Deze beslissing dient conform de wettelijke regels rekening te houden met de bekomen bemerkingen (met bijvoorbeeld specifieke regels wat de motivering betreft voor het al dan niet volgen van de reactie van de Europese Commissie), deze beslissing dient afdoend gemotiveerd te zijn (zie hierna).

Er is evenwel geen aanleiding opdat het niet inwilligen van een commentaar of kritiek van één of meer belanghebbenden, zou leiden tot een vernietiging van de beslissing door het Marktenhof, voor zover de beslissing zelf – zoals hiervoor gesteld en zoals hierna nader wordt toegelicht – afdoende gemotiveerd is.

De interpretatie die TELENET, NETHYS en BRUTELE aan de wettelijke bepalingen trachten te geven zou tot gevolg hebben dat er nooit een beslissing zou kunnen genomen worden vermits elke geformuleerde opmerking vanwege de belanghebbenden steeds resulteert in een stellingname van de NRI, die dan – in de interpretatie van TELENET, NETHYS en BRUTELE steeds weer zou moeten openstaan voor een reactie van alle belanghebbenden (dus niet alleen van de genoemde partijen maar van allen ten overstaan van wie de regulering rechtsgevolgen zal hebben of zou kunnen hebben).

Nu te dezen de CRC expliciet heeft uiteengezet (zie de hiervoor vernoemde punten uit de beslissing (hoofdstuk 28)) via haar antwoorden op de kritieken van de belanghebbenden en op de opmerkingen van de BMA en de Europese Commissie, dat “ook” wanneer andere criteria in aanmerking zouden genomen worden voor de marktdefinitie – dan deze die de CRC hanteert in het ontwerp dat het voorwerp heeft uitgemaakt van de consultatie en van de adviezen – de besluitvorming identiek is, heeft de CRC de wettelijke bepalingen *sensu lato* (zie hiervoor) afdoende nageleefd derwijze dat de beslissing niet aangetast is door een gebrek aan consultatie.

Het eerste middel van TELENET en het tweede middel van NETHYS en BRUTELE worden verworpen.

5.

Où TELENET invoque comme troisième moyen, la violation de l'obligation de diligence et la violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive-accès en ce que la décision attaquée est motivée sur la base de deux analyses mutuellement incompatibles, ce moyen ne peut pas être accepté.

Contrairement à ce que TELENET fait valoir, les décisions litigieuses ne sont pas entachées d'un défaut de motivation en ce sens qu'ils seraient fondées sur deux analyses de marché, où pour le choix des obligations proportionnelles il importe de fait laquelle des analyses est choisie (à savoir PSM individuelle ou conjointe) : thèse en vertu de laquelle des obligations proportionnées devraient se limiter à ce qui est nécessaire pour briser l'équilibre collusif dans un marché technologique neutre avec PSM conjointe.

Comme indiqué précédemment la CRC n'applique pas des définitions de marché doubles (et contradictoires), mais la CRC maintient l'analyse qu'elle avait faite et elle se limite à ajouter – en vue de fortifier cette motivation – ces éléments à savoir que même lorsqu'une autre définition du marché devrait être utilisée (quod non) que faisant cela ne mènerait pas à une autre décision en fait puisque, selon les deux méthodes de définition des marchés, les opérateurs concernés disposent d'une position dominante sur le marché, de telle sorte que les mesures réglementaires doivent être prises en vue de corriger le développement de la compétitivité des structures.

Dès lors qu'il n'est pas fait usage de définitions contradictoires pour fonder les décisions attaquées, il n'y a pas de défaut dans la motivation.

TELENET suppose à tort que l'on utilise deux analyses de la définition du marché. Les conclusions que TELENET en déduit ne sont pas pertinents alors que la CRC ne donne pas deux définitions (contradictaires) du marché – mais, même si une définition différente du marché serait utilisée - il y a toujours lieu à réguler. Dans cette seconde hypothèse - qui n'est pas la réalité retenue – avec comme effet que les décisions attaquées ne sont pas atteintes par un défaut de motivation (ce que TELENET relate comme s'il est important pour le choix des obligations proportionnées quelle est l'analyse choisie (c.-à-d. individuelle PSM ou PSM conjointe) dans le cas où une PSM conjointe devrait, sur un marché technologique neutre, se limiter à des obligations proportionnées limitées à ce qui est nécessaire pour briser l'équilibre collusif.

Waar TELENET als derde middel een 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 laat gelden, kan ook dat middel niet aangenomen worden.

In tegenstelling tot hetgeen TELENET voorhoudt zijn de bestreden beslissingen niet behept met een motiveringsgebrek doordat zij zouden steunen op twee marktanalyses, waarbij het "voor de keuze van proportionele verplichtingen wel degelijk uit [maakt] voor welke analyse gekozen wordt (d.i. individuele AMM dan wel gezamenlijke AMM): bij gezamenlijke AMM op een technologie neutrale markt moeten proportionele verplichtingen zich beperken tot wat noodzakelijk is om het collusief evenwicht te doorbreken."

Zoals hiervoor gesteld hanteert de CRC in de bestreden beslissingen geen dubbele (tegenstrijdige) marktdefinities doch blijft de CRC bij de door haar gehanteerde analyse en geeft zij enkel – ter onderbouwing van haar motivering aan – dat zelfs, indien een andere marktdefinitie zou gehanteerd worden (*quod non* dus), dit gegeven geen aanleiding zou geven tot een andere feitelijke beoordeling, vermits – volgens beide wijzen van definiëring van de markten – de door de beslissing geviseerde operatoren een dominante marktpositie hanteren derwijze dat regulerende maatregelen dienen genomen te worden teneinde de ontwikkeling van het concurrentievermogen van structuren te corrigeren.

Nu er geen tegenstrijdige definities gehanteerd worden om de getroffen bestreden beslissingen tot grondslag te dienen, is er ook geen motiveringsgebrek.

TELENET gaat er ten onrechte van uit dat er twee analyses van de marktdefinitie worden gehanteerd. De gevolgtrekkingen die TELENET daaruit afleidt zijn dan ook niet pertinent nu de CRC geen twee (tegenstrijdige) marktdefinities geeft doch enkel stelt dat – zelfs indien een andere marktdefinitie zou gehanteerd worden – er nog steeds aanleiding tot regulering is. Dat in die tweede hypothese – die niet de gehanteerde hypothese is, doch die enkel de eigen hypothese van de verzoekende partijen weergeeft – er desgevallend aanleiding zou zijn tot een andere inhoud wat de regulering betreft (wat TELENET weergeeft als "het maakt voor de keuze van proportionele verplichtingen wel degelijk uit voor welke analyse gekozen wordt (d.i. individuele AMM dan wel gezamenlijke AMM): bij gezamenlijke AMM op een technologie neutrale markt moeten proportionele verplichtingen zich beperken tot wat noodzakelijk is om het collusief evenwicht te doorbreken") is dienvolgens niet aan de orde met als gevolg dat de beslissingen van de CRC ook niet door een motiveringsgebrek uit dien hoofde aangetast zijn.

De stelling van TELENET / la thèse de TELENET :

*“De bestreden beslissingen zijn behept met een ernstig motiveringsgebrek nu zij steunen op twee marktanalyses – één op basis van afzonderlijke, platformspecifieke markten en één op basis van een verruimde, technologieneutrale markt – die elkaar uitsluiten: slechts één van de twee kan juist zijn. Er is dus sprake van een tegenstrijdige motivering die elke rechterlijke controle onmogelijk maakt. Dit is des te meer zo nu de CRC al naar gelang het haar beter uitkomt steunt op de éne dan wel de andere marktanalyse.*

*De Commissie heeft ernstige twijfels geuit over de platformspecifieke marktanalyse die de CRC nu voor Uw Hof als de enige “echte” marktanalyse voorstelt. Het zou een aanfluiting van de rechten van de gereguleerde operatoren zijn indien de CRC zich voor de Commissie zou kunnen beroepen op één marktanalyse en voor het Hof op een andere, daarmee niet verenigbare analyse”*

est basée sur **une appréciation incorrecte des données par les demandeurs lui-même comme si les ajouts faits par la CRC, par des motifs supplémentaires, devraient être considérés, contrairement à la réalité, comme une analyse du «nouveau» marché, de sorte que des conclusions différentes s’imposeraient.**

steunt op een **onjuiste appreciatie door de verzoeksters zelf als zouden de aanvullingen door de CRC gegeven bij wijze van aanvullende motiveringen, in weerwil van de werkelijkheid, moeten aangezien worden als een “nieuwe” marktanalyse met als gevolg dat andere gevolgtrekkingen zich zouden opdringen.**

## **VI.2. L’emploi des langues / het gebruik van de talen :**

1.

NETHYS et BRUTELE font valoir (premier moyen) qu’elles demandent l’annulation de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles, de la Décision Contestée Radiodiffusion Française et de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone pour violation de l’article 40, alinéa 2, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l’emploi des langues en matière administrative, eu égard aux nombreux passages en anglais non-traduits contenus dans ces décisions.

Elles invoquent qu’en tant que service central bénéficiant d’une personnalité juridique propre et dont l’activité réglementaire en matière de haut débit et de radiodiffusion télévisuelle s’étend à tout le pays, la CRC avait l’obligation de rédiger les décisions susmentionnées strictement en français. Or, un nombre

abondant de passages (essentiels) desdites décisions est en anglais exclusivement, ce qui constitue une infraction à la législation d'ordre public sur l'emploi des langues en matière administrative et justifie l'annulation des décisions en question.

Nethys en BRUTELE laten gelden (eerste middel) dat zij de vernietiging vorderen van de bestreden beschikking Breedband en Broadcasting Brussel, van de bestreden beschikking Franse Broadcasting en van de bestreden beschikking Duitstalige Broadcasting wegens schending van artikel 40, paragraaf 2, van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 betreffende het gebruik van talen in bestuurszaken, gezien de vele passages in het Engels die niet vertaald zijn in deze beslissingen.

Zij houden voor dat als een centrale dienst voorzien van een eigen rechtspersoonlijkheid en waarvan de regulerende activiteit op breedband en televisie-uitzendingen zich uitstrekt over het hele land, de CRC de verplichting had om de bovengenoemde beslissingen enkel in het Frans op te stellen. Echter, een overvloedig aantal (essentiële) passages in de tekst van die beslissingen zijn alleen in het Engels gesteld, hetgeen een overtreding uitmaakt van de wet van de openbare orde op het gebruik van talen in bestuurszaken en de nietigverklaring van de kwestieuze beslissingen rechtvaardigt.

2.

La CRC répond à ce moyen / de CRC antwoordt op dit middel :

- *MOYEN 1A : À 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 ;*
- *MOYEN 1B : À titre principal encore, la décision 1, en ce qu'elle porte sur le marché du haut débit, n'est pas rédigée en violation des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative ; les citations en anglais qui figurent dans la décision 1 ne font pas partie du corps de celle-ci mais constituent seulement des illustrations du raisonnement de la CRC ; les requérantes ne démontrent pas qu'elles ne comprennent pas les passages en anglais qu'elles mentionnent.*
- *MOYEN 1C : À titre subsidiaire, si la Cour retient le moyen, elle ne doit pas annuler les décisions ; exerçant sa compétence de pleine juridiction, elle peut remplacer les décisions sur ces points.*
- *MOYEN 1D : À titre plus subsidiaire encore, une éventuelle annulation devrait produire ses effets uniquement à l'égard de Brutélé et de Nethys ; la Cour*

*pourrait enfin maintenir les effets des décisions annulées le temps que la CRC traduise les passages cités en anglais et refasse la décision sur ces points.*

3.

NETHYS et BRUTELE argumentent / NETHYS en BRUTELE laten gelden:

*« 27. En tout état de cause, c'est de manière pour le moins surprenante que le Régulateur prétend que les passages en anglais sont cités « en appui du raisonnement de la CRC » alors même qu'ils en constituent le fondement et la motivation. Ainsi, certaines citations proviennent de la Note explicative accompagnant la Recommandation de 2014 pourtant énumérée comme une base juridique des Décisions Contestées par le Régulateur lui-même. Il en va de même en ce qui concerne les citations émanant de la Note explicative accompagnant la Recommandation de 2007.*

*Il n'est pas non plus contestable que la jurisprudence de la Commission européenne en matière de contrôle de concentrations et les rapports de l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (l'ORECE) font partie des éléments essentiels d'une décision qui s'attelle à définir la position d'opérateurs sur les marchés de l'Internet haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle et qui se targue de promouvoir la concurrence sur ces marchés. Il suffit à cet égard de rappeler que, conformément à la législation européenne, le Régulateur doit tenir le plus grand compte des avis de l'ORECE et de ses positions communes lorsqu'il adopte une décision qui concerne le marché national.*

*28. Les autres citations litigieuses font tout autant partie de la motivation des Décisions Contestées étant donné qu'elles concernent, inter alia, des déclarations des opérateurs sur le marché (visés par les Décisions Contestées), d'analystes financiers ou encore de rapports du BEREC et de l'OCDE, soit des éléments invoqués par le Régulateur pour légitimer son raisonnement relatif aux définitions de marché et à la puissance des opérateurs concernés sur les marchés ainsi définis.*

*29. Il ne peut dès lors être sérieusement soutenu que « la motivation de la décision aurait été tout aussi complète » à défaut des citations litigieuses. Sans ces citations, le Régulateur aurait incontestablement manqué à son devoir de motivation. Ces citations étant incontestablement « indispensables pour circonscrire la portée exacte » des Décisions Contestées, leur rédaction dans une langue étrangère justifie que les Décisions Contestées soient annulées.*

*30. Il découle de ce qui précède que les Décisions Contestées enfreignent la législation sur l'emploi des langues en matière administrative. Cette législation est d'ordre public. Les Décisions Contestées doivent donc être annulées. »*

4.

L'article 1 § 1<sup>er</sup> des lois du 18 juillet 1966 coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative dispose que :

*«Les présentes lois coordonnées sont applicables:*

1° aux services publics centralisés et décentralisés de l'État, des provinces, des agglomérations, des fédérations de communes et des communes, dans la mesure où ils ne sont pas régis, au point de vue de l'emploi des langues, par une autre loi;

2° aux personnes physiques et morales concessionnaires d'un service public ou chargées d'une mission qui dépasse les limites d'une entreprise privée et que la loi ou les pouvoirs publics leur ont confiée dans l'intérêt général ;

3° aux travaux administratifs, au personnel administratif et à l'organisation des services du Conseil d'État et de la Cour des comptes ainsi qu'aux Services d'enquête et aux membres du personnel administratif du Comité permanent du contrôle des services de police et du Comité permanent du contrôle des services de renseignements ;

4° aux actes de caractère administratif du pouvoir judiciaire et de ses auxiliaires ainsi que des autorités scolaires ;

5° aux opérations relatives aux élections législatives, provinciales et communales ;

6° dans les limites fixées à l'article 52, aux actes et documents émanant des entreprises industrielles, commerciales ou financières privées. »

En son article 40 alinéa 2 ces lois disposent :

« Les avis et communications que les services centraux font directement au public sont rédigés en français et en néerlandais. Il en est de même des formulaires qu'ils mettent eux-mêmes à la disposition du public. Les avis et communications qu'ils font directement au public sont mis à la disposition du public d'expression allemande en langue allemande. Des formulaires rédigés en allemand sont, si nécessaire, tenus à la disposition du public d'expression allemande. »

Artikel 1 § 1 van de gecoördineerde wetten op het gebruik van talen in bestuurszaken van 18 juli 1966 stelt:

«Deze gecoördineerde wetten zijn toepasselijk:

1° op de gecentraliseerde en gedecentraliseerde openbare diensten van de Staat, van de provinciën, van de agglomeraties, van de federaties van gemeenten en van de gemeenten, voor zover zij inzake taalgebruik niet beheerst worden door een andere wet;

2° op de natuurlijke en rechtspersonen die concessiehouder zijn van een openbare dienst of die belast zijn met een taak die de grenzen van een privaat bedrijf te buiten gaat en die de wet of de openbare machten hun hebben toevertrouwd in het belang van het algemeen;

3° op de administratieve werkzaamheden, het administratief personeel en de organisatie van de diensten van de Raad van State en het Rekenhof evenals op

*de Diensten Enquêtes en op het administratief personeel van het Vast Comité van Toezicht op de politiediensten en op het Vast Comité van Toezicht op de inlichtingendiensten;*

*4° op de administratieve handelingen van de rechterlijke macht, van dezer medewerkers en van de schooloverheden;*

*5° op de verrichtingen bij de parlements-, provincieraads- en gemeenteraadsverkiezingen;*

*6° binnen de bij artikel 52 bepaalde perken, op de handelingen en bescheiden uitgaande van de private nijverheids-, handels- of financiebedrijven.”*

In artikel 40 tweede alinea bepalen deze wetten:

*“De berichten en mededelingen die de centrale diensten rechtstreeks aan het publiek richten worden in het Nederlands en in het Frans gesteld. Hetzelfde geldt voor de formulieren die zij zelf ter beschikking stellen van het publiek. De berichten en mededelingen die ze rechtstreeks aan het publiek richten, worden in het Duits aan het Duitssprekende publiek ter beschikking gesteld. In het Duits gestelde formulieren worden, zo nodig, ter beschikking gesteld van het Duitssprekend publiek.”*

5.

La Cour constate que les décisions ainsi que les motivations de ces décisions sont rédigées dans le respect de la législation sur l’emploi des langues en matière administrative. La Cour n’examine pas dans quelle mesure cette législation serait applicable ou non sur les décisions attaquées.

En effet, le seul fait que dans une matière où la technologie concernée ainsi que les principes de l’analyse des marchés et des caractéristiques de l’examen font l’objet d’un langage international qui est essentiellement en anglais, ne justifie pas qu’une décision employant des mots, des principes et des motifs en anglais, devrait pour autant être déclaré nul.

NETHYS et BRUTELE font valoir, mais ne démontrent pas que des passages en anglais sont cités « en appui du raisonnement de la CRC » alors même qu’ils en constituent le fondement et la motivation. Un renvoi à une *Note explicative accompagnant la Recommandation* de 2014 ou de 2007 n’est pas le motif de la décision. C’est un élément informatif sans effet décisif.

Il en est de même de la jurisprudence de la Commission européenne en matière de contrôle de concentrations et des rapports de l’organe des régulateurs européens des communications électroniques (l’ORECE). Ces éléments sont des informations dans un contexte européen qui soutiennent les motifs de la décision sans qu’ils constituent ces mêmes motifs.

Les citations en anglais qui figurent dans les décisions attaquées ne font pas partie du corps de celles-ci mais constituent seulement des illustrations du raisonnement de la CRC.

Ces citations sont faites à titre d'illustration, en appui du raisonnement de la CRC. Elles ne font pas partie du corps de la décision elle-même. Celle-ci serait tout autant motivée, intrinsèquement logique et compréhensible en l'absence de ces citations litigieuses.

La CRC n'a pas rédigé sa décision pour partie en anglais. La décision est rédigée, conformément à l'article 40, alinéa 2, des lois linguistiques en matière administrative, en français et en néerlandais, et elle est illustrée par des citations de sources extérieures en anglais, dont la grande majorité sont d'ailleurs traduites en français et en néerlandais.

Malgré son caractère d'ordre public, une éventuelle illégalité liée à la langue d'un acte ne peut donner lieu à une annulation lorsque cette illégalité n'a pas été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, n'a pas privé les intéressés d'une garantie ni eu pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte.

Le moyen est rejeté.

Het Hof constateert dat de beslissingen en de motieven voor deze beslissingen in overeenstemming zijn met de wetgeving inzake het gebruik van talen in bestuurszaken. Het Hof onderzoekt niet in hoeverre deze wetgeving al dan niet van toepassing is op de bestreden beslissingen.

Het enkele feit dat in een materie waar de toepasselijke technologie en de beginselen van marktanalyse en de kenmerken van hun onderzoek het voorwerp uitmaken van een internationaal taalgebruik met name voornamelijk in het Engels, rechtvaardigt niet dat een beslissing die gebruik maakt van woorden, principes en motieven in het Engels, zonder meer moet nietig worden verklaard.

NETHYS en BRUTELE argumenteren, maar tonen niet aan dat de in het Engels geciteerde passages zelfs al zijn ze de basis en de motivatie van de beslissingen "ter ondersteuning van de redenering van de CRC" zouden dienen. Een verwijzing naar een toelichting bij de aanbeveling van 2014 of 2007 is niet de grondslag voor de beslissing. Dit is een informatie-item zonder beslissende invloed.

Hetzelfde geldt met betrekking tot de rechtspraak van de Europese Commissie voor de controle op concentraties en verhoudingen van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC). Deze informatie in Europees verband ondersteunen de motieven van de beslissing zonder dat zij er zelf de motieven van uitmaken.

De citaten die in het Engels zijn opgenomen in de bestreden beslissingen maken geen deel uit van de essentie ervan, maar zijn alleen illustraties van de redeneringen van de CRC.

Deze citaten zijn gemaakt om te illustreren, ter ondersteuning van de redeneringen van de CRC. Ze zijn geen deel van de essentie van de beslissing zelf. Deze zou net even goed gemotiveerd, inherent logisch en begrijpelijk zijn in afwezigheid van deze litigieuze citaten.

De CRC heeft dus geen besluit deels in het Engels geschreven. De beslissing is opgesteld, in overeenstemming met artikel 40, paragraaf 2, van de taalwetten in bestuurszaken, in het Frans en in het Nederlands, en zij wordt geïllustreerd door citaten uit externe bronnen in het Engels, waarvan de overgrote meerderheid ook vertaald is naar het Frans en het Nederlands.

Ondanks zijn karakter van de openbare orde, kan een eventuele onwettigheid in verband met de taal van een beslissing, geen aanleiding geven tot vernietiging indien deze onwettigheid niet van aard is om, te dezen, een invloed hebben op de richting van de beslissing, zij de belanghebbende partijen geen waarborg heeft ontzegd of zij niet het effect heeft gehad om van invloed te zijn op de bevoegdheid van de auteur van het besluit.

Het middel is verworpen.

### **VI.3. Les moyens de TELENET concernant les prétendues erreurs manifestes d'appréciation / de middelen van TELENET met betrekking tot beweerde manifeste beoordelingsfouten :**

Dans les moyens qui suivent, TELENET se base sur des prétendues erreurs manifestes d'appréciation et de violations des dispositions légales concrètes mentionnées ci-dessous et / ou des principes généraux du droit afin de demander l'annulation des décisions.

In een aantal navolgende middelen steunt TELENET op beweerde manifeste beoordelingsfouten en schendingen van hierna concreet vermelde wettelijke bepalingen en/of algemene rechtsbeginselen teneinde de vernietiging van de beslissingen te vorderen.

#### **VI.3.1. Principes <sup>3</sup>:**

<sup>3</sup> Comparez avec l'arrêt "The Great Circle" du 8 mai 2019 ; Vergelijk met arrest "The Great Circle" van 8 mei 2019, Competitio 2019/2.

Les décisions des Régulateurs en matière des secteurs des postes et télécommunications belges peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour des marchés statuant comme en référé.

Ce recours devant la Cour des marchés suppose avant tout un contrôle de la légalité et de la régularité de la décision administrative. Le législateur n'a pas expressément limité la pleine juridiction de la Cour des marchés (en ce sens la compétence de la Cour des marchés n'est pas comparable à celle du Conseil d'Etat – voir l'article 14 des lois coordonnées en matière du Conseil d'Etat <sup>4</sup>).

Les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (dont la Cour des marchés fait partie) disposent d'une juridiction instaurée par la Constitution (articles 144 et suivants).

Une action en justice ne peut pas être utilisée de façon dysfonctionnelle. Il s'agit d'une compétence liée tendant à permettre au titulaire d'un droit matériel d'atteindre un objectif spécifique, en particulier la sécurisation effective de son droit subjectif.

De beslissingen van de Regulators op het vlak van posten en telecommunicatie kunnen het voorwerp uitmaken van een verhaal in volle rechtsmacht voor het Marktenhof dat oordeelt zoals in kortgeding.

Dit verhaal voor het Marktenhof veronderstelt vóór alles een controle van de wettelijkheid en van de regelmatigheid van de bestuurlijke beslissing. De wetgever heeft de volle rechtsmacht van het Marktenhof niet uitdrukkelijk beperkt (in die zin dat de rechtsmacht van het Marktenhof niet vergelijkbaar is met deze van de Raad van State – zie artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

De hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde (waartoe het Marktenhof behoort) beschikken over een rechtsmacht die hen toegekend is door de Grondwet (de artikelen 144 en volgende).

Een geding kan niet worden gebruikt op een disfunctionele manier. Er is een gebonden bevoegdheid tot stand gebracht om de houder van een materieel recht in staat te stellen een specifieke doelstelling, met name de doeltreffende beveiliging van zijn persoonlijke recht, te bewerkstelligen.

---

<sup>4</sup> De Raad van State kan enkel oordelen over de « *over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen* » / Le Conseil d'Etat ne peut statuer que sur « *les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements* ».

Par arrêt du 3 juin 2011 la Cour de cassation a notamment considéré / Bij arrest van 3 juni 2011 overwoog het Hof van Cassatie <sup>5</sup> onder meer:

*« Selon les travaux parlementaires, la cour d'appel peut, en principe, substituer entièrement son appréciation à celle du conseil de la concurrence et peut non seulement annuler mais aussi réformer la décision faisant l'objet de l'appel et rendre une décision remplaçant la décision attaquée.*

*3. Même si elle dispose d'un pouvoir de pleine juridiction, la cour d'appel de Bruxelles joue néanmoins dans le maintien de la loi sur la concurrence un rôle spécifique qui ne s'identifie pas entièrement au rôle du conseil de la concurrence.*

*Lorsqu'un appel non limité est formé contre une décision du conseil à propos d'une pratique de concurrence restrictive et qu'une pratique restrictive est constatée et une amende, infligée, la cour d'appel de Bruxelles n'est pas obligée de procéder à une nouvelle instruction ou de décider de soumettre de son propre chef des éléments de l'instruction aux débats en vue de la constatation de l'infraction.*

*En ce qui concerne la procédure, elle peut limiter le contrôle notamment aux questions si les prescriptions de la procédure et les conditions de la motivation sont respectées. Quant au fond de la cause, elle peut aussi limiter le contrôle à la question si les faits sont reproduits de manière exacte et s'il n'y a pas une appréciation manifestement inexacte des faits et si la qualification juridique des faits est exacte, la cour d'appel appréciant si les preuves apportées constituent un cadre de faits pertinents en vue de l'appréciation de l'infraction et peuvent servir de base aux conclusions qui en sont tirées <sup>6</sup>.*

*Elle doit, sur la base des faits certains admis par la cour d'appel elle-même ou par le conseil, décider si les pratiques restrictives sont établies ou non. Elle doit déterminer elle-même si une amende éventuelle est due et quel est son montant, sur la base des éléments retenus.*

*4. Le moyen est entièrement fondé sur le fait que la cour d'appel de Bruxelles est chargée de la même mission que le conseil de la concurrence et est tenue d'apprécier la cause elle-même sans limitation.*

*Dans cette mesure, le moyen manque en droit. »*

*“In beginsel kan het hof van beroep, volgens de parlementaire voorbereiding, zijn beoordeling volledig in de plaats stellen van deze van de Raad voor de Mededinging en kan het de beslissing waartegen hoger beroep werd ingesteld niet alleen vernietigen maar ook hervormen en een beslissing nemen die de aangevochten beslissing vervangt.*

<sup>5</sup> Cass. 3 juni 2011, Arr.Cass. 2011, 1463, concl. VANDEWAL, C.; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.09.0227.N; RW 2012-13, 943

<sup>6</sup> La Cour souligne / het Hof onderstreept.

3. Het hof van beroep te Brussel heeft, ook al bezit het een volle rechtsmacht, nochtans een specifieke rol in de handhaving van de wet over de mededinging die niet onbeperkt kan vereenzelvigd worden met de rol van de Raad voor de Mededinging.

Wanneer een onbeperkt hoger beroep wordt ingesteld tegen een beslissing van de Raad over een restrictieve mededingingspraktijk waarbij een restrictieve praktijk wordt vastgesteld en een boete wordt opgelegd, is het hof van beroep te Brussel niet verplicht een nieuw onderzoek te voeren of te beslissen om uit eigen beweging elementen uit het onderzoek aan een debat te onderwerpen met het oog op de vaststelling van de inbreuk.

Het mag, wat de rechtspleging betreft, de toetsing beperken tot onder meer de vragen of de procedurevoorschriften en de motiveringsvereiste in acht zijn genomen. Het mag ook, wat de grond van de zaak betreft, de toetsing beperken tot de vraag of de feiten juist zijn weergegeven, of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling van de feiten en of de juridische kwalificatie van de feiten juist is, waarbij het hof van beroep beoordeelt of de aangevoerde bewijsstukken het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van de inbreuk en de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen.<sup>7</sup>

Het moet op grond van de door het hof van beroep zelf of door de raad als vaststaande aangenomen feiten oordelen of de restrictieve praktijk vaststaat of niet. Het moet zelf bepalen of op grond van de aangehouden gegevens een eventuele geldboete verschuldigd is en van welke omvang.

4. Het middel gaat volledig ervan uit dat het hof van beroep te Brussel dezelfde opdracht en taak heeft als de Raad voor de Mededinging en verplicht is de zaak zelf zonder beperking te beoordelen.

Het middel faalt in zoverre naar recht.”

Pour qu’une décision administrative du Régulateur puisse être annulée par la Cour des marchés, le requérant doit prouver – et ne pas seulement prétendre que –:

- les règles de procédure ne sont pas respectées ;
- les exigences de motivation ne sont pas respectées ;
- les faits sont relatés de façon inexacte ;
- il y a une erreur manifeste d’appréciation ;
- la qualification juridique des faits est erronée ;
- les éléments de preuve invoqués démontrent que la décision administrative du Régulateur était manifestement erronée ;
- le cadre factuel ne peut pas soutenir les conclusions tirées par le Régulateur.

<sup>7</sup> La Cour souligne / Het Hof onderstreept.

Opdat een administratieve beslissing van de Regulator door het Marktenhof zou kunnen vernietigd worden dient de verzoeker aldus te bewijzen – niet te beweren – :

- dat de procedurevoorschriften niet in acht zijn genomen;
- dat de motiveringsvereisten niet in acht zijn genomen;
- dat de feiten onjuist zijn weergegeven;
- dat er sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling van de feiten;
- dat de juridische kwalificatie van de feiten onjuist is;
- dat de aangevoerde bewijsstukken aantonen dat de administratieve beslissing van de Regulator kennelijk fout was;
- dat het feitenkader de daaruit door de Regulator getrokken conclusies niet kunnen dragen.
- 

VI.3.2. Quatrième au treizième moyen de TELENET – décision de la Cour / Vierde tot dertiende middel van TELENET – beslissing van het Hof :

La Cour répond moyen par moyen dans l'ordre suivie par TELENET.

TELENET fait valoir que la CRC a commis les erreurs d'appréciation manifestes suivantes :

- violation de l'obligation de tenir compte au maximum des observations de la Commission européenne (directive-cadre article 7 (7)),
- violation des objectifs du cadre réglementaire et l'obligation de fonder l'analyse sur les principes du droit de la concurrence,
- violation des principes méthodologiques et les objectifs du cadre réglementaire,
- violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive-accès;
- Violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre;
- violation de l'article 16 de la directive - cadre en combinaison avec la Recommandation 2014
- violation de l'article 8 de la directive-accès,
- violation du principe de proportionnalité,
- violation du principe de diligence,
- violation des principes d'égalité et de non-discrimination;
- violation du principe de motivation matérielle et du principe de diligence et,
- violation de l'obligation de motivation.

Het Hof antwoordt middel per middel in de volgorde zoals vermeld door TELENET.

TELENET stelt dat de CRC manifeste beoordelingsfouten beging met:

- schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn),
- miskennen van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren,
- miskennen van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader,
- schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn;
- schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn;
- schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014,
- schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn,
- schending van het proportionaliteitsbeginsel,
- schending van het zorgvuldigheidsbeginsel,
- schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod;
- schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe en,
- schending van de motiveringsplicht.

TELENET donne la liste suivante de ces griefs / TELENET heeft deze grieven als volgt opgelijst:

- *“de CRC deelt in haar zgn. “hoofdanalyse” de markt voor centrale toegang ten onrechte op in platformspecifieke markten en besluit hieruit ten onrechte dat de kabeloperatoren als operatoren met AMM moeten aangeduid worden (afdeling 5.5);*
- *de CRC vertrekt in haar analyse van gezamenlijke AMM van een onjuiste geografische marktafbakening en past de Airtours-criteria niet correct toe (zie afdeling 5.6);*
- *de CRC heeft onvoldoende rekening gehouden met de stroomopwaarts beschikbare wholesaleproducten (zie afdeling 0);*
- *de op zichzelf staande verplichting tot breedbandtoegang en de verplichting inzake toegang tot de QoS-mechanismen in EuroDOCSIS nodig voor vaste telefonie zijn niet noodzakelijk om alternatieve operatoren toe te laten te concurreren op de retailmarkt en er wordt één tarief vastgesteld voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps (zie afdeling 5.10);*
- *de CRC definieert geen afzonderlijke markt voor het zakelijke segment en beperkt de regelgevende verplichtingen voor de kabeloperatoren niet tot het consumentensegment (zie afdeling 5.11);*
- *de CRC beperkt de mogelijkheden van Telenet om toegang te hebben tot het netwerk van Proximus met het oog op het verlenen van diensten aan zakelijke klanten (zie afdeling 5.12);*

- *de CRC begaat een kennelijke beoordelingsfout 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 (zie afdeling 5.13);*
- *de inconsistentie tussen de analyse van de wholesale breedbandmarkten en deze van de wholesale omroepmarkt (zie afdeling 5.14);*
- *de tarieven voor de wholesaaletoegang tot de kabel steunen op een ongerechtvaardigde afstemming op de tarieven van Brutélé en vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk (zie afdeling 5.15);*
- *de CRC verplicht Telenet om twee televisiekanalen vrij te houden voor begunstigden van toegang (zie afdeling 5.16)."*

Seule l'autorité compétente peut apprécier, sur base de faits avérés, et prendre sa décision. La seule dérogation consiste en l'erreur manifeste d'appréciation, à savoir l'appréciation déraisonnable et/ou hors de toute proportion avec les faits avérés <sup>8</sup>.

Alleen de bevoegde overheid kan, op basis van bewezen feiten, oordelen en een beslissing nemen. De enige uitzondering bestaat in de kennelijke beoordelingsfout, namelijk de onredelijk beoordeling en / of de beoordeling die niet in verhouding staan tot de bewezen feiten.

Dans la mesure où TELENET fait grief à la CRC que c'est à tort qu'elle a fait certains choix (comme par exemple le fait que la CRC divise le marché en marchés spécifiques de la plate-forme et que c'est sur base de cette décision qu'il convient de noter que les câblo-opérateurs sont à considérer comme PSM) le grief porte sur un choix que la CRC a fait et qu'elle motive. La question de savoir si cette décision ne pouvait pas être différente moyennant une autre motivation ne porte pas atteinte à la légalité et la régularité de la décision. Une telle décision est conforme aux dispositions légales citées par TELENET et est suffisamment motivée. Tenir compte au maximum des observations de la Commission européenne ne signifie pas que la CRC ne pouvait pas prendre sa propre décision qui diffère des remarques de la Commission. Il n'est ni correcte, ni déraisonnable de tenir compte de certaines circonstances autres que celles préconisées par TELENET.

Seule une erreur manifeste d'appréciation peut être sanctionnée et TELENET ne démontre pas qu'une telle erreur manifeste d'appréciation ait été commise qui serait à la fois une violation de l'obligation de tenir compte au maximum des observations formulées par la Commission européenne (article 7 (7) La directive-cadre), d'une violation des objectifs du cadre réglementaire et

<sup>8</sup> Vergelijk met : RASE, L., Arrêt du Conseil d'Etat n° 200.731 du 10 février 2010. Incompétence du Conseil d'Etat pour substituer son appréciation à celle de l'autorité compétente sauf erreur manifeste d'appréciation. Non-rétroactivité d'une mesure disciplinaire [à l'égard d'un professeur de l'enseignement officiel], Scolanews 2010, 4-6.

l'obligation de fonder l'analyse sur les principes du droit de la concurrence, d'une violation des principes méthodologiques et des objectifs du cadre réglementaire, d'une violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive-accès, d'une violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre, d'une violation de l'article 16 de la directive-cadre en combinaison avec la Recommandation 2014, d'une violation de l'article 8 de la directive-accès, d'une violation du principe de proportionnalité, d'une violation du principe de diligence, d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une violation de l'obligation de motivation matérielle, du principe de diligence et de l'obligation de motivation.

Le quatrième moyen n'est pas fondé.

In de mate dat TELENET de CRC ten kwade duidt dat zij ten onrechte bepaalde keuzes heeft gemaakt (zoals bijvoorbeeld dat de CRC de markt opdeelt in platformspecifieke markten en uit dat gegeven besluit dat de kabeloperatoren als AMM moeten aangeduid worden) betreft de grief een keuze die de CRC heeft gemaakt en die zij motiveert. De vraag of deze beslissing niet anders kon zijn mits een andere motivering, tast de wettelijkheid en de regelmatigheid van de beslissing niet aan. Dergelijke beslissing is conform aan de door TELENET geciteerde rechtsnormen en zij is afdoende gemotiveerd. Zoveel mogelijk rekening houden met opmerkingen van de Europese Commissie impliceert niet dat de CRC geen eigen beslissing zou mogen nemen die afwijkt van voornoemde opmerkingen. Het is noch onjuist, noch onredelijk om rekening te houden met bepaalde omstandigheden andere dan deze die door TELENET worden vooropgezet <sup>9</sup>.

Enkel een manifeste beoordelingsfout kan gesanctioneerd worden en TELENET toont niet aan dat een dergelijke manifeste beoordelingsfout werd gemaakt <sup>10</sup> die tevens een schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), een miskennis van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren, een miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, een schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, een schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn, een schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, een schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, een schending van het proportionaliteitsbeginsel, een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, een schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, een schending van de materiële motiveringsplicht en het

<sup>9</sup> Vergelijk met: R.v.St. 27 mei 2002, <http://www.raadvst-consetat.be> arrest nr. 107.009.

<sup>10</sup> Vergelijk met : R.v.St. 28 juni 2012, CDPK 2013, 500; <http://www.raadvst-consetat.be> arrest nr. 220.052.

zorgvuldigheidsprincipe en een schending van de motiveringsplicht zou uitmaken.

Het vierde middel is niet gegrond.

Le fait de « *nier les objectifs* » est à son tour un choix que la CRC pouvait légalement faire et le fait que d'autres choix étaient possibles, n'est pas de nature à constituer une erreur manifeste d'appréciation (pour les mêmes motifs que mentionnés ci-dessus).

Il en est de même pour la prétendue violation des principes méthodologiques et des objectifs du cadre réglementaire, de la violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive-accès, de la violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre, de la violation de l'article 16 de la directive-cadre en combinaison avec la recommandation de 2014, de la violation de l'article 8 de la directive-accès, d'une violation du principe de proportionnalité, d'une violation du principe de diligence, d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une violation de l'obligation de motivation matérielle du principe de diligence et de l'obligation de motivation. Tous ces griefs se rapportent à un choix que la CRC pouvait faire conformément au cadre réglementaire.

Même s'il s'avérerait que certains choix seraient désavantageux pour TELENET ou d'autres opérateurs, cette factualité n'est pas de nature à qualifier la légalité et la régularité de l'examen comme étant une erreur manifeste ou une erreur manifeste d'appréciation.

Les critères de Airtours / Impala ont été développés par la Cour de justice de l'Union européenne afin de déterminer si un marché tend à une coordination tacite entre oligopoles. Les soi-disant « critères Airtours » fournissent des indices qui peuvent compléter la méthode utilisée pour évaluer la domination conjointe dans le secteur ; la constatation d'une PSM ne doit cependant pas être basé sur une stricte application de (seulement) les critères Airtours.

La Commission européenne a confirmé littéralement (voir le dossier administratif de la CRC): « *Cette analyse est fondée sur les critères Airtours , précisés par- la suite par la Cour de justice de l'UE dans les arrêts Impala I et II et sur les caractéristiques de marché énumérées à l'annexe II de la directive «cadre», qui peuvent notamment être utilisées pour étayer la constatation selon laquelle un marché donné est de nature à entraîner une coordination tacite. »*

Le Régulateur décide souverainement si la décision est fondée sur une motivation qui n'est pas affectée par des défauts énumérés ci - dessus.

TELENET ne démontré pas que l'analyse de PSM par la CRC ferait l'objet d'une erreur manifeste.

Le cinquième moyen n'est pas fondé.

Het “*miskennen van doelstellingen*” maakt op zijn beurt een keuze uit die de CRC wettelijk kon maken en waarbij andermaal de omstandigheid dat andere keuzes mogelijk waren niet van aard is om een kennelijke beoordelingsfout uit te maken (om dezelfde motieven als hiervoor aangehaald).

Hetzelfde geldt met betrekking tot de beweerde miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, de schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, de schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn, de schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, de schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, de schending van het proportionaliteitsbeginsel, de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, de schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, de schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe en de schending van de motiveringsplicht. Al deze genoemde grieven hebben betrekking op een keuze die de CRC heeft gemaakt, daar waar deze keuze door de CRC volgens het toepasselijk reglementair kader kon gemaakt worden.

Ook al zou het zo zijn dat bepaalde keuzes ongelukkig zijn voor TELENET of bepaalde andere operatoren, dan nog is deze feitelijkheid niet van aard om de legaliteit en de regelmatigheid van deze beoordeling te kwalificeren als zijnde een kennelijke of manifeste beoordelingsfout.

De criteria van Airtours/Impala werden door het Hof van Justitie van de EU ontwikkeld om te bepalen of een markt neigt naar stilzwijgende coördinatie tussen oligopolisten. De zogenaamde “*Airtours criteria*” reiken dus aanwijzingen aan die de werkwijze, gehanteerd om een gezamenlijke machtspositie te beoordelen in de sector, kunnen aanvullen; de vaststelling van een gezamenlijke AMM moet echter niet berusten op een strikte toepassing van (enkel) deze Airtours criteria.

De Europese Commissie heeft dit letterlijk bevestigd (zie administratief dossier CRC) : « *Cette analyse est fondée sur les critères Airtours, précisés par la suite par la Cour de justice de l'UE dans les arrêts Impala I et II et sur les caractéristiques de marché énumérées à l'annexe II de la directive-cadre, qui peuvent notamment être utilisées pour étayer la constatation selon laquelle un marché donné est de nature à entraîner une coordination tacite.* »

Het staat de Regulator vrij te beslissen mits de beslissing geschraagd is door een motivering die niet aangetast is door de gebreken zoals hiervoor opgesomd.

TELENET toont niet aan dat de analyse van gezamenlijke AMM van de CRC manifest fout is.

Het vijfde middel is niet gegrond.

Le grief que la CRC aurait tenu compte « de façon insuffisante » avec les produits de gros disponibles en amont est basé sur une critique sur une appréciation souveraine de la CRC sans démontrer que cette appréciation serait affectée par une erreur manifeste ou une erreur manifeste d'appréciation qui serait en même temps une violation de l'obligation de tenir compte au maximum des observations formulées par la Commission européenne (article 7 (7) La directive-cadre), d'une violation des objectifs du cadre réglementaire et l'obligation de fonder l'analyse sur les principes du droit de la concurrence, d'une violation des principes méthodologiques et des objectifs du cadre réglementaire, d'une violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive-accès, d'une violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre, d'une violation de l'article 16 de la directive-cadre en combinaison avec la Recommandation 2014, d'une violation de l'article 8 de la directive-accès, d'une violation du principe de proportionnalité, d'une violation du principe de diligence, d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une violation de l'obligations de motivation matérielle du principe de diligence et de l'obligation de motivation.

Le sixième moyen n'est pas fondé.

De grief dat de CRC "onvoldoende" rekening zou gehouden hebben met de stroomopwaarts beschikbare wholesaleproducten berust op de kritiek, op een soevereine appreciatie van de CRC zonder dat aangetoond wordt dat deze appreciatie zou aangetast zijn door een kennelijke of manifeste beoordelingsfout die tevens een schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), een miskennis van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren, een miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, een schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, een schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn, een schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, een schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, een schending van het proportionaliteitsbeginsel, een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, een schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, een schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe en een schending van de motiveringsplicht zou uitmaken.

Het zesde middel is niet gegrond.

La question de savoir si l'obligation autonome d'accès à large bande et l'obligation de fournir un accès aux mécanismes OoS de qualité de service en EuroDOCSIS nécessaires pour la téléphonie fixe, ne sont pas nécessaires pour permettre aux opérateurs alternatifs de concurrencer sur le marché de détail et qu'un taux pour les profils à large bande de 150 Mbps soit fixé, est encore une fois une appréciation du choix souverain qui appartient à la CRC et dont il n'est pas établi que ce choix soit entaché d'une erreur manifeste ou d'une erreur manifeste d'appréciation qui serait en même temps une violation de l'obligation de tenir compte au maximum des observations formulées par la Commission européenne (article 7 (7) La directive-cadre), d'une violation des objectifs du cadre réglementaire et l'obligation de fonder l'analyse sur les principes du droit de la concurrence, d'une violation des principes méthodologiques et des objectifs du cadre réglementaire, d'une violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directiveaccès, d'une violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre, d'une violation de l'article 16 de la directive-cadre en combinaison avec la Recommandation 2014, d'une violation de l'article 8 de la directiveaccès, d'une violation du principe de proportionnalité, d'une violation du principe de diligence, d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une violation de l'obligation de motivation matérielle, du principe de diligence et de l'obligation de motivation.

La CRC rend plausible que l'accès correspond à une demande réelle et évolutive du marché et qu'il est nécessaire afin d'éliminer des obstacles à la concurrence.

TELENET en tous cas, ne prouve pas que ces exigences ont des répercussions disproportionnées et injustes, financièrement ou techniquement.

Le sixième moyen n'est pas fondé.

De vraag of 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 er één tarief wordt vastgesteld voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps, is andermaal een feitenappreciatie die tot de soevereine beoordeling van de CRC behoort en waarvan de gedane keuze geen blijk geeft van een kennelijke of manifeste beoordelingsfout die tevens een schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), een miskennis van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de

verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren, een miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, een schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, een schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn, een schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, een schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, een schending van het proportionaliteitsbeginsel, een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, een schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, een schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe en een schending van de motiveringsplicht zou uitmaken.

De CRC maakt aannemelijk dat de toegang beantwoordt aan een reële en evoluerende vraag op de markt en noodzakelijk is om concurrentiebelemmeringen weg te werken.

TELENET bewijst alleszins niet dat deze verplichtingen een disproportionele en onevenredige impact hebben, noch financieel, noch technisch.

Het zevende middel is niet gegrond.

Il en est de même pour le choix qu'a fait la CRC de ne pas définir un marché distinct pour le secteur d'affaires et de ne pas réduire les obligations réglementaires pour les câblo-opérateurs au segment des consommateurs et de limiter les opportunités de Telenet pour accéder au réseau Proximus pour la fourniture de services aux clients d'affaires.

En tous cas TELENET ne prouve pas le besoin pour assurer la concurrence de faire une distinction entre les secteurs résidentiels et commerciaux. L'accès au réseau Proximus n'est pas interdit s'il y a une demande d'accès raisonnable formulée en tenant compte de l'impact possible à long terme sur la concurrence.

TELENET ne démontre aucune erreur manifeste et ne prouve pas l'impact que ces mesures auraient spécifiquement sur elle.

Le huitième et le neuvième moyen sont non fondés - pour les mêmes raisons que le septième moyen -.

Hetzelfde geldt met betrekking tot de keuze van de CRC om geen afzonderlijke markt voor het zakelijke segment te definiëren en de regelgevende verplichtingen voor de kabeloperatoren niet tot het consumentensegment te beperken en om de mogelijkheden van Telenet om

toegang te hebben tot het netwerk van Proximus met het oog op het verlenen van diensten aan zakelijke klanten te beperken.

TELENET bewijst alleszins geen noodzakelijkheid voor de mededinging om een onderscheid te maken tussen de residentiële en zakelijke segmenten. De toegang tot het netwerk van Proximus wordt niet verboden indien er een redelijk toegangsverzoek wordt geformuleerd waarbij rekening wordt gehouden met de mogelijke impact op de concurrentie op lange termijn.

TELENET toont geen kennelijke beoordelingsfout aan en bewijst niet welke impact deze maatregelen *in concreto* op haar zouden hebben.

Het achtste en negende middel zijn – om dezelfde motieven als het zevende middel - niet gegrond.

TELENET ne démontre pas comment la CRC aurait commis une erreur manifeste d'appréciation du marché de détail pour la diffusion de la télévision par le fait de définir soi-disant ce marché de façon trop restrictive et ne démontre pas que le marché de détail ne tend pas vers une concurrence effective et que le marché de gros remplit encore les conditions pour une réglementation ex ante. Une fois de plus, il s'agit d'une critique de la décision souveraine elle-même, mais TELENET ne prouve pas (et ne rend même pas plausible) que la CRC aurait commis une erreur manifeste ou une erreur manifeste d'appréciation qui serait en même temps une violation de l'obligation de tenir compte au maximum des observations formulées par la Commission européenne (article 7 (7) La directive-cadre), d'une violation des objectifs du cadre réglementaire et l'obligation de fonder l'analyse sur les principes du droit de la concurrence, d'une violation des principes méthodologiques et des objectifs du cadre réglementaire, d'une violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive-accès, d'une violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre, d'une violation de l'article 16 de la directive-cadre en combinaison avec la Recommandation 2014, d'une violation de l'article 8 de la directive-accès, d'une violation du principe de proportionnalité, d'une violation du principe de diligence, d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une violation de l'obligations de motivation matérielle, du principe de diligence et de l'obligation de motivation.

La CRC fait valoir à juste titre qu'elle a tenu compte des commentaires de Telenet dans la décision attaquée et que l'ABC et la Commission européenne n'ont pas formulés des commentaires concernant cette analyse.

Le dixième moyen n'est pas fondé.

TELENET toont niet aan hoe de CRC een kennelijke beoordelingsfout begaat door de retailmarkt voor televisieomroep beweerdelijk te eng te definiëren en niet aan te tonen dat de retailmarkt niet naar daadwerkelijke concurrentie neigt en de wholesalem Markt nog in aanmerking komt voor ex ante regelgeving. Andermaal betreft het een kritiek op de soevereine beslissing zelf maar TELENET bewijst niet (en maakt zelfs niet afdoende aannemelijk) dat de CRC een kennelijke of manifeste beoordelingsfout zou maken die tevens een schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), een miskennis van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren, een miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, een schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, een schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn, een schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, een schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, een schending van het proportionaliteitsbeginsel, een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, een schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, een schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe en een schending van de motiveringsplicht zou uitmaken.

De CRC betoogt terecht dat ze heeft rekening gehouden met de opmerkingen van TELENET in de bestreden beslissing en dat de BMA en de Europese Commissie geen opmerkingen hadden betreffende deze analyse.

Het tiende middel is niet gegrond.

Pour les mêmes motifs, l'incompatibilité alléguée entre l'analyse des marchés de gros du haut débit et ceux du marché de gros de la radiodiffusion n'est pas de nature à créer une erreur manifeste ou une erreur manifeste d'appréciation qui serait en même temps une violation de l'obligation de tenir compte au maximum des observations formulées par la Commission européenne (article 7 (7) La directive-cadre), d'une violation des objectifs du cadre réglementaire et l'obligation de fonder l'analyse sur les principes du droit de la concurrence, d'une violation des principes méthodologiques et des objectifs du cadre réglementaire, d'une violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directiveaccès, d'une violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre, d'une violation de l'article 16 de la directive-cadre en combinaison avec la Recommandation 2014, d'une violation de l'article 8 de la directiveaccès, d'une violation du principe de proportionnalité, d'une violation du principe de diligence, d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une violation de l'obligations de motivation matérielle, du principe de diligence et de l'obligation de motivation.

La CRC ne devait pas analyser un marché distinct et définir l'accès au marché de gros pour « l'IPTV » de Proximus.

Le onzième moyen n'est pas fondé.

Om dezelfde redenen is de beweerde inconsistentie tussen de analyse van de wholesale breedbandmarkten en deze van de wholesale omroepmarkt niet van aard om een kennelijke beoordelingsfout uit te maken die tevens een schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), een miskennis van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren, een miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, een schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, een schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn, een schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, een schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, een schending van het proportionaliteitsbeginsel, een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, een schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, een schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe en een schending van de motiveringsplicht zou uitmaken.

De CRC diende geen aparte markt te analyseren en te definiëren voor wholesaletoeegang tot het IPTV van Proximus.

Het elfde middel is niet gegrond.

Le grief que les *tarifs transitoires* (en attendant l'élaboration d'un modèle de coûts) pour l'accès en gros pour le câble sont basés sur un taux d'alignement injustifié de Brutélé et la comparaison avec les taux de SFR en France est une fois de plus une critique de l'appréciation souveraine et n'est pas de nature à constituer une erreur manifeste ou une erreur manifeste d'appréciation qui serait en même temps une violation de l'obligation de tenir compte au maximum des observations formulées par la Commission européenne (article 7 (7) La directive-cadre), d'une violation des objectifs du cadre réglementaire et l'obligation de fonder l'analyse sur les principes du droit de la concurrence, d'une violation des principes méthodologiques et des objectifs du cadre réglementaire, d'une violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive accès, d'une violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre, d'une violation de l'article

16 de la directive-cadre en combinaison avec la Recommandation 2014, d'une violation de l'article 8 de la directive-accès, d'une violation du principe de proportionnalité, d'une violation du principe de diligence, d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une violation de l'obligations de motivation matérielle, du principe de diligence et de l'obligation de motivation.

Le douzième moyen n'est pas fondé.

De grief dat de overgangstarieven (in afwachting van de ontwikkeling van een kostenmodel) voor de wholesaletoeegang tot de kabel steunen op een ongerechtvaardigde afstemming op de tarieven van Brutélé en vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk is andermaal een kritiek op een soevereine beoordeling en niet van aard om een kennelijke beoordelingsfout uit te maken die tevens een schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), een miskennis van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren, een miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, een schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, een schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn, een schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, een schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, een schending van het proportionaliteitsbeginsel, een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, een schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, een schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe en een schending van de motiveringsplicht zou uitmaken.

Het twaalfde middel is niet gegrond.

La thèse selon laquelle la CRC imposerait à TELENET de maintenir deux canaux pour les bénéficiaires de l'accès et pour le choix du spectateur / consommateur est aussi une critique de l'appréciation souveraine et pas de nature à constituer une erreur manifeste ou une erreur manifeste d'appréciation qui serait en même temps une violation de l'obligation de tenir compte au maximum des observations formulées par la Commission européenne (article 7 (7) La directive-cadre), d'une violation des objectifs du cadre réglementaire et l'obligation de fonder l'analyse sur les principes du droit de la concurrence, d'une violation des principes méthodologiques et des objectifs du cadre réglementaire, d'une violation du principe de proportionnalité combiné avec l'article 8 (4) de la directive-accès, d'une

violation de l'article 8 (5) (a) de la directive-cadre, d'une violation de l'article 16 de la directive-cadre en combinaison avec la Recommandation 2014, d'une violation de l'article 8 de la directive-accès, d'une violation du principe de proportionnalité, d'une violation du principe de diligence, d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une violation de l'obligation de motivation matérielle, du principe de diligence et de l'obligation de motivation.

Le treizième moyen n'est pas fondé.

De stelling dat de CRC TELENET verplicht om twee televisiekanalen vrij te houden voor begunstigen van toegang en voor de keuzemogelijkheid van de kijker/consument is evenzo een kritiek op een soevereine beoordeling en niet van aard om een kennelijke beoordelingsfout uit te maken die tevens een schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), een miskenning van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren, een miskenning van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, een schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, een schending van artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn, een schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, een schending van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, een schending van het proportionaliteitsbeginsel, een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, een schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, een schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe en een schending van de motiveringsplicht zou uitmaken.

Het dertiende middel is niet gegrond.

**VI.4. Les prétendues fautes d'appréciation manifestes selon BRUTELE et NETHYS / de beweerde manifeste beoordelingsfouten volgens BRUTELE en NETHYS :**

**VI.4.1. Les moyens de BRUTELE et NETHYS en ordre principal / de middelen van BRUTELE en NETHYS in hoofdorde :**

Ces parties font valoir / deze partijen laten gelden :

*"MOYEN 3*

*Annulation de la réglementation de l'accès central et de la radiodiffusion incluse dans les Décisions Contestées pour violation de l'article 8(2) et (5) de la Directive cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et au caractère adéquat*

*de la réglementation, du principe du raisonnable et de proportionnalité, et de l'obligation de motivation formelle, étant donné que le Régulateur ne démontre pas que les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle ne sont pas effectivement et durablement concurrentiels de sorte qu'une intervention en matière de réglementation ex ante sur les marchés de gros situés en amont est nécessaire.*

*Branche 1. Annulation de la partie de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles relative à la réglementation de l'accès central pour violation de l'article 8(2) et (5) de la Directive cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et au caractère adéquat de la réglementation, du principe du raisonnable et de proportionnalité, et de l'obligation de motivation formelle, étant donné que le Régulateur ne démontre pas que le marché de détail du haut débit n'est pas effectivement et durablement concurrentiel de sorte qu'une intervention en matière de réglementation ex ante sur les marchés de gros situés en amont est nécessaire.*

*Branche 2. Annulation de la Décision Contestée Radiodiffusion Française, de la Décision Contestée Radiodiffusion Néerlandaise, de la Décision Contestée Radiodiffusion Germanophone ainsi que de la partie de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles relative à la radiodiffusion pour violation de l'article 8(2) et (5) de la Directive cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et au caractère adéquat de la réglementation, du principe du raisonnable et de proportionnalité, et de l'obligation de motivation formelle, étant donné que le Régulateur ne démontre pas que le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle n'est pas effectivement et durablement concurrentiel de sorte qu'une intervention en matière de réglementation ex ante sur les marchés de gros situés en amont est nécessaire.*

*Motifs : L'objectif de toute intervention en matière de réglementation ex ante étant de procurer des avantages à l'utilisateur final en rendant les marchés de détail effectivement concurrentiels de manière durable, une telle intervention ne se justifie que dès lors que les marchés de détail concernés ne sont pas concurrentiels dans une perspective d'avenir sans une telle réglementation. Or, le Régulateur commet un certain nombre d'erreurs (définitions des marchés de détail incorrectes ou incomplètes) qui rendent impossible une analyse consciencieuse de la situation concurrentielle au niveau de détail, avec pour conséquence un défaut de motivation patent dans le chef du Régulateur."*

BRUTELE et NETHYS invoquent que les décisions attaquées violent l'article 8(2) et (5) de la Directive cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et au caractère adéquat de la réglementation, le principe du raisonnable et de proportionnalité, et l'obligation de motivation formelle.

L'article 8 de la Directive Cadre dispose en son point (2):

*« Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment:*

a) en veillant à ce que les utilisateurs, y compris les personnes handicapées, les personnes âgées et les personnes ayant des besoins sociaux spécifiques, retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité;

b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu;

c) [...]

d) en encourageant l'utilisation et la gestion efficaces des radiofréquences et des ressources de numérotation. »

et en son point (5) :

« Afin de poursuivre les objectifs visés aux paragraphes 2, 3 et 4, les autorités réglementaires nationales appliquent des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, dont les suivants:

a) promouvoir la prévisibilité réglementaire en assurant une approche réglementaire cohérente sur des périodes de révision appropriées;

b) veiller à ce que, dans des circonstances similaires, il n'y ait pas de discrimination dans le traitement des entreprises fournissant des réseaux et services de communications électroniques;

c) préserver la concurrence au profit des consommateurs et promouvoir, s'il y a lieu, une concurrence fondée sur les infrastructures;

d) promouvoir des investissements efficaces et des innovations dans des infrastructures nouvelles et améliorées, notamment en veillant à ce que toute obligation d'accès tienne dûment compte du risque encouru par les entreprises qui investissent et en permettant diverses modalités de coopération entre les investisseurs et ceux qui recherchent un accès, afin de diversifier le risque d'investissement, tout en veillant à ce que la concurrence sur le marché et le principe de non-discrimination soient respectés;

e) tenir dûment compte de la diversité des situations en matière de concurrence et de consommation dans les différentes zones géographiques d'un État membre;

f) n'imposer des obligations de réglementation ex ante que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, et suspendre ou supprimer celles-ci dès que cette condition est satisfaite. »

En l'espèce BRUTELE et NETHYS ne contestent pas que la CRC ait appliqué des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés mais que la CRC commettrait un certain nombre d'erreurs (définitions des marchés de détail incorrectes ou incomplètes) qui rendent impossible une analyse consciencieuse de la situation concurrentielle au

niveau de détail, avec pour conséquence un défaut de motivation patent dans le chef du Régulateur.

BRUTELE en NETHYS laten gelden dat de bestreden beslissingen artikel 8 (2) en (5) van de kaderrichtlijn schenden met betrekking tot de noodzaak om de concurrentie en de toereikendheid van de regelgeving te beschermen, en het principe van redelijkheid en proportionaliteit, en de verplichting tot formele motivering.

Artikel 8 van de kaderrichtlijn bepaalt in punt (2):

*“De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:*

*a) zij zorgen ervoor dat de gebruikers, met inbegrip van gebruikers met een handicap, oudere gebruikers en gebruikers met speciale sociale behoeften optimaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;*

*b) zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is, met inbegrip van de doorgifte van inhoud;*

*c) [...]*

*d) zij bevorderen efficiënt gebruik en zorgen voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en de nummervoorraad.”*

en in punt (5) :

*“Bij het nastreven van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde beleidsdoelstellingen passen de nationale regelgevende instanties objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen toe, onder meer op de volgende wijze:*

*a) zij bevorderen de voorspelbaarheid van de regelgeving door te zorgen voor een consistente aanpak in de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden;*

*b) zij waarborgen dat er bij gelijke omstandigheden geen discriminatie plaatsvindt bij de behandeling van ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken en -diensten leveren;*

*c) zij beschermen de concurrentie in het belang van de consument, en bevorderen waar nodig een op infrastructuur gebaseerde concurrentie;*

*d) zij bevorderen efficiënte investeringen en innovatie in nieuwe en betere infrastructuur, onder meer door te zorgen dat er in de toegangsverplichtingen voldoende rekening wordt gehouden met het door de investering genomen risico en door verschillende samenwerkingsafspraken tussen investeerders en partijen die toegang willen hebben, toe te staan om het investeringsrisico te*

spreads, waarbij ervoor wordt gezorgd dat de concurrentie op de markt en het non-discriminatiebeginsel worden gevrijwaard;

e) zij houden naar behoren rekening met de uiteenlopende omstandigheden die wat betreft concurrentie en consumenten in de verschillende geografische gebieden binnen een lidstaat bestaan;

f) zij leggen regelgevende verplichtingen ex ante uitsluitend daar op waar geen effectieve en duurzame concurrentie is en zij verlichten de verplichtingen of heffen deze op zodra er wel aan die voorwaarde is voldaan.”

#### VI.4.2. Décision de la Cour : Beslissing van het Hof :

Le fait de caractériser (et non de définir) des marchés de détail situés en aval des marchés de gros régulés correspond aux exigences du cadre réglementaire tel qu'interprétées de manière constante par la jurisprudence.

La CRC fait valoir à ce sujet :

1. *Sur un moyen parfaitement identique à celui des requérantes, la Cour a jugé que :*

*« lorsqu'il s'agit de définir un marché de gros (...), l'IBPT n'est pas tenu de définir ni d'analyser le ou les marchés de détail en aval. En revanche, selon la Recommandation, le point de départ de la définition et du recensement d'un marché de gros est la **caractérisation** du marché de détail, sur une durée déterminée, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre »<sup>11</sup>.*

2. *La différence entre la caractérisation d'un marché de gros et l'analyse de marché proprement dite n'est pas que sémantique : la caractérisation d'un marché de détail n'a pas pour objet d'identifier une entreprise disposant d'une puissance significative et de la réguler :*

*« De regulator dient op de relevant geachte kleinhandelsmarkt(en) - die zelf niet voor ex-ante regulering in aanmerking komt - immers geen operator met AMM te identificeren alvorens een stroomopwaartse groothandelsmarkt te kunnen analyseren en reguleren »<sup>12</sup>.*

3. *La caractérisation du marché de détail doit permettre d'identifier les dysfonctionnements présents au niveau de détail :*

*« L'IBPT (...) n'était tenu de considérer le marché de détail que dans la mesure nécessaire pour assurer l'adéquation des remèdes à leur objectif*

<sup>11</sup> Bruxelles, 30 juin 2009, 2006/AR/2332 e.a., point 47. La CRC souligne. Voy. égal. Bruxelles, 15 février 2011, 2010/AR/2003 e.a., point 48 ; 16 mai 2012, 2010/AR/2003 e.a., point 108 ; Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, points 17 et 47.

<sup>12</sup> Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 45.

*ultime, qui est d'apporter des avantages au consommateur final en rendant les marchés de détail concurrentiels de manière durable »<sup>13</sup>.*

4. *Vu l'objectif poursuivi, la tâche du régulateur est plus souple que ce que requiert une analyse de marché stricto sensu :*

*« Het regelgevend kader verplicht de regulator evenwel, (...), niet tot eenzelfde exhaustieve definitie en analyse als deze die vereist is voor de te reguleren markt zelf »<sup>14</sup>.*

5. *Le degré de précision de cette caractérisation est laissé à l'appréciation du régulateur :*

*« Het hof stelt vast dat in dit verband er geen wettelijke voorschriften gelden die de draagwijdte van het vereiste niveau van karakterisering van de kleinhandelsmarkt door de regulator preciseren, zodat de regulator in dit verband over een zekere beoordelingsmarge beschikt. Dit wordt met name geïllustreerd door het feit dat de manier waarop de karakterisering van de relevante kleinhandelsmarkt wordt benaderd door onderscheiden NRI's niet uniform is »<sup>15</sup>.*

6. *Le choix du régulateur de se concentrer sur certaines caractéristiques n'est d'ailleurs pas de nature à biaiser l'analyse du marché de gros en amont :*

*« Het hof is niet overtuigd dat een selectieve karakterisering van de eindgebruikersmarkt op zichzelf noodzakelijk leidt tot een gebrekkige definitie van de groothandelsmarkten of een asymmetrische en discriminerende regulering »<sup>16</sup>.*

7. *L'obligation de caractériser – et non de définir – le marché de détail en aval lorsque le régulateur s'apprête à réguler un marché de gros en amont n'est donc pas, comme semblent le soutenir Brutélé et Nethys<sup>17</sup>, une invention de la CRC.*

*Par ailleurs, l'article 16 de la directive « cadre » n'impose aucunement de mener un exercice complet de définition et d'analyse de marché (en l'occurrence, des marchés de détail) qui ne font pas l'objet de la régulation.*

*En réalité, Brutélé et Nethys entretiennent une confusion quant aux exigences méthodologiques (notamment en termes de motivation) d'une analyse de marché au sens strict, qui vise les marchés qu'il est question de réguler, et la caractérisation d'un marché de détail en aval du marché que l'on entend réguler.*

<sup>13</sup> Bruxelles, 16 mai 2012, 2010/AR/2003, point 108. Voy. égal. Bruxelles, 30 juin 2009, 2006/AR/2332, point 47 ; Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 45.

<sup>14</sup> Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 45.

<sup>15</sup> Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 46.

<sup>16</sup> Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 69.

<sup>17</sup> Conclusions de synthèse de Nethys et Brutélé, §§ 63 et 68.

8. Dès lors qu'elle a appliqué les enseignements de cette jurisprudence, la CRC n'a pas commis aucune erreur manifeste d'appréciation ni aucune erreur de droit.

La CRC a mené l'exercice de caractérisation des marchés de détail de manière approfondie et minutieuse ; elle a adéquatement motivé sa décision ; en laissant ouverte la question de l'étendue géographique du marché de détail ; les marchés de produits de détail sont correctement caractérisés ; l'analyse concurrentielle des marchés de détail a fait l'objet d'une analyse approfondie ; l'analyse concurrentielle du marché de détail du haut débit non résidentiel a fait l'objet d'une analyse spécifique et approfondie ; elle est adéquatement motivée et ne révèle aucune erreur manifeste d'appréciation.

Dans la mesure où les critiques concernent des choix effectués par la CRC – alors que cette dernière dispose d'une appréciation souveraine – le moyen supposerait un contrôle par la Cour des marchés, des éléments de fait, des considérations économiques et techniques.

Le recours devant la Cour des marchés n'est pas comparable à un appel ordinaire de nature à remettre en cause les éléments de fait et de droit et de demander ainsi à la Cour des marchés de substituer son appréciation en fait à l'appréciation souveraine qui a été effectuée par le Régulateur.

Le recours doit être distingué d'un appel ordinaire au sens du Code judiciaire.

Certes, la juridiction de la Cour des marchés est plus étendue que celle du Conseil d'Etat en son article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat.

Mais, cette juridiction particulière qui est attribuée à la Cour des marchés par la *lex specialis* n'en fait cependant pas « une juridiction d'appel (ordinaire) avec la compétence de pouvoir réformer la décision entreprise en second degré de juridiction ».

Par "*appel ordinaire*" la Cour des marchés entend l'appel porté devant toute juridiction instaurée par le Code judiciaire qui est appelée à statuer sur le litige en vertu d'un recours qui est formé contre une décision rendue par un juge de l'ordre judiciaire en première instance et en vertu de la compétence dont dispose ce juge d'appel (faisant usage du principe de l'effet dévolutif) de revoir le litige en fait et en droit et de « re-statuer » c'est-à-dire de réexaminer la cause en fait et en droit, le cas échéant en prenant en considération de nouveaux moyens et arguments ainsi qu'en ayant égard à d'autres ou de nouvelles pièces justificatives, le tout en fonction de l'évolution de la cause en fait et en droit (éventuellement même eu égard à une nouvelle législation entrée en vigueur depuis l'acte introductif d'instance).

La loi spécifie bien que la pleine juridiction inclut la compétence de substituer à la décision attaquée sa propre décision.

La substitution de la décision de la Cour des marchés en lieu et place de la décision du régulateur (en l'espèce de la CRC) n'est donc pas le principe même du recours, mais bien au contraire une faculté.

La Cour des marchés exerce un contrôle juridictionnel (en un seul degré de juridiction) sur les décisions de certaines autorités administratives, mais avant de pouvoir examiner s'il y a lieu de substituer à la décision attaquée sa propre décision, il faut que la décision attaquée soit irrégulière ou illégale *sensu lato*.

La Cour des marchés ne doit pas se prononcer sur les griefs qui ne mettent en cause que des questions de politique ou d'opportunité. Il ne relève donc pas du pouvoir d'une juridiction de compléter ce qui peut être décidé et ce qui a été décidé de manière discrétionnaire par le Régulateur (en l'espèce la CRC).

La Cour des marchés limite le contrôle aux questions de savoir si les prescriptions de la procédure et les conditions de la motivation sont respectées, elle contrôle la régularité et la légalité de la décision en ce compris le respect des principes généraux de bonne administration *sensu lato*.

Quant au fond de la cause, la Cour limite le contrôle à la question de savoir si les faits sont reproduits de manière exacte et s'il n'y a pas une appréciation manifestement inexacte des faits et si la qualification juridique des faits est exacte, la pleine juridiction implique la possibilité de les constater, de les contrôler et de rectifier les éventuelles fautes commises lors de leur constatation. La Cour apprécie si les motifs invoqués par le Régulateur constituent un cadre de faits pertinents en vue de pouvoir mener à la décision attaquée et si ces faits et éléments factuels *sensu lato* peuvent servir de base aux conclusions qui en sont tirées.

La Cour des marchés ne reconsidère donc pas si oui ou non les faits de la cause en ce compris les considérations économiques et techniques ne pourraient pas donner lieu à une quelconque autre décision.

En décider autrement reviendrait à attribuer à la Cour des marchés les compétences d'un Régulateur et de violer ainsi le principe de la séparation des pouvoirs.

La CRC est une autorité administrative faisant partie du pouvoir exécutif.

Dans la mesure où des autorités administratives sont légalement autorisées à prendre des décisions dont certaines ont une portée équivalente à celle des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, il est impératif qu'un recours juridictionnel soit instauré par le législateur afin de garantir au justiciable (fût-ce un opérateur Télécom) un recours devant une juridiction faisant partie de l'ordre judiciaire.

Il s'ensuit que la Cour des marchés ne peut donc substituer sa décision à celle du Régulateur que lorsque la Cour constate que la décision du Régulateur est

illégal ou irrégulière (par exemple lorsqu'un quelconque principe de bonne administration serait violé par la décision administrative attaquée).

En l'espèce, BRUTELE et NETHYS ne développent aucun moyen invoquant une quelconque irrégularité ou illégalité de la décision attaquée.

Le recours critique les décisions de la CRC en ce que la CRC n'aurait pas suivi la thèse de certains opérateurs (tels BRUTELE et NETHYS) commettant ainsi prétendument *un certain nombre d'erreurs (définitions des marchés de détail incorrectes ou incomplètes) qui rendent impossible une analyse consciencieuse de la situation concurrentielle au niveau de détail, avec pour conséquence un défaut de motivation patent dans le chef du Régulateur.*

Il s'agit donc d'une demande à la Cour des marchés de statuer comme « Régulateur Télécom d'appel », ce qui n'est pas prévu par la loi. La Cour des marchés ne pourra pas substituer sa décision à celle du Régulateur uniquement à des fins d'opportunité mais bien en cas d'illégalités ou d'un défaut de proportionnalité de la mesure imposée <sup>18</sup>.

Il s'ensuit que le moyen qui est fondé sur une conception juridique différente, manque en droit.

Het karakteriseren (niet het definiëren) van de retail-markten downstream van de gereguleerde wholesale-markt voldoet aan de eisen van de wet en regelgeving zoals consequent geïnterpreteerd door de rechtspraak.

De CRC laat dienaangaande gelden:

1. *Sur un moyen parfaitement identique à celui des requérantes, la Cour a jugé que :*

*« lorsqu'il s'agit de définir un marché de gros (...), l'LBPT n'est pas tenu de définir ni d'analyser le ou les marchés de détail en aval. En revanche, selon la Recommandation, le point de départ de la définition et du recensement d'un marché de gros est la **caractérisation** du marché de*

---

<sup>18</sup> Comparaitre avec : DOC 53 – 2591/001 et 2592/001. Avis du Conseil d'Etat. Pages 165 et suivantes. Le texte suivant est cité en Néerlandais dans les travaux préparatoires. La Cour des marchés cite ce texte à titre informatif. Ce texte ne fait pas partie des considérations de la Cour. « Het hof van Beroep te Brussel zal niet louter omwille van opportunitereidenen zijn beslissing in de plaats kunnen stellen van deze van het Mededingingscollege of de Voorzitter, doch wel omwille van gebreken in de wettigheid of de proportionaliteit van de opgelegde maatregel ».

détail, sur une durée déterminée, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre »<sup>19</sup>.

2. La différence entre la caractérisation d'un marché de gros et l'analyse de marché proprement dite n'est pas que sémantique : la caractérisation d'un marché de détail n'a pas pour objet d'identifier une entreprise disposant d'une puissance significative et de la réguler :

« De regulator dient op de relevant geachte kleinhandelsmarkt(en) - die zelf niet voor ex-ante regulering in aanmerking komt - immers geen operator met AMM te identificeren alvorens een stroomopwaartse groothandelsmarkt te kunnen analyseren en reguleren »<sup>20</sup>.

3. La caractérisation du marché de détail doit permettre d'identifier les dysfonctionnements présents au niveau de détail :

« L'IBPT (...) n'était tenu de considérer le marché de détail que dans la mesure nécessaire pour assurer l'adéquation des remèdes à leur objectif ultime, qui est d'apporter des avantages au consommateur final en rendant les marchés de détail concurrentiels de manière durable »<sup>21</sup>.

4. Vu l'objectif poursuivi, la tâche du régulateur est plus souple que ce que requiert une analyse de marché stricto sensu :

« Het regelgevend kader verplicht de regulator evenwel, (...), niet tot eenzelfde exhaustieve definitie en analyse als deze die vereist is voor de te reguleren markt zelf »<sup>22</sup>.

5. Le degré de précision de cette caractérisation est laissé à l'appréciation du régulateur :

« Het hof stelt vast dat in dit verband er geen wettelijke voorschriften gelden die de draagwijdte van het vereiste niveau van karakterisering van de kleinhandelsmarkt door de regulator preciseren, zodat de regulator in dit verband over een zekere beoordelingsmarge beschikt. Dit wordt met name geïllustreerd door het feit dat de manier waarop de karakterisering van de relevante kleinhandelsmarkt wordt benaderd door onderscheiden NRI's niet uniform is »<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Bruxelles, 30 juin 2009, 2006/AR/2332 e.a., point 47. La CRC souligne. Voy. égal. Bruxelles, 15 février 2011, 2010/AR/2003 e.a., point 48 ; 16 mai 2012, 2010/AR/2003 e.a., point 108 ; Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, points 17 et 47.

<sup>20</sup> Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 45.

<sup>21</sup> Bruxelles, 16 mai 2012, 2010/AR/2003, point 108. Voy. égal. Bruxelles, 30 juin 2009, 2006/AR/2332, point 47 ; Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 45.

<sup>22</sup> Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 45.

<sup>23</sup> Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 46.

6. *Le choix du régulateur de se concentrer sur certaines caractéristiques n'est d'ailleurs pas de nature à biaiser l'analyse du marché de gros en amont :*

*« Het hof is niet overtuigd dat een selectieve karakterisering van de eindgebruikersmarkt op zichzelf noodzakelijk leidt tot een gebrekkige definitie van de groothandelsmarkten of een asymmetrische en discriminerende regulering »<sup>24</sup>.*

7. *L'obligation de caractériser – et non de définir – le marché de détail en aval lorsque le régulateur s'apprête à réguler un marché de gros en amont n'est donc pas, comme semblent le soutenir Brutélé et Nethys<sup>25</sup>, une invention de la CRC.*

*Par ailleurs, l'article 16 de la directive « cadre » n'impose aucunement de mener un exercice complet de définition et d'analyse de marché (en l'occurrence, des marchés de détail) qui ne font pas l'objet de la régulation.*

*En réalité, Brutélé et Nethys entretiennent une confusion quant aux exigences méthodologiques (notamment en termes de motivation) d'une analyse de marché au sens strict, qui vise les marchés qu'il est question de réguler, et la caractérisation d'un marché de détail en aval du marché que l'on entend réguler.*

8. *Dès lors qu'elle a appliqué les enseignements de cette jurisprudence, la CRC n'a pas commis aucune erreur manifeste d'appréciation ni aucune erreur de droit.*

De CRC heeft de karakterisering van de retailmarkten op grondige en zorgvuldige wijze uitgevoerd; ze heeft adequaat haar beslissing gemotiveerd; door de vraag naar de geografische omvang van de retailmarkt open te laten; de retail productmarkten zijn op passende wijze gekenmerkt; de concurrentie-analyse van de retailmarkten maakt het voorwerp uit van een grondige analyse; de concurrentie-analyse van de niet-residentiële retailmarkt van hoge snelheid was het onderwerp van een specifieke en grondige analyse; de beslissing is afdoende gemotiveerd en geeft geen blijk van enige kennelijke beoordelingsfout.

Voor zover de kritiek betrekking heeft op de keuzes van de CRC - terwijl deze laatste een soevereine beoordelingsbevoegdheid heeft - zou het middel een controle vergen door het Marktenhof van de feiten, van de economische en technische overwegingen.

Het beroep bij het Marktenhof is niet te vergelijken met een gewoon rechtsmiddel van hoger beroep van aard om de feiten en het recht ter discussie te stellen en aldus aan het Marktenhof te verzoeken om zijn beoordeling van

<sup>24</sup> Bruxelles, 3 décembre 2014, 2011/AR/2421, point 69.

<sup>25</sup> Conclusions de synthèse de Nethys et Brutélé, §§ 63 et 68.

de feiten in de plaats te stellen van de soevereine appreciatiebevoegdheid die toekomt aan de Regulator.

Het beroep moet worden onderscheiden van een gewoon rechtsmiddel van hoger beroep in de zin van het Gerechtelijk Wetboek.

De rechtsmacht van het Marktenhof is uitgebreider dan deze van de Raad van State zoals gesteld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 betreffende de Raad van State.

Maar deze bijzondere bevoegdheid toegewezen aan het Marktenhof door de *lex specialis* maakt van het Marktenhof niet "een (gewoon) hof van beroep dat bevoegd is om de bestreden beslissing in een tweede aanleg te hervormen."

Met "*gewoon hoger beroep*" bedoelt het Marktenhof het beroep gebracht voor elke jurisdictie die door het Gerechtelijk Wetboek aangewezen is om recht te spreken over de zaak op basis van een verhaal dat tegen een beslissing van een rechter van de rechterlijke orde gewezen in eerste aanleg wordt ingediend en dit op basis van de rechtsmacht van deze appelrechter (die gebruik maakt van het devolutief karakter) met het oog op het herzien van het geding in feite en in rechte en met het oog op het "her-oordelen" dit wil zeggen het opnieuw beoordelen van het geschil in feite en in rechte door, desgevallend nieuwe middelen en argumenten in aanmerking te nemen alsmede desgevallend, nieuwe of andere bewijsstukken, alles in functie van de evolutie die het geschil in feite en in rechte ondergaat (desgevallend zelfs ingevolge het in werking treden van nieuwe wetgeving sedert het inleiden van het geding).

De wet bepaalt dat de volle rechtsmacht zich uitstrekt tot de bevoegdheid om de eigen beslissing in de plaats te stellen van de bestreden beslissing.

Het in de plaats stellen van haar eigen beslissing door het Marktenhof in de plaats van de beslissing van de Regulator (in dit geval van de CRC) is dus niet het principe van het verhaal, maar enkel een mogelijkheid.

Het Marktenhof oefent rechterlijke controle (in één enkele aanleg) uit over de beslissingen van bepaalde bestuurlijke overheden, maar alvorens te kunnen overwegen om een beslissing te vervangen door haar eigen beslissing, is het noodzakelijk dat de bestreden beslissing ofwel onregelmatig ofwel onwettelijk *sensu lato* is.

Het Marktenhof moet geen uitspraak doen over grieven die enkel beleidsopties of betwistingen inzake opportuniteit betreffen. Het vervolledigen van wat beslist werd en het beslissen wat op discretionaire wijze door de Regulator (hier de CRC) beslist werd, behoort dus niet tot de rechtsmacht van het Marktenhof.

Het Marktenhof beperkt zijn controle tot de vragen of de eisen van de procedure en de voorwaarden van de motivatie zijn voldaan, het controleert de wettigheid en regelmatigheid van de beslissing, waaronder de naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur *sensu lato*.

Wat de grond van de zaak betreft beperkt het Marktenhof zijn controle tot de vraag of de feiten nauwkeurig weergegeven zijn; of er geen kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten en de juridische kwalificatie van de feiten geschied is. De volle rechtsmacht impliceert de mogelijkheid om deze vast te stellen, om ze te controleren en eventuele fouten die gemaakt werden te corrigeren. Het Marktenhof apprecieert of de door de Regulator aangevoerde redenen een relevant feitenkader uitmaken en zij de bestreden beslissing kunnen schragen en of de feiten en feitelijke elementen *sensu lato* als basis kunnen dienen voor de daaruit getrokken conclusies.

Het Marktenhof heroverweegt dus niet of de feiten van de zaak – daarin begrepen de technische en economische overwegingen – al dan niet konden aanleiding geven tot een andere beslissing.

Er anders over oordelen zou van aard zijn om het Marktenhof de bevoegdheden te geven van een Regulator en aldus de regels van de scheiding der machten te schenden.

De CRC is een bestuursorgaan dat deel uitmaakt van de uitvoerende macht.

In de mate dat de bestuurlijke overheden wettelijk bevoegd zijn om beslissingen te nemen, waarvan sommige een gelijkwaardige strekking hebben als deze van de rechtbanken van de rechterlijke macht, is het noodzakelijk dat een jurisdictioneel verhaal wordt ingesteld door de wetgever om de rechtzoekende (zelfs al is dit een Telecom operator) een beroep op een rechter die deel uitmaakt van de rechterlijke orde, te waarborgen.

Hieruit volgt dat het Marktenhof zijn beslissing niet in de plaats kan stellen van deze van de Regulator tenzij deze beslissing van de Regulator onwettelijk of onregelmatig is (bijvoorbeeld wanneer een beginsel van behoorlijk bestuur geschonden zou worden door de bestreden administratieve beslissing).

Te dezen ontwikkelen BRUTELE en NETHYS geen middel dat betrekking heeft op enige onregelmatigheid of onwettigheid van de bestreden beslissing.

Het verhaal bekritiseert de beslissingen van de CRC in die zin als zou de CRC het standpunt van bepaalde operatoren (zoals BRUTELE en NETHYS) niet gevolgd hebben en als zou de CRC aldus naar verluidt *een aantal fouten (onjuiste of onvolledige definities van de retailmarkten) hebben begaan die een grondige analyse van de concurrentiële situatie op het niveau van de detailhandel onmogelijk maken, met als gevolg een duidelijk motivatiegebrek van de kant van de Regulator.*

Het gaat dus om een vraag gericht aan het Marktenhof om te oordelen als een "beroeps Telecom Regulator ", hetgeen niet is voorzien door de wet. Het Marktenhof kan zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van de Regulator alleen ten behoeve van motieven van opportuniteit, doch integendeel enkel in het geval van onwettelijkheid of gebrek aan evenredigheid van de opgelegde maatregel.

Hieruit volgt dat het middel is gebaseerd op een andere juridische aanpak, faalt naar recht.

VI.4.3. Le nouveau développement par NETHYS et BRUTELE du 3<sup>ème</sup> moyen / de nieuwe ontwikkeling van het 3<sup>de</sup> middel van NETHYS en BRUTELE:

Lors de l'audience de plaidoiries du 29 mai 2019, les parties NETHYS et BRUTELE ont déposé des pièces complémentaires et ont sollicité la faculté de pouvoir conclure sur l'impact de ces pièces sur leur recours.

La Cour a autorisé les parties NETHYS, BRUTELE et la CRC à conclure sur ce point. Les parties ont plaidé sur cet incident à l'audience du 26 juin 2019.

NETHYS et BRUTELE font valoir :

*«... les Pièces 4.6 à 4.9 démontrent et renforcent le troisième moyen à titre principal de Brutélé et de Nethys, à savoir le fait que le Régulateur n'a pas pu valablement conclure à l'existence d'un problème concurrentiel au niveau de détail de nature à justifier l'imposition d'obligations réglementaires. Ce défaut de motivation adéquate entraîne la nullité des Décisions Contestées.»*

BRUTÉLÉ et NETHYS ont reçu trois versions de leurs parts de marché nationales sur le marché de détail de la radiodiffusion, respectivement le 10 août 2017, le 3 mai 2019 et le 28 mai 2019. La première version est contredite par la deuxième, la deuxième version est contredite par la troisième et le rapport entre la première version et la troisième est incertain vu que les données de la première version ne sont pas datées.

La CRC répond notamment :

*« 2. Les versions confidentielles des décisions contestées présentent les parts de marché de la radiodiffusion télévisuelle au niveau national sous la forme de fourchettes. Nethys et Brutélé ne contestent pas ces fourchettes.*

*3. Les valeurs nominales, sur la base desquelles les fourchettes ont été déterminées, ne font pas partie de la motivation reprise dans les décisions contestées. Aucune disposition légale n'imposait à la CRC d'y inclure les valeurs nominales plutôt que des fourchettes. Nethys et Brutélé ne reprochent d'ailleurs pas à la CRC d'avoir utilisé, dans les décisions contestées, des fourchettes plutôt que des valeurs nominales. Aucune erreur manifeste d'appréciation ni défaut de motivation ne peut donc être retenu sur ce point.*

4. En cours de consultation publique, Nethys et Brutélé ont demandé à l'IBPT de leur communiquer les valeurs nominales sur la base desquelles les fourchettes du marché de la radiodiffusion télévisuelle au niveau national, reprises à l'annexe E du projet, ont été déterminées. Cette annexe portait sur l'année 2016. Une demande similaire de Nethys a été adressée par courrier au CSA. L'IBPT, en concertation avec le CSA, a fourni les données individuelles respectives de Nethys et Brutélé (une réponse similaire a été adressée par le CSA à Nethys, pour ce qui le concerne). Ces données se situent dans les fourchettes – [10-20%] et [0-5%] – reprises dans les projets soumis à consultation. Nethys et Brutélé n'ont pas contesté ces données ni les fourchettes correspondantes.

5. [...]

6. Le CSA a fourni, en concertation avec l'IBPT et le Medienrat, les données le 3 mai 2019 (une réponse similaire leur a été adressée par l'IBPT et le Medienrat, pour ce qui les concerne). Une erreur matérielle s'est cependant glissée dans les tableaux communiqués à Nethys et Brutélé. Les données ont été retranscrites avec un décalage dans les colonnes correspondantes desdits tableaux (les données pour l'année 2015 ont été copiées deux fois, dans les colonnes 2015 et 2016, les données 2016 ont été copiées dans la colonne 2017, et les données 2017 n'ont pas été copiées). Il faut cependant être très clair : cette erreur n'a pas pu induire Nethys et Brutélé en erreur quant à la compréhension qu'elles pouvaient avoir de ce tableau 7. La différence en valeur nominale est, en effet, négligeable (entre 0 et 1%) et les fourchettes utilisées dans le tableau 7 demeurent correctes, nonobstant l'erreur contenues dans ces courriers.

[...]

Le CSA a transmis le 28 mai 2019 une version rectifiée des courriers. Les données fournies sont cohérentes avec les fourchettes reprises dans les décisions contestées, et, pour ce qui concerne l'année 2016, identiques à celles communiquées par l'IBPT et le CSA le 10 août 2017.

Il faut constater que disposant de toutes les informations sollicitées, Nethys et Brutélé ne contestent toujours pas les fourchettes utilisées dans les décisions contestées. Aucune erreur manifeste d'appréciation ni défaut de motivation ne peut donc être retenu sur ce point

[...]

8. Pour le reste, la concluante n'aperçoit pas – et Nethys et Brutélé n'expliquent pas – comment des courriers postérieurs à l'adoption d'une décision administrative, qui plus est émanant du CSA, c'est-à-dire d'une autre autorité administrative que celle qui l'a adoptée, pourraient remettre en cause la légalité des décisions adoptées par la CRC. L'absence d'explications de la part de Nethys et de Brutélé est d'autant plus étonnante que cette interrogation a été expressément soulevée par la Cour lors de l'audience du 29 mai 2019. »

Dans la mesure où la CRC fait valoir - sans être contredite sur ce point - que les décisions attaquées ont été prises sur la base des fourchettes qui ne sont pas contestées par NETHYS et BRUTELE et qui ne sont en rien modifiées par la communication des parts de marché exactes et correctes, il y a lieu de constater que le moyen manque en fait et n'est donc pas fondé.

Tijdens de terechtzitting van 29 mei 2019 hebben NETHYS en BRUTELE aanvullende documenten neergelegd en verzocht dat hen de mogelijkheid zou gegeven worden om te concluderen over de impact van deze stukken op hun verhaal.

Het Hof liet de partijen NETHYS, BRUTELE en CRC toe te concluderen op dit punt. De partijen hebben over het incident gepleit op de terechtzitting van 26 juni 2019.

NETHYS en BRUTELE laten gelden:

*«... les Pièces 4.6 à 4.9 démontrent et renforcent le troisième moyen à titre principal de Brutélé et de Nethys, à savoir le fait que le Régulateur n'a pas pu valablement conclure à l'existence d'un problème concurrentiel au niveau de détail de nature à justifier l'imposition d'obligations réglementaires. Ce défaut de motivation adéquate entraîne la nullité des Décisions Contestées.»*

BRUTELE en NETHYS kregen drie versies van hun nationale marktaandeelen in de retail radio-omroepmarkt, respectievelijk op 10 augustus 2017, op 3 mei 2019 en op 28 mei 2019. De eerste versie wordt tegengesproken door de tweede, de tweede versie wordt tegengesproken door de derde en de verhouding tussen de eerste versie en de derde is onzeker omdat de gegevens van de eerste versie niet worden gedateerd.

De CRC antwoordt onder meer:

*« 2. Les versions confidentielles des décisions contestées présentent les parts de marché de la radiodiffusion télévisuelle au niveau national sous la forme de fourchettes. Nethys et Brutélé ne contestent pas ces fourchettes.*

*3. Les valeurs nominales, sur la base desquelles les fourchettes ont été déterminées, ne font pas partie de la motivation reprise dans les décisions contestées. Aucune disposition légale n'imposait à la CRC d'y inclure les valeurs nominales plutôt que des fourchettes. Nethys et Brutélé ne reprochent d'ailleurs pas à la CRC d'avoir utilisé, dans les décisions contestées, des fourchettes plutôt que des valeurs nominales. Aucune erreur manifeste d'appréciation ni défaut de motivation ne peut donc être retenu sur ce point.*

4. En cours de consultation publique, Nethys et Brutélé ont demandé à l'IBPT de leur communiquer les valeurs nominales sur la base desquelles les fourchettes du marché de la radiodiffusion télévisuelle au niveau national, reprises à l'annexe E du projet, ont été déterminées. Cette annexe portait sur l'année 2016. Une demande similaire de Nethys a été adressée par courrier au CSA. L'IBPT, en concertation avec le CSA, a fourni les données individuelles respectives de Nethys et Brutélé (une réponse similaire a été adressée par le CSA à Nethys, pour ce qui le concerne). Ces données se situent dans les fourchettes – [10-20%] et [0-5%] – reprises dans les projets soumis à consultation. Nethys et Brutélé n'ont pas contesté ces données ni les fourchettes correspondantes.

5. [...]

6. Le CSA a fourni, en concertation avec l'IBPT et le Medienrat, les données le 3 mai 2019 (une réponse similaire leur a été adressée par l'IBPT et le Medienrat, pour ce qui les concerne). Une erreur matérielle s'est cependant glissée dans les tableaux communiqués à Nethys et Brutélé. Les données ont été retranscrites avec un décalage dans les colonnes correspondantes desdits tableaux (les données pour l'année 2015 ont été copiées deux fois, dans les colonnes 2015 et 2016, les données 2016 ont été copiées dans la colonne 2017, et les données 2017 n'ont pas été copiées). Il faut cependant être très clair : cette erreur n'a pas pu induire Nethys et Brutélé en erreur quant à la compréhension qu'elles pouvaient avoir de ce tableau 7. La différence en valeur nominale est, en effet, négligeable (entre 0 et 1%) et les fourchettes utilisées dans le tableau 7 demeurent correctes, nonobstant l'erreur contenues dans ces courriers.

[...]

Le CSA a transmis le 28 mai 2019 une version rectifiée des courriers. Les données fournies sont cohérentes avec les fourchettes reprises dans les décisions contestées, et, pour ce qui concerne l'année 2016, identiques à celles communiquées par l'IBPT et le CSA le 10 août 2017.

Il faut constater que disposant de toutes les informations sollicitées, Nethys et Brutélé ne contestent toujours pas les fourchettes utilisées dans les décisions contestées. Aucune erreur manifeste d'appréciation ni défaut de motivation ne peut donc être retenu sur ce point

[...]

8. Pour le reste, la concluante n'aperçoit pas – et Nethys et Brutélé n'expliquent pas – comment des courriers postérieurs à l'adoption d'une décision administrative, qui plus est émanant du CSA, c'est-à-dire d'une autre autorité administrative que celle qui l'a adoptée, pourraient remettre en cause la légalité des décisions adoptées par la CRC. L'absence d'explications de la part de Nethys et de Brutélé est d'autant plus étonnante que cette interrogation a été expressément soulevée par la Cour lors de l'audience du 29 mai 2019. »

In de mate dat de CRC betoogt - zonder op dat punt te worden tegengesproken - dat de bestreden beslissingen genomen zijn op basis van de marges die niet door NETHYS en BRUTELE worden betwist en waaraan niets wordt gewijzigd door de kennisgeving van de exacte en correcte marktaandelen, moet vastgesteld worden dat het middel feitelijke grondslag mist en dus ongegrond is.

**VI.5. Les autres moyens de BRUTELE et NETHYS à titre principal / de andere middelen van BRUTELE en NETHYS in hooforde :**

*MOYEN 4*

*Annulation de la réglementation de l'accès central et de la radiodiffusion sur les réseaux respectifs de Brutélé et de Nethys incluse dans les Décisions Contestées pour violation du principe de personnalité juridique, du devoir de motivation formelle et des principes de proportionnalité, de bonne administration et de non-discrimination, vu que le Régulateur assimile les câblo-opérateurs entre eux (branche 1), et Nethys et Brutélé entre elles (branche 2), échouant ainsi à établir que Nethys et Brutélé jouissent, chacune, d'une puissance significative sur un marché justifiant qu'elles soient assujetties à des obligations réglementaires.*

*Motifs : Eu égard aux faibles parts de marché des Concluantes et à leur attitude agressive en matière de prix sur les marchés de détail, le Régulateur ne parvient à justifier leur assujettissement à des obligations réglementaires qu'en les assimilant entre elles ou en les assimilant à Telenet. Le Régulateur se contente de constater des tendances générales dont il tire des conclusions particulières pour les Concluantes. Ce faisant, le Régulateur ignore la personnalité juridique de chacune des Concluantes et ne motive pas les Décisions Contestées de manière adéquate. Le Régulateur méprise également la force de chose jugée de l'arrêt du 25 octobre 2017 par lequel Votre Cour a condamné le fait que le Régulateur traite Nethys et Brutélé tantôt conjointement et tantôt de manière différenciée.*

BRUTELE et NETHYS contestent qu'elles soient considérées comme un opérateur alors qu'elles ont de part et d'autre une personnalité juridique distincte.

La CRC réplique (moyen 8):

*« L'analyse de la position significative individuelle qu'occupent Nethys et Brutélé sur leurs marchés de gros respectifs est adéquatement motivée et ne révèle aucune erreur manifeste d'appréciation ; première branche : la décision contestée n'assimile pas les câblo-opérateurs ou Brutélé et Nethys de sorte que le moyen de Brutélé et Nethys manque en fait et en droit ; deuxième branche : la décision contestée ne méconnaît pas la personnalité juridique distincte de Brutélé et de Nethys ; troisième branche : la décision contestée n'a pas violé la « force de chose jugée » de l'arrêt de la Cour du 25 octobre 2017 ; quatrième*

*branche : la prétendue assimilation de Brutélé et Nethys n'est pas contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination. »*

La décision visée ne procède pas à une assimilation systématique de l'ensemble des câblo-opérateurs, ni à une assimilation systématique de Brutélé à Nethys ou de Nethys à Brutélé.

Les décisions contestées contiennent une analyse spécifique de la position de chacune des entreprises régulées, en fonction de leurs activités respectives. La situation de Nethys est ainsi analysée séparément de celles de Brutélé et de Telenet. Il en va de même pour Brutélé.

Le moyen de Brutélé et Nethys manque dès lors en fait : il est basé sur une analyse factuellement inexacte.

La décision contestée ne méconnaît pas la personnalité juridique distincte de Brutélé et de Nethys, les destinataires de la régulation imposée par la CRC sont clairement identifiés. Les décisions contestées ont été communiquées séparément à Nethys et Brutélé, par porteur à leur siège social respectif. Cette approche respecte la personnalité juridique distincte de Nethys et de Brutélé, et est conforme aux définitions de marchés « par opérateur » retenues dans l'analyse.

La référence que font Nethys et Brutélé à l'arrêt de la cour du 25 octobre 2017 est inadéquate en l'espèce. Nethys et Brutélé sont traitées, dans les décisions ici contestées, comme des « opérateurs distincts », et non pas « comme un seul et unique opérateur dans le cadre des décisions tarifaires », sur lesquelles portait cet arrêt.

La prétendue assimilation de Brutélé et Nethys n'est pas contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination. En traitant tantôt ensemble, tantôt séparément Brutélé et Nethys, la décision contestée ne comporte pas une discrimination parce que Proximus et Telenet feraient toujours l'objet d'un traitement distinct. Certains opérateurs présentent certaines caractéristiques communes qui justifient que, sur certains points, ils soient présentés conjointement. C'est le cas lorsque sont évoquées les offres de détail, qui présentent des caractéristiques communes (à commencer par la marque) pour Brutélé et Nethys ; c'est le cas lorsqu'est évoqué l'infrastructure utilisée, qui présente des caractéristiques communes chez Brutélé, Nethys et Telenet ; c'est le cas lorsque sont évoqués les opérateurs alternatifs dénués d'infrastructure propre, les opérateurs historiques présentant a contrario des caractéristiques communes (Brutélé, Nethys, Telenet mais aussi Proximus). En revanche, chacun de ces opérateurs est régulé de manière soigneusement distincte. Cela n'interdit pas de formuler, dans les prémisses du raisonnement, des observations qui sont communes à plusieurs opérateurs (ou à tous).

Le moyen manque en fait et n'est pas fondé.

BRUTELE en NETHYS betwisten dat zij aangezien worden als één enkele operator daar waar zij beiden een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid hebben.

De CRC replikeert hierop (middel 8):

*« L'analyse de la position significative individuelle qu'occupent Nethys et Brutélé sur leurs marchés de gros respectifs est adéquatement motivée et ne révèle aucune erreur manifeste d'appréciation ; première branche : la décision contestée n'assimile pas les câblo-opérateurs ou Brutélé et Nethys de sorte que le moyen de Brutélé et Nethys manque en fait et en droit ; deuxième branche : la décision contestée ne méconnaît pas la personnalité juridique distincte de Brutélé et de Nethys ; troisième branche : la décision contestée n'a pas violé la « force de chose jugée » de l'arrêt de la Cour du 25 octobre 2017 ; quatrième branche : la prétendue assimilation de Brutélé et Nethys n'est pas contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination. »*

De geïndiceerde beslissing gaat niet over tot een systematische assimilatie van alle kabelexploitanten, noch tot een systematische assimilatie van Brutélé ten overstaan van Nethys of van Nethys ten overstaan van Brutélé.

De bestreden beslissingen bevatten een specifieke analyse van de positie van elk van de gereguleerde bedrijven, in functie van hun respectieve activiteiten. De situatie van Nethys is afzonderlijk van deze van Brutélé en van deze van Telenet geanalyseerd. Hetzelfde geldt ten overstaan van Brutélé.

Het middel mist feitelijke grondslag, het middel steunt op een onjuiste beoordeling van de feiten.

De bestreden beslissing miskent de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van Brutélé en Nethys niet. De bestemmelingen van de regulering opgelegd door de CRC zijn duidelijk omschreven. De betwiste beslissingen werden afzonderlijk aan Nethys en Brutélé per drager ter kennis gebracht op hun respectievelijke zetel. Deze aanpak respecteert de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van Nethys en Brutélé, en is in overeenstemming met de definities van de markten "per operator" zoals gebruikt in de analyse.

De verwijzingen die Brutélé en Nethys maken naar het arrest van het hof van 25 oktober 2017 is te dezen ontoereikend. Nethys en Brutélé worden in de hier bestreden beslissingen als "aparte operators" behandeld en niet "als één enkele operator in het kader van de tarief-beslissingen", waarop het genoemde arrest betrekking had.

De beweerde assimilatie tussen BRUTELE en NETHYS is niet in strijd met de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Bij de behandeling soms samen, soms apart van Nethys en Brutélé, bevatten de bestreden beslissingen geen discriminatie omdat Proximus en Telenet ook nog onderworpen worden

aan een afzonderlijke behandeling. Sommige operatoren hebben gemeenschappelijke kenmerken die rechtvaardigen dat ze - in sommige opzichten - samen worden voorgesteld.

Dit is het geval wanneer het gaat om retail-aanbiedingen, met gemeenschappelijke kenmerken (om te beginnen wat het merk betreft) wat Brutélé en Nethys aangaat; dit is het geval wanneer het gaat om de gebruikte infrastructuur, die gemeenschappelijke kenmerken bevat wat betreft Brutélé, Nethys en Telenet; dit is het geval wanneer er sprake is over alternatieve operatoren zonder eigen infrastructuur, de historische operatoren vertonen *a contrario* gemeenschappelijke kenmerken (Brutélé, Nethys Telenet maar ook Proximus). Echter, elk van deze operatoren wordt zorgvuldig afzonderlijk gereguleerd. Dit sluit niet uit dat de formulering, in de redeneringen, in de waarnemingen, gemeenschappelijk kan zijn voor verschillende operatoren (of helemaal niet).

Het middel mist feitelijke grondslag en is niet gegrond.

#### MOYEN 5

*Annulation de la réglementation de l'accès central et de la radiodiffusion sur les réseaux respectifs de Brutélé et de Nethys incluse dans les Décisions Contestées pour violation de l'article 8(2) et (5) de la Directive cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et au caractère adéquat de la réglementation, du principe du raisonnable et de proportionnalité et du devoir de motivation formelle, étant donné que Brutélé et Nethys ont fait des offres commerciales de gros raisonnables et suffisantes sur les marchés de gros de l'accès central sur câble et de la radiodiffusion qui rendent inutiles leur réglementation sur ces marchés.*

*Motifs : Le cadre réglementaire prévoit que le Régulateur ne peut imposer des obligations de réglementation ex ante que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable. Or, les Concluantes ont fait des offres commerciales de gros équilibrées et suffisantes sur les marchés de gros de l'accès central sur câble et de la radiodiffusion, permettant ainsi aux opérateurs alternatifs intéressés d'avoir accès aux infrastructures nécessaires pour pouvoir être concurrentiels sur les marchés situés en aval à des conditions raisonnables. Le caractère raisonnable de ces offres est indéniable, celles-ci se fondant sur des paramètres décidés par le Régulateur lui-même. Cette possibilité d'accès commercial aux infrastructures respectives des Concluantes à des conditions raisonnables rend inutile et donc injustifiée toute régulation des marchés de gros de l'accès central sur câble et de la radiodiffusion en ce qui concerne les Concluantes.*

La CRC a tenu compte de la négociation que Nethys et Brutélé ont entamée avec Orange et en a conclu que celle-ci n'est pas de nature en remettre en cause l'existence des problèmes concurrentiels structurels affectant le

fonctionnement des marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion télévisuelle.

NETHYS et BRUTÉLÉ avaient l'obligation de satisfaire les demandes raisonnables d'accès en négociant de bonne foi avec Orange, en vertu de la décision du 1<sup>er</sup> juillet 2011 (§§ 895 et suivants des décisions), toujours en vigueur à ce moment-là. Elles n'ont donc pas entamé ces négociations de leur plein gré.

La CRC fait valoir - sans être contesté sur ce récit factuel - :

*« La négociation que Nethys et Brutélé ont malgré tout menée avec Orange, à l'initiative de celle-ci, n'a pas permis à un accord d'émerger.*

*Orange avait proposé à Nethys et Brutélé de continuer à appliquer les tarifs pratiqués par celles-ci, ce qui pouvait sembler prima facie raisonnable eu égard à l'analyse faite par la CRC dans le cadre de la consultation publique relative à la décision contestée. Nethys et Brutélé ont refusé, conduisant à la fin des négociations.*

*Par après, Nethys et Brutélé ont proposé d'appliquer les tarifs de gros nettement plus élevés que Telenet. La Commission européenne a considéré que ce prix était trop élevé et devait être diminué. Nethys et Brutélé ont ensuite proposé d'appliquer les tarifs déterminés par la décision du 19 février 2016 pour la période « après la phase de lancement ». Cela aurait cependant conduit à appliquer des tarifs aussi élevés que ceux appliqués par Telenet, considérés comme trop élevés par la Commission européenne dans ses observations sur le projet de décision. Un tel tarif ne constituait donc pas une « nouvelle » proposition et s'apparentait donc plutôt à un refus d'accès « déguisé ».*

*Que ces tarifs aient initialement été calculés par le régulateur ne change pas ce constat. La CRC ne voit pas pourquoi le fait d'avoir calculé par le passé, et le cas échéant défendu, ces tarifs, signifierait qu'elle serait contrainte ensuite, dans d'autres circonstances et en dépit de l'avis de la Commission européenne, de considérer qu'ils forment nécessairement la base immuable d'une offre raisonnable dans le cadre de la nouvelle analyse de marché, que les requérantes ont appelé, de tous leurs vœux, dans différents recours.*

*Il est donc permis de se demander dans quelle mesure, vu ces propositions, les requérantes ont négocié de bonne foi.*

*129. Le récit de Brutélé et Nethys quant à ses relations avec Orange d'une part, et quant au sort de la régulation tarifaire annulée d'autre part, ne permettent pas d'échapper à l'observation selon laquelle les négociations commerciales n'ont donné aucun résultat.*

*Prétendre que cela fonctionnerait mieux sans aucune régulation est pour le moins illusoire. La récente condamnation de Telenet par la Cour d'appel d'Anvers le confirme.*

*130. En tout état de cause, les tarifs proposés par Nethys et Brutélé n'ont pas été acceptés par Orange, de sorte que la Cour ne peut pas prendre pour acquis*

*que les prix proposés par Nethys et Brutélé dans ce cadre-là étaient « raisonnables », ces prix étant plus élevés que celui du tarif transitoire considéré par la CRC comme « équitable » dans l'attente de l'élaboration d'un modèle de coûts.*

*Le fait que Brutélé et Nethys renvoient la responsabilité de l'échec des négociations à Orange ne peut suffire à rassurer quant à la possibilité que les propositions de Nethys et Brutélé étaient raisonnables et qu'il y aurait là une réponse suffisante aux problèmes structurels de concurrence sur le marché.*

*131. Par ailleurs, la CRC ne conteste pas que le fait de développer des offres de gros peut être avantageux pour Brutélé et Nethys.*

*Elle conteste en revanche que cela soit la volonté de Nethys et Brutélé – à tout le moins, les faits ne permettent pas de s'en convaincre suffisamment.*

*Elles contestent également que le fait qu'une obligation d'accès soit imposée à ces opérateurs représente pour eux un inconvénient particulièrement coûteux ; Nethys et Brutélé ne développent d'ailleurs pas cette affirmation, pas plus qu'elles ne détaillent ce en quoi consiste le « handicap financier et concurrentiel » qui résulterait des obligations réglementaires (dont elles peuvent bénéficier dans les zones dans lesquelles elles ne sont pas actives).*

*132. Le simple fait d'avoir entamé des négociations n'est donc pas de nature à faire disparaître les dysfonctionnements concurrentiels constatés sur les marchés de gros. »*

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

De CRC heeft rekening gehouden met de onderhandelingen die Nethys en Brutélé zijn begonnen met ORANGE en heeft er uit besloten dat deze niet van aard waren om het bestaan van structurele problemen van concurrentie die van invloed zijn op de werking van groothandelsmarkten of centrale toegang en televisie-uitzendingen in vraag te stellen.

NETHYS en BRUTELE dienden te voldoen aan redelijke verzoeken tot toegang door te goeder trouw met ORANGE te onderhandelen, op grond van de beslissing van 1 juli 2011 (§§ 895 e.v. van de beslissingen), nog steeds van kracht op dat moment. Zij zijn dus niet uit vrije wil met onderhandelen gestart.

Wat dit punt betreft laat de CRC gelden – zonder factueel te worden tegengesproken op dit punt - :

*« La négociation que Nethys et Brutélé ont malgré tout menée avec Orange, à l'initiative de celle-ci, n'a pas permis à un accord d'émerger.*

*Orange avait proposé à Nethys et Brutélé de continuer à appliquer les tarifs pratiqués par celles-ci, ce qui pouvait sembler prima facie raisonnable eu égard à l'analyse faite par la CRC dans le cadre de la consultation publique relative à*

la décision contestée. Nethys et Brutélé ont refusé, conduisant à la fin des négociations.

Par après, Nethys et Brutélé ont proposé d'appliquer les tarifs de gros nettement plus élevés que Telenet. La Commission européenne a considéré que ce prix était trop élevé et devait être diminué. Nethys et Brutélé ont ensuite proposé d'appliquer les tarifs déterminés par la décision du 19 février 2016 pour la période « après la phase de lancement ». Cela aurait cependant conduit à appliquer des tarifs aussi élevés que ceux appliqués par Telenet, considérés comme trop élevés par la Commission européenne dans ses observations sur le projet de décision. Un tel tarif ne constituait donc pas une « nouvelle » proposition et s'apparentait donc plutôt à un refus d'accès « déguisé ».

Que ces tarifs aient initialement été calculés par le régulateur ne change pas ce constat. La CRC ne voit pas pourquoi le fait d'avoir calculé par le passé, et le cas échéant défendu, ces tarifs, signifierait qu'elle serait contrainte ensuite, dans d'autres circonstances et en dépit de l'avis de la Commission européenne, de considérer qu'ils forment nécessairement la base immuable d'une offre raisonnable dans le cadre de la nouvelle analyse de marché, que les requérantes ont appelé, de tous leurs vœux, dans différents recours.

Il est donc permis de se demander dans quelle mesure, vu ces propositions, les requérantes ont négocié de bonne foi.

129. Le récit de Brutélé et Nethys quant à ses relations avec Orange d'une part, et quant au sort de la régulation tarifaire annulée d'autre part, ne permettent pas d'échapper à l'observation selon laquelle les négociations commerciales n'ont donné aucun résultat.

Prétendre que cela fonctionnerait mieux sans aucune régulation est pour le moins illusoire. La récente condamnation de Telenet par la Cour d'appel d'Anvers le confirme.

130. En tout état de cause, les tarifs proposés par Nethys et Brutélé n'ont pas été acceptés par Orange, de sorte que la Cour ne peut pas prendre pour acquis que les prix proposés par Nethys et Brutélé dans ce cadre-là étaient « raisonnables », ces prix étant plus élevés que celui du tarif transitoire considéré par la CRC comme « équitable » dans l'attente de l'élaboration d'un modèle de coûts.

Le fait que Brutélé et Nethys renvoient la responsabilité de l'échec des négociations à Orange ne peut suffire à rassurer quant à la possibilité que les propositions de Nethys et Brutélé étaient raisonnables et qu'il y aurait là une réponse suffisante aux problèmes structurels de concurrence sur le marché.

131. Par ailleurs, la CRC ne conteste pas que le fait de développer des offres de gros peut être avantageux pour Brutélé et Nethys.

Elle conteste en revanche que cela soit la volonté de Nethys et Brutélé – à tout le moins, les faits ne permettent pas de s'en convaincre suffisamment.

Elles contestent également que le fait qu'une obligation d'accès soit imposée à ces opérateurs représente pour eux un inconvénient particulièrement coûteux ; Nethys et Brutélé ne développent d'ailleurs pas cette affirmation, pas plus

*qu'elles ne détaillent ce en quoi consiste le « handicap financier et concurrentiel » qui résulterait des obligations réglementaires (dont elles peuvent bénéficier dans les zones dans lesquelles elles ne sont pas actives).*

*132. Le simple fait d'avoir entamé des négociations n'est donc pas de nature à faire disparaître les dysfonctionnements concurrentiels constatés sur les marchés de gros. »*

Hieruit volgt dat het middel niet gegrond is.

#### MOYEN 6

*Annulation de la réglementation de l'accès central et de la radiodiffusion incluse dans les Décisions Contestées pour violation de l'article 15(3) de la Directive Cadre, de la Recommandation du 9 octobre 2014, du devoir de motivation formelle et du principe de bonne administration, étant donné que, n'étant pas recensés dans la Recommandation du 9 octobre 2014 et ne satisfaisant pas au Test des trois critères, ni les marchés de gros de l'accès central sur câble et de la radiodiffusion ni les marchés de gros de l'accès central élargi et de la radiodiffusion élargi ne peuvent être soumis à une réglementation ex ante.*

*Motifs : Ni le marché de gros de l'accès central sur câble, ni le marché de gros de la radiodiffusion, ni les versions élargies de ces marchés (c'est-à-dire le marché de gros de l'accès central élargi et le marché de gros de la radiodiffusion élargi) ne sont recensés dans la Recommandation du 9 octobre 2014. Partant, pour pouvoir faire l'objet d'une réglementation ex ante, ces marchés doivent nécessairement répondre aux trois critères cumulatifs du Test des trois critères. Or :*

- Le Régulateur n'applique pas du tout le Test des trois critères aux marchés élargis. Il n'est dès lors pas satisfait à ce Test.*
- Concernant les marchés simples, le Régulateur n'applique pas correctement le Test des trois critères puisqu'il refuse de tenir compte des développements futurs certains sur la situation concurrentielle de ces marchés (développement d'infrastructures alternatives, contrainte concurrentielle prévisible exercée par les services OTT, etc.), enfreignant de la sorte son obligation d'opérer une analyse de marché prospective. Le Régulateur échoue également à démontrer que les problèmes qu'il identifie ne peuvent être adéquatement résolus par le droit de la concurrence. Dans de telles circonstances, le Test des trois critères ne peut être satisfait.*

*Partant, ni les marchés de l'accès central sur le câble et de la radiodiffusion ni les marchés de gros de l'accès central élargi et de la radiodiffusion élargi ne peuvent faire l'objet d'une réglementation ex ante.*

La CRC fait valoir que les marchés de gros définis dans la décision répondent aux trois critères identifiés dans la recommandation de la Commission européenne sur les marchés pertinents pour justifier une régulation ex ante, soit parce que, ils sont repris dans la liste annexée à la recommandation de 2014, et que les critères sont présumés remplis, soit parce que, la décision

démontre que ces critères sont remplis ; l'analyse n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation.

S'agissant du marché de l'accès central, le test des trois critères est présumé rempli, en raison de la sélection de ce marché dans la recommandation de 2014. Cette recommandation de 2014 inclut la « *fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation* » comme marché rencontrant les trois critères. Il s'agit du marché 3b.

Le marché 3b inclut les produits d'accès à un débit binaire sur cuivre et fibre. Il peut également inclure des produits de gros d'accès à un débit binaire sur câble.

Le marché 3b doit être défini au regard des « circonstances nationales », en tenant compte de la nécessité d'assurer la « neutralité technologique ».

La CRC fait valoir :

*« 143. En l'espèce, la CRC est partie du marché 3b tel que sélectionné par la Commission européenne et l'a défini en tenant compte de ces deux éléments. Elle a commencé cet exercice de définition en considérant les produits de gros d'accès central servant à une même fin sur le marché de détail et a effectué, entre eux, des tests de substituabilité conformément aux principes du droit de la concurrence. Il en est ressorti deux variantes de l'accès central, l'une sur le cuivre et la fibre, l'autre sur le câble, l'ensemble formant le marché 3b recensé dans la recommandation de 2014.*

*Ce faisant, la CRC est restée dans les limites du périmètre du marché de l'accès central, au regard du principe de neutralité technologique et des éléments dont la Commission européenne a elle-même fait part dans sa note explicative, notamment concernant le marché du câble.*

*Il ne peut dès lors y avoir d'erreur manifeste d'appréciation dans cette approche.*

*144. La pratique réglementaire montre que la déclinaison d'un marché tel que recensé dans une recommandation en fonction des réalités technologiques (le cas échéant, non substituables) n'est pas considérée par la Commission européenne comme une extension hors du périmètre envisagé.*

*La présentation de Brutélé et Nethys est, à cet égard, inexacte. La CRC n'a pas créé « deux marchés jumeaux » mais a défini le marché recensé dans la recommandation de 2014 compte tenu des circonstances nationales et de la neutralité technologique. Ces deux principes sont liés l'un à l'autre puisque l'une des principales caractéristiques nationales est l'existence d'une infrastructure câblée très développée, « dupliquant » l'infrastructure de la paire de cuivre (et de la fibre).*

*La CRC observe en outre que la critique de Brutélé et Nethys n'intègre nullement la question des circonstances nationales et, peut-être plus important encore, celle de la neutralité technologique. Leur position est en effet complètement contraire à ce principe. C'est pour cette seule raison que le marché 3b concerne a priori l'infrastructure originellement « de téléphone » (paire de cuivre et fibre) qu'elles considèrent que leur infrastructure ne pourrait être concernée.*

145. *S'agissant d'un marché énuméré dans la recommandation de 2014, la CRC devait « partir de l'hypothèse que les trois critères sont remplis ». C'est l'hypothèse retenue par la CRC.*

146. *Dès lors que les marchés retenus par la CRC correspondent au marché 3b défini dans les circonstances nationales, le test des trois critères ne devait pas être démontré.*

147. *Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner davantage la première branche du sixième moyen des requérantes. »*

Le moyen manque en droit et est rejeté.

De CRC voerde aan dat de wholesale-markten die in het besluit gedefinieerd zijn voldoen aan de drie criteria die in de aanbeveling van de Europese Commissie over de relevante markten om regelgeving ex ante te rechtvaardigen, hetzij omdat ze zijn opgenomen in de lijst van de aanbeveling van 2014 en de criteria die worden verondersteld om voldaan te zijn, hetzij omdat de beslissing aantoont dat aan deze criteria is voldaan; de analyse is niet aangetast door een kennelijk onjuiste beoordeling.

Met betrekking tot de markt voor de centrale toegang, wordt aan de drie criteria test geacht voldaan te zijn, als gevolg van de selectie van deze markt in de aanbeveling van 2014. Deze aanbeveling 2014 omvat de "wholesale centrale toegang positie bepaald voor consumentenproducten", zoals de markt die voldoet aan de drie criteria. Dit is de markt 3b.

Markt 3b omvat toegang tot een "bitsnelheid" over koper en vezelproducten. Het kan ook producten wholesale toegang op een "bitsnelheid" over kabel omvatten.

De markt 3b moet worden gedefinieerd in termen van "nationale omstandigheden", rekening houdend met de noodzaak om de 'technologische neutraliteit' te waarborgen.

De CRC laat gelden:

*« 143. En l'espèce, la CRC est partie du marché 3b tel que sélectionné par la Commission européenne et l'a défini en tenant compte de ces deux éléments. Elle a commencé cet exercice de définition en considérant les produits de gros d'accès central servant à une même fin sur le marché de détail et a effectué, entre eux, des tests de substituabilité conformément aux principes du droit de la concurrence. Il en est ressorti deux variantes de l'accès central, l'une sur le cuivre et la fibre, l'autre sur le câble, l'ensemble formant le marché 3b recensé dans la recommandation de 2014.*

*Ce faisant, la CRC est restée dans les limites du périmètre du marché de l'accès central, au regard du principe de neutralité technologique et des éléments dont*

*la Commission européenne a elle-même fait part dans sa note explicative, notamment concernant le marché du câble.*

*Il ne peut dès lors y avoir d'erreur manifeste d'appréciation dans cette approche.*

*144. La pratique réglementaire montre que la déclinaison d'un marché tel que recensé dans une recommandation en fonction des réalités technologiques (le cas échéant, non substituables) n'est pas considérée par la Commission européenne comme une extension hors du périmètre envisagé.*

*La présentation de Brutélé et Nethys est, à cet égard, inexacte. La CRC n'a pas créé « deux marchés jumeaux » mais a défini le marché recensé dans la recommandation de 2014 compte tenu des circonstances nationales et de la neutralité technologique. Ces deux principes sont liés l'un à l'autre puisque l'une des principales caractéristiques nationales est l'existence d'une infrastructure câblée très développée, « dupliquant » l'infrastructure de la paire de cuivre (et de la fibre).*

*La CRC observe en outre que la critique de Brutélé et Nethys n'intègre nullement la question des circonstances nationales et, peut-être plus important encore, celle de la neutralité technologique. Leur position est en effet complètement contraire à ce principe. C'est pour cette seule raison que le marché 3b concerne a priori l'infrastructure originellement « de téléphone » (paire de cuivre et fibre) qu'elles considèrent que leur infrastructure ne pourrait être concernée.*

*145. S'agissant d'un marché énuméré dans la recommandation de 2014, la CRC devait « partir de l'hypothèse que les trois critères sont remplis ». C'est l'hypothèse retenue par la CRC.*

*146. Dès lors que les marchés retenus par la CRC correspondent au marché 3b défini dans les circonstances nationales, le test des trois critères ne devait pas être démontré.*

*147. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner davantage la première branche du sixième moyen des requérantes. »*

Het middel faalt naar recht en wordt verworpen.

#### MOYEN 7

*Annulation de la réglementation de l'accès central et de la radiodiffusion (au moins en ce qu'elle concerne les réseaux respectifs de Brutélé et de Nethys) incluse dans les Décisions Contestées pour violation de l'article 8(2) et (5) de la Directive cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et au caractère adéquat de la réglementation, du principe du raisonnable et de proportionnalité, du devoir de motivation formelle et du principe de bonne administration.*

*D'une part, le Régulateur ne démontre pas que le marché de gros de l'accès central, le marché de gros de la radiodiffusion et leurs versions élargies (c'est-à-dire le marché de gros de l'accès central élargi et le marché de gros de la radiodiffusion élargi) ne sont pas effectivement et durablement concurrentiels de*

*sorte qu'une intervention en matière de réglementation ex ante sur ces marchés de gros est nécessaire.*

*D'autre part, le Régulateur se contredit ouvertement dans les définitions des marchés de gros qu'il entend réguler (versions « simples » et « élargies ») et ne démontre donc pas que les marchés de gros situés en amont des marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle ne sont pas effectivement concurrentiels, et partant, n'établit pas qu'une intervention réglementaire ex ante est nécessaire.*

*Motifs : Des obligations réglementaires ex ante ne peuvent être imposées qu'en l'absence de concurrence effective sur les marchés de gros concernés et pour autant que le droit de la concurrence ne puisse pas remédier auxdits problèmes. Déterminer l'existence d'une concurrence effective sur un marché implique nécessairement que ce dernier soit correctement défini. Or, le Régulateur commet un certain nombre d'erreurs (définitions inexistantes ou incohérentes) et se perd dans des contradictions manifestes qui rendent impossible toute analyse consciencieuse de la situation concurrentielle des marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion, tant dans leur acception « simple » que dans leur acception « élargie », avec pour conséquence un défaut de motivation patent dans le chef du Régulateur. Enfin, le Régulateur se contredit ouvertement lorsqu'il analyse, au sein d'une même décision, les hypothèses « simples » des marchés de gros et les hypothèses « élargies » de ceux-ci, ces hypothèses s'excluant mutuellement.*

Pour la CRC / voor de CRC :

*« L'identification de Nethys et de Brutélé comme disposant d'une position de puissance significative sur leur marché de gros respectif repose sur une motivation objective et sérieuse ; Nethys et Brutélé ne démontrent aucune erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la CRC ; le moyen pris d'une analyse erronée contraire à l'obligation de motivation formelle et au principe de bonne administration doit être rejeté. »*

Il s'agit d'une contestation de l'appréciation souveraine du Régulateur. La Cour des marchés ne reconsidère donc pas si oui ou non les faits de la cause en ce compris les considérations économiques et techniques ne pourraient pas donner lieu à une quelconque autre décision (voir ci-devant).

En l'espèce, BRUTELE et NETHYS ne développent aucun moyen invoquant une quelconque irrégularité ou illégalité de la décision attaquée. Le recours critique les décisions de la CRC en ce que la CRC n'aurait pas suivi la thèse de BRUTELE et NETHYS.

Il s'agit donc d'une demande à la Cour des marchés de statuer comme « Régulateur Télécom d'appel », ce qui n'est pas prévu par la loi. La Cour des marchés ne pourra pas substituer sa décision à celle du Régulateur uniquement à des fins d'opportunité mais bien en cas d'illégalités ou d'un

défaut de proportionnalité de la mesure imposée <sup>26</sup>. Ces preuves ne sont pas rapportées en l'espèce.

Il s'ensuit que le moyen qui est fondé sur une conception juridique différente, manque en droit.

Het betreft een betwisting van een soevereine appreciatiebevoegdheid van de Regulator. Het Marktenhof heroverweegt de feiten van de zaak niet om na te gaan of - de technische en economische overwegingen inbegrepen - deze feiten niet zouden kunnen leiden tot een andere beslissing (zie hierboven).

Te dezen ontwikkelen BRUTELE en NETHYS geen enkel middel dat zich beroept op welkdanige onregelmatigheid of onwettigheid van de bestreden beslissing. Het verhaal bekritiseert de beslissingen van de CRC in die mate dat de CRC de eigen stellingen van BRUTELE en NETHYS niet heeft gevolgd.

Het gaat dus om een vraag gericht aan het Marktenhof om te oordelen als een "beroeps Telecom Regulator ", hetgeen niet is voorzien door de wet. Het Marktenhof kan zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van de Regulator alleen ten behoeve van motieven van opportuniteit, doch integendeel enkel in het geval van onwettelijkheid of gebrek aan evenredigheid van de opgelegde maatregel. Deze bewijzen zijn te dezen niet bijgebracht.

Hieruit volgt dat het middel is gebaseerd op een andere juridische aanpak, faalt naar recht.

**VI.6. Les moyens de BRUTELE et NETHYS concernant des mesures correctrices / de middelen van BRUTELE en NETHYS met betrekking tot correctiemaatregelen :**

*MOYEN 8*

*Annulation de la réglementation de l'accès central et de la radiodiffusion sur les réseaux respectifs de Brutélé et de Nethys incluse dans les Décisions Contestées vu que l'imposition de mesures correctrices à Brutélé et à Nethys viole l'article 8(2) et (5) de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique, le principe du raisonnable et le principe de*

<sup>26</sup> Comparaire avec : DOC 53 – 2591/001 et 2592/001. Avis du Conseil d'Etat. Pages 165 et suivantes. Le texte suivant est cité en Néerlandais dans les travaux préparatoires. La Cour des marchés cite ce texte à titre informatif. Ce texte ne fait pas partie des considérations de la Cour. « Het hof van Beroep te Brussel zal niet louter omwille van opportuniteitsredenen zijn beslissing in de plaats kunnen stellen van deze van het Mededingingscollege of de Voorzitter, doch wel omwille van gebreken in de wettigheid of de proportionaliteit van de opgelegde maatregel ».

*proportionnalité ainsi que le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) et, partant, affaiblit la concurrence sur les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle.*

*Motifs : L'objectif ultime de toute intervention en matière de réglementation ex ante est de procurer des avantages à l'utilisateur final en rendant les marchés de détail effectivement concurrentiels de manière durable. Toute intervention réglementaire ex ante qui réduit la concurrence sur les marchés de détail va à contrecourant du cadre réglementaire et doit, en conséquence, être annulée. En l'espèce, les mesures correctrices imposées aux Concluantes les affaiblissent considérablement et abusivement, et inhibent la concurrence sur le marché. Elles contreviennent donc au cadre réglementaire.*

BRUTÉLÉ et NETHYS ne démontrent pas que la régulation serait injustifiée ou discriminatoire, ni qu'elle affaiblirait la pression concurrentielle exercée par ces opérateurs. La régulation ne viole pas le principe du raisonnable et de proportionnalité ; il n'y a aucune différence entre le régime réglementaire en région de Bruxelles-Capitale et en région de langue française.

La CRC fait renvoi à une décision de la cour d'appel du 13 mai 2015 :

*« Il s'ensuit que généralement l'imposition des mesures correctrices ne méconnaît en soi pas le principe de proportionnalité de la régulation, à l'égard d'aucune des parties, qui d'un point de vue de puissance, occupent des positions comparables sur les marchés géographiques respectifs.*

*Le principe de non-discrimination n'a pas été violé non plus du fait que les mêmes remèdes sont appliqués à des opérateurs de tailles différentes, puisque les obligations génériques doivent être assorties de modalités d'application, le cas échéant conçues à la mesure des opérateurs, pour ce qui concerne les aspects techniques et tarifaires »<sup>27</sup>.*

Ce dernier point est particulièrement important pour rencontrer la crainte de Brutélé et Nethys de se voir imposer des mesures coûteuses sur le plan financier et organisationnel.

La régulation n'est donc pas discriminatoire parce qu'elle traiterait identiquement des opérateurs dans une situation différente. Les mécanismes de contrôle de prix intègrent une marge raisonnable pour l'opérateur de gros, et les tarifs de gros seront déterminés en rapport avec la situation particulière (coûts) de chaque opérateur.

La Cour des marchés ne pourra pas substituer sa décision à celle du Régulateur uniquement à des fins d'opportunité mais bien en cas d'illégalités

---

<sup>27</sup> Bruxelles, 13 mai 2015, 2011/AR/2261 e.a., point 182.

ou d'un défaut de proportionnalité de la mesure imposée <sup>28</sup>. Ces preuves ne sont pas rapportées en l'espèce. Le moyen, qui critique une appréciation des faits, sans démontrer une erreur manifeste d'appréciation, n'est pas fondé.

BRUTÉLÉ en NETHYS bewijzen niet dat de regulering ongerechtvaardigd of discriminerend zou zijn, of dat ze de concurrentiële druk uitgeoefend door de operatoren, zou doen afnemen. De regulering schendt het beginsel van de redelijkheid en evenredigheid niet; er is geen verschil tussen de regulering in de regio van Brussel-Hoofdstad en in het Franse taalgebied.

Door de CRC wordt verwezen naar een beslissing van het hof van beroep van 13 mei 2015 :

*« Il s'ensuit que généralement l'imposition des mesures correctrices ne méconnaît en soi pas le principe de proportionnalité de la régulation, à l'égard d'aucune des parties, qui d'un point de vue de puissance, occupent des positions comparables sur les marchés géographiques respectifs.*

*Le principe de non-discrimination n'a pas été violé non plus du fait que les mêmes remèdes sont appliqués à des opérateurs de tailles différentes, puisque les obligations génériques doivent être assorties de modalités d'application, le cas échéant conçues à la mesure des opérateurs, pour ce qui concerne les aspects techniques et tarifaires »<sup>29</sup>.*

Dit laatste punt is vooral belangrijk om de angst van Brutélé en Nethys te beoordelen als zouden hen zware lasten worden opgelegd op het financieel en organisatorisch vlak.

De regulering is dus niet discriminerend omdat zij op dezelfde wijze operatoren zou behandelen die zich in een andere situatie bevinden. Prijs controlemechanismen integreren een redelijke marge voor de wholesale operator en wholesale tarieven worden bepaald in relatie tot de specifieke situatie (kosten) van elke operator.

Het Marktenhof kan zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van de Regulator alleen ten behoeve van motieven van opportuniteit, doch integendeel

<sup>28</sup> Comparaitre avec : DOC 53 – 2591/001 et 2592/001. Avis du Conseil d'Etat. Pages 165 et suivantes. Le texte suivant est cité en Néerlandais dans les travaux préparatoires. La Cour des marchés cite ce texte à titre informatif. Ce texte ne fait pas partie des considérations de la Cour. « Het hof van Beroep te Brussel zal niet louter omwille van opportuniteitsredenen zijn beslissing in de plaats kunnen stellen van deze van het Mededingingscollege of de Voorzitter, doch wel omwille van gebreken in de wettigheid of de proportionaliteit van de opgelegde maatregel ».

<sup>29</sup> Bruxelles, 13 mai 2015, 2011/AR/2261 e.a., point 182.

enkel in het geval van onwettelijkheid of gebrek aan evenredigheid van de opgelegde maatregel. Deze bewijzen zijn te dezen niet bijgebracht.

Het middel dat een feitenappreciatie bekritiseert zonder een bewijs bij te brengen van een manifeste beoordelingsfout, is niet gegrond.

**VI.7. La demande d'annulation partielle en ce qui concerne certaines mesures correctrices (moyens de BRUTELE et NETHYS à titre subsidiaire) / het verzoek tot gedeeltelijke vernietiging wat betreft bepaalde corrigerende maatregelen (middelen van BRUTELE en Nethys in ondergeschikte orde) :**

*MOYEN 1 A TITRE SUBSIDIAIRE*

*Annulation partielle de la Décision Contestée Haut Débit et Radiodiffusion Bruxelles en ce qui concerne l'obligation faite à Brutélé et à Nethys d'accorder à des tiers l'accès à Internet seul (en standalone) pour absence de fondement légal (branche 1) et violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) (branche 2).*

*Motifs : L'obligation d'accorder l'accès à Internet en standalone ne peut être imposée aux Concluantes que pour autant que des problèmes concurrentiels aient effectivement été démontrés sur le marché de détail du haut débit fixe non résidentiel. Tel n'est pas le cas étant donné que les Décisions Contestées ne définissent pas complètement ce marché et échouent à identifier précisément les parts de marché et comportements imputables à Brutélé et à Nethys sur ce marché. En toute hypothèse, Brutélé et Nethys ont une position tellement faible sur les marchés de détail du haut débit que leur imposer une telle obligation est inefficace au regard de l'objectif poursuivi. Cette obligation est également discriminatoire.*

*MOYEN 2 A TITRE SUBSIDIAIRE*

*Annulation partielle des Décisions Contestées en ce qui concerne l'accès de Proximus aux réseaux de Brutélé et de Nethys pour violation de l'article 8(2) et (5) de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique, du principe du raisonnable et de proportionnalité, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) et du devoir de minutie et de bonne administration ainsi que pour défaut de motivation formelle.*

*Motifs : L'octroi au profit de Proximus d'un accès aux réseaux câblés respectifs des Concluantes est déraisonnable car il avantage injustement Proximus aux dépens des Concluantes vu qu'il permet à Proximus de consacrer les investissements dans son réseau aux zones les plus rentables. Cet accès ne se justifie en outre pas étant donné que le Régulateur échoue à démontrer que la*

demande d'accès de Proximus (i) est nécessaire et (ii) répond aux critères imposés par la législation pour déterminer si une telle demande est bien raisonnable.

#### MOYEN 3 A TITRE SUBSIDIAIRE

*Annulation partielle des Décisions Contestées en ce qui concerne l'obligation de contrôle des prix faite à Brutélé et à Nethys pour violation de l'article 8(2) et (5) de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et au caractère adéquat de la réglementation ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution).*

*Motifs : Le Régulateur ne démontre pas que l'obligation de contrôle de prix est nécessaire et qu'en son absence, les conditions tarifaires commerciales seraient nécessairement excessives. Ceci est d'autant plus vrai que l'obligation de contrôle de prix empêche toute négociation commerciale équilibrée.*

#### MOYEN 4 A TITRE SUBSIDIAIRE

*Annulation partielle des Décisions Contestées en ce qui concerne l'obligation de comptabilisation des coûts faite à Brutélé et à Nethys pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution).*

*Motifs : Eu égard à l'organisation comptable de chacune des Concluantes, l'obligation de comptabilisation des coûts qui leur est imposée requiert de leur part des modifications lourdes et coûteuses qui les fragiliseront. Ce faisant, la puissance de leurs concurrents s'en verra renforcée.*

#### MOYEN 5 A TITRE SUBSIDIAIRE

*Annulation partielle des Décisions Contestées en ce qui concerne les aspects opérationnels des mesures correctrices imposées à Brutélé et à Nethys pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe de prévisibilité réglementaire, de sécurité juridique et de bonne administration.*

*Motifs : Les procédures d'installation et de réparation requises par les Décisions Contestées ne sont ni nécessaires ni raisonnables vu que les procédures en place chez les Concluantes répondent déjà aux besoins des opérateurs alternatifs. Il s'agit en outre d'un énième changement à ces processus. Ces multiples changements perturbent l'organisation des Concluantes et enfreignent le principe de sécurité juridique et de prévisibilité réglementaire.*

Ces moyens contestent des appréciations de fait sur le plan économique et technique sans qu'il soit démontré que le Régulateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou qu'il aurait commis une quelconque illégalité *sensu lato* (voir ci-devant).

La Cour des marchés ne pourra pas substituer sa décision à celle du Régulateur uniquement à des fins d'opportunité mais bien en cas d'illégalités ou d'un défaut de proportionnalité de la mesure imposée <sup>30</sup>. Ces preuves ne sont pas rapportées en l'espèce. Les moyens, qui critiquent une appréciation des faits, sans démontrer une erreur manifeste d'appréciation, ne sont pas fondés.

Deze middelen betwisten feitelijke vaststellingen op het economische en technische vlak zonder dat aangetoond wordt dat de Regulator een kennelijke beoordelingsfout maakte of dat hij een onwettigheid *sensu lato* zou hebben begaan (zie hierboven).

Het Marktenhof kan zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van de Regulator alleen ten behoeve van motieven van opportuniteit, doch integendeel enkel in het geval van onwettelijkheid of gebrek aan evenredigheid van de opgelegde maatregel. Deze bewijzen zijn te dezen niet bijgebracht.

Het middel dat een feitenappreciatie bekritiseert zonder een bewijs bij te brengen van een manifeste beoordelingsfout, is niet gegrond.

**VI.8. La demande d'annulation partielle en ce qui concerne les tarifs transitoires (moyens de BRUTELE et NETHYS à titre subsidiaire) -/ Het verzoek tot gedeeltelijke vernietiging wat de overgangstarieven betreft (middelen van BRUTELE en NETHYS in ondergeschikte orde) :**

*MOYEN 1 A TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE*

*Annulation partielle des Décisions Contestées en ce qui concerne les tarifs transitoires pour violation de la force de chose jugée des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 octobre 2017 et/ou violation de l'obligation de motivation formelle qui impose que chaque acte administratif soit fondé sur des motifs dont l'existence factuelle est correctement démontrée et qui peuvent être pris en compte comme justification en droit pour cet acte puisque le Régulateur ne peut pas, à titre transitoire, reprendre les tarifs préférentiels inclus dans des décisions annulées par la Cour d'appel de Bruxelles.*

<sup>30</sup> Comparaitre avec : DOC 53 – 2591/001 et 2592/001. Avis du Conseil d'Etat. Pages 165 et suivantes. Le texte suivant est cité en Néerlandais dans les travaux préparatoires. La Cour des marchés cite ce texte à titre informatif. Ce texte ne fait pas partie des considérations de la Cour. « Het hof van Beroep te Brussel zal niet louter omwille van opportuniteitsredenen zijn beslissing in de plaats kunnen stellen van deze van het Mededingingscollege of de Voorzitter, doch wel omwille van gebreken in de wettigheid of de proportionaliteit van de opgelegde maatregel ».

*Motifs : Les tarifs transitoires adoptés par le Régulateur dans les Décisions Contestées ne sont que la prolongation des tarifs de gros de « phase de lancement » annulés par Votre Cour dans son arrêt du 25 octobre 2017. Leur prolongation viole bien évidemment la force de chose jugée dudit arrêt. En outre, vu l'absence de fondement justifiant légalement cette prolongation, la Décision Contestée, en ce qu'elle applique ces tarifs, n'est pas légalement motivée.*

#### **MOYEN 2 A TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE**

*Annulation partielle des Décisions Contestées en ce qui concerne les tarifs transitoires imposés à Brutélé et à Nethys pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité et de l'article 8(2) et (5) de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique.*

*Motifs : Les tarifs transitoires étant fixés à un niveau extrêmement faible (justifié en 2016 par la nécessité d'octroyer une aide temporaire aux nouveaux entrants), ils ne permettent pas aux Concluantes d'investir dans leurs infrastructures et de couvrir l'ensemble de leurs coûts.*

#### **MOYEN 3 A TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE**

*Annulation partielle des Décisions Contestées en ce qui concerne les tarifs transitoires pour violation des articles 140 et 141 de la Loi relative aux communications électroniques ainsi que de l'article 60 de la Loi SMA ; des articles 91 et 94 du Décret SMA ; des articles 65, 72 et 103, paragraphe 1, du Mediendekret ; et de l'article 192, paragraphe 3, du Mediadecreet étant donné que les tarifs transitoires choisis par le Régulateur dans les Décisions Contestées n'ont pas été soumis à consultation publique préalablement à leur communication à la Commission européenne et à l'Autorité belge de la Concurrence et ce, malgré l'impact considérable de ces tarifs sur la situation concurrentielle tant au niveau de gros que de détail.*

*Motifs : Les tarifs transitoires appliqués depuis l'entrée en vigueur des Décisions Contestées affectent significativement la position concurrentielle des Concluantes et de leurs concurrents. Or, les Concluantes n'ont jamais pu se prononcer sur les différents critères pris en considération par les Décisions Contestées pour déterminer les tarifs transitoires, ces tarifs ayant été décidés après la consultation publique. Vu l'impact considérable de ces tarifs transitoires sur la situation concurrentielle des Concluantes tant au niveau de gros que de détail, ils devaient nécessairement être soumises à consultation publique.*

Ces moyens contestent des appréciations de fait sur le plan économique et technique sans qu'il soit démontré que le Régulateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou qu'il aurait commis une quelconque illégalité *sensu lato* (voir ci-devant).

La CRC fait valoir (moyen 23) (et cette affirmation n'est pas contredite par BRUTELE et NETHYS) que :

*« les opérateurs ont eu l'occasion de s'exprimer au sujet de ce tarif transitoire au cours de la consultation publique. Aucune disposition légale n'imposait au régulateur de procéder à une nouvelle consultation publique lorsqu'il a fait son choix parmi les options proposées. »*

Dans la mesure où BRUTELE et NETHYS ont pu faire valoir leurs observations dans le cadre de la consultation publique, il n'y avait pas lieu d'organiser une nouvelle consultation publique lorsque la CRC a décidé d'imposer un tarif transitoire.

Il s'avère en outre que BRUTELE et NETHYS ne démontrent pas que ce tarif transitoire leur imposerait de vendre en dessous de leurs coûts ou les priverait d'une marge raisonnable.

La CRC ajoute (et ce fait n'est pas contredit par BRUTELE et NETHYS) :

*« Nethys et Brutélé reconnaissent d'ailleurs avoir dégagé des bénéfices en 2017, année au cours de laquelle elles ont appliqué un tarif similaire au tarif transitoire, ce qui, sauf preuve contraire, est incompatible avec l'allégation qu'elles formulent ; les moyens des requérantes pris d'une violation de l'autorité de chose jugée, des principes du raisonnable et de proportionnalité et de l'obligation de consultation doivent être rejetés. »*

La Cour des marchés ne pourra pas substituer sa décision à celle du Régulateur uniquement à des fins d'opportunité mais bien en cas d'illégalités ou d'un défaut de proportionnalité de la mesure imposée <sup>31</sup>. Ces preuves ne sont pas rapportées en l'espèce. Les moyens, qui critiquent une appréciation des faits, sans démontrer une erreur manifeste d'appréciation, ne sont pas fondés.

Deze middelen betwisten feitelijke appreciaties op economisch en technisch vlak zonder dat er wordt aangetoond dat de Regulator een kennelijke beoordelingsfout of enige onwettigheid *sensu lato* zou begaan hebben (zie hierboven).

De CRC laat gelden (middel 23) (en deze stelling wordt niet weersproken door BRUTELE en NETHYS) dat:

*« les opérateurs ont eu l'occasion de s'exprimer au sujet de ce tarif transitoire au cours de la consultation publique. Aucune disposition légale n'imposait au*

---

<sup>31</sup> Comparaire avec : DOC 53 – 2591/001 et 2592/001. Avis du Conseil d'Etat. Pages 165 et suivantes. Le texte suivant est cité en Néerlandais dans les travaux préparatoires. La Cour des marchés cite ce texte à titre informatif. Ce texte ne fait pas partie des considérations de la Cour. « Het hof van Beroep te Brussel zal niet louter omwille van opportunitaire redenen zijn beslissing in de plaats kunnen stellen van deze van het Mededingingscollege of de Voorzitter, doch wel omwille van gebreken in de wettigheid of de proportionaliteit van de opgelegde maatregel ».

*régulateur de procéder à une nouvelle consultation publique lorsqu'il a fait son choix parmi les options proposées. »*

In de mate dat BRUTELE en NETHYS hun bemerkingen hebben kunnen laten kennen ter gelegenheid van de publieke consultatie, is er geen aanleiding om een nieuwe consultatie te organiseren wanneer de CRC beslist om een overgangstarief op te leggen.

Het blijkt overigens dat BRUTELE en NETHYS niet bewijzen dat dit tarief hen zou opleggen om te verkopen onder de kostprijs of hen een redelijke winstmarge zou ontzeggen.

De CRC voegt daaraan toe (en dit feit is niet tegengesproken door BRUTELE en NETHYS) :

*« Nethys et Brutélé reconnaissent d'ailleurs avoir dégagé des bénéficiaires en 2017, année au cours de laquelle elles ont appliqué un tarif similaire au tarif transitoire, ce qui, sauf preuve contraire, est incompatible avec l'allégation qu'elles formulent ; les moyens des requérantes pris d'une violation de l'autorité de chose jugée, des principes du raisonnable et de proportionnalité et de l'obligation de consultation doivent être rejetés. »*

Het Marktenhof kan zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van de Regulator alleen ten behoeve van motieven van opportuniteit, doch integendeel enkel in het geval van onwettelijkheid of gebrek aan evenredigheid van de opgelegde maatregel. Deze bewijzen zijn te dezen niet bijgebracht.

Het middel dat een feitenappreciatie bekritiseert zonder een bewijs bij te brengen van een manifeste beoordelingsfout, is niet gegrond.

#### **VII. Concernant les moyens développés par ORANGE / Betreffende de door ORANGE ontwikkelde middelen :**

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.

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

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

Les recours de TELENET, BRUTELE et NETHYS sont recevables mais non fondés.

L'intervention volontaire de ORANGE est recevable et fondée.

TELENET, BRUTELE et NETHYS doivent être condamnés – chacun pour un tiers (article 1020 premier alinéa du Code judiciaire) – aux dépens.

Les dépens de la procédure exposés par ORANGE restent à sa charge.

De beroepen van TELENET, BRUTELE en NETHYS zijn ontvankelijk doch niet gegrond.

De vrijwillige tussenkomst van ORANGE is ontvankelijk en gegrond.

TELENET, BRUTELE en NETHYS dienen elk voor 1/3<sup>de</sup> (artikel 1020 eerste lid Ger. W.) veroordeeld te worden tot het betalen van de gerechtskosten.

De gerechtskosten voor ORANGE blijven ten hare laste.

**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,

Dit les recours de TELENET et de NETHYS-BRUTELE recevables et non fondés ;

Dit l'intervention volontaire de ORANGE BELGIUM recevable et fondée ;

Condamne TELENET, BRUTELE et NETHYS chacun pour un tiers aux dépens de la CRC, liquidés à € 1.440 indeminté de procédure.

\* \* \*

Verklaart de beroepen van TELENET en van NETHYS-BRUTELE ontvankelijk doch ongegrond;

Verklaart de vrijwillige tussenkomst van ORANGE BELGIUM ontvankelijk en gegrond;

Veroordeelt TELENET, BRUTELE en NETHYS elk voor één derde tot de gerechtskosten van de CRC vereffend op € 1.440 rechtsplegingsvergoeding.

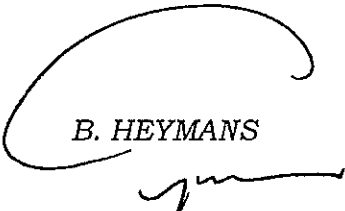
\*\*\*\*\*

*Dit arrest werd gewezen door het Marktenhof, samengesteld uit M. Bosmans, raadsheer dd. voorzitter, K. Piteus, en A.M. Witters, raadsheren, die alle zittingen hebben bijgewoond en die over de zaak hebben beraadslaagd.*

*K. Piteus, raadsheer, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen*

*Cet arrêt a été rendu par la cour des Marchés, composée de M. Bosmans, conseiller ff. président, K. Piteus et A.M. Witters, conseillers, qui ont assisté à toutes les audiences et ont délibéré à propos de l'affaire.*

*K. Piteus se trouve dans l'impossibilité de signer l'arrêt.*

  
B. HEYMANS

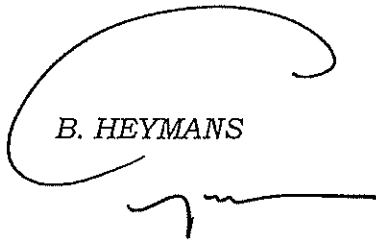
  
A.M. WITTERS

K. PITEUS

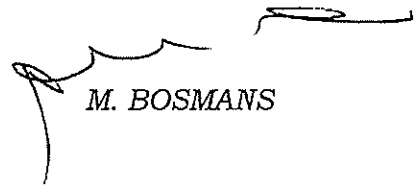
  
M. BOSMANS

*Het werd uitgesproken door M. Bosmans, raadsheer dd. voorzitter, op het ogenblik van de uitspraak, bijgestaan door B. Heymans, griffier, op **4 september 2019.***

*Il a été prononcé par M. Bosmans, conseiller ff de président de la cour des Marchés, assisté de B. Heymans, le **4 septembre 2019.***



B. HEYMANS



M. BOSMANS