

792 + dms

0002119



Repertoriumnummer 2016 / 5744
Datum van uitspraak 29 juni 2016
Rolnummer 2015/AR/196

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Niet aan te bieden aan de ontvanger

C.R.C.

Hof van beroep Brussel

Arrest

18^e kamer,
burgerlijke zaken

Aangeboden op 05 JUL. 2016
Niet te registreren DROOGHE K

COVER 01-00000480382-0001-0027-04-01-1



0002120

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 2

PROXIMUS (voorheen: BELGACOM), nv van publiek recht, met zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 27, ondernemingsnummer 0202.239.591

partij die het beroep tegen de bestreden beslissing instelt,
vertegenwoordigd door meester Dirk VAN LIEDEKERKE, advocaat te 1050 BRUSSEL,
Louizalaan 326 b26,

tegen de beslissing van de Conferentie van Regulators Elektronische Com.Sec. van 18 december 2014

tegen :

De **CONFERENTIE VAN DE REGULATOREN VOOR DE ELEKTRONISCHE COMMUNICATIESECTOR** (hierna afgekort CRC of de Regulator), juridische entiteit met rechtspersoonlijkheid, opgericht door art. 5 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, waarvan het voorzitterschap momenteel ligt bij de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM), met zetel te 1000 Brussel, Koning Albert II-laan 20

partij die de bestreden beslissing heeft genomen,
vertegenwoordigd door meester Sebastien DEPREE en meester Dimitri SCHRIJVERS,
advocaten te 1050 BRUXELLES, Place Flagey 7;

MEDE INZAKE :

1. De nv **TELENET**, met zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ondernemingsnummer 0473.416.418,

tussenkommende partij,
vertegenwoordigd door meester Yvan DESMEDT, advocaat te 1000 BRUXELLES, Rue de la Régence 4,

2. De nv **NETHYS**, met zetel te 4000 Luik, rue Louvrex 95, ondernemingsnummer 0465.607.720,

3. De nv **NEWIN**, met zetel te 4000 Luik, rue Louvrex 95, ondernemingsnummer 0810.473.996,

PAGE 01-00000480382-0002-0027-04-01-4



0002121

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 3

tussenkomen de partijen,
vertegenwoordigd door meester Peter L'ECLUSE, advocaat te 1170 BRUXELLES, Chaussée de
la Hulpe 166.

Na in beraadneming op 25 mei 2016 spreekt het hof volgend arrest uit:

Gelet op:

- de beslissing van de CRC van 18 december 2014 houdende vernieuwing en correctie van de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten;
- het verzoekschrift in beroep, neergelegd ter griffie van het hof op 3 februari 2015 namens BELGACOM (thans PROXIMUS);
- het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst, neergelegd ter griffie van het hof op 27 februari 2015 namens TELENET;
- het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst, neergelegd ter griffie van het hof op 8 juni 2015 namens NETHYS;
- het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst (vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke versie), neergelegd ter griffie van het hof op 8 juni 2015 namens NEWIN;
- de syntheseconclusies van BELGACOM (thans PROXIMUS), neergelegd ter griffie van het hof op 29 april 2015;
- de syntheseconclusies (vertrouwelijke versie) van TELENET, neergelegd ter griffie van het hof op 26 mei 2015;
- de aanvullende en syntheseconclusies van de CRC, neergelegd ter griffie van het hof op 29 mei 2015;
- het tussenarrest, gewezen door deze kamer van het hof op 4 november 2015;
- de stukkenbundel van BELGACOM (thans PROXIMUS), neergelegd ter griffie van het hof op 29 april 2015;
- de documentatiebundels van BELGACOM (thans PROXIMUS), neergelegd ter zittingen van 18 en 25 mei 2016 (elektronische versie);
- de stukkenbundel van de CRC, neergelegd ter griffie van het hof op 29 mei 2015 (elektronische versie);
- de documentatiebundel van de CRC, neergelegd ter zitting van 25 mei 2016 (elektronische versie);
- de stukkenbundel van TELENET, neergelegd ter zitting van 18 mei 2016;
- de stukkenbundel van NETHYS, neergelegd ter zitting van 18 mei 2016.

PAGE 01-00000480382-0003-0027-04-01-4



0002122

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 4

Gehoord de advocaten van partijen in hun pleidooien ter openbare terechtzitting van 18 mei 2016, waarna de zaak in voortzetting werd gezet op de zitting van 25 mei 2016 voor neerlegging van bundels rechtspraak en rechtsleer door PROXIMUS en de CRC. De zaak werd in beraad genomen op de zitting van 25 mei 2016.

I. ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEROEP

1. De ontvankelijkheid van het beroep wordt niet betwist.

Er zijn evenmin middelen van onontvankelijkheid die door het hof ambtshalve moeten worden opgeworpen.

Het beroep is bijgevolg ontvankelijk.

II. VOORWERP VAN DE VORDERINGEN

2. PROXIMUS verzoekt het beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en bijgevolg vast te stellen dat de bestreden beslissing door onwettigheid is aangetast en bijgevolg de bestreden beslissing in haar geheel te vernietigen, in ondergeschikte orde, de bestreden beslissing te vernietigen in de mate dat het hof op individuele wijze de middelen ingeroepen door PROXIMUS, gegrond verklaart.

PROXIMUS vraagt tevens de CRC te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

3. De CRC besluit tot de ongegrondheid van het verzoek tot vernietiging.

In ondergeschikte orde, in geval van vernietiging van de bestreden beslissing, vraagt de CRC de gevolgen ervan in de tijd te handhaven sedert de datum van de inwerkingtreding ervan tot aan de datum van de inwerkingtreding van een nieuwe beslissing betreffende de analyse van de breedbandmarkten.

De CRC vraagt tevens BELGACOM te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op € 1.320,00.

Tenslotte vraagt de CRC te gelasten dat op de griffie van het hof een vrij afschrift van het arrest ter beschikking gesteld wordt van elke partij op de dag van de uitspraak van voornoemd arrest.

PAGE 01-00000480382-0004-0027-04-01-4



0002123

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 5

4. TELENET besluit tot de ongegrondheid van het beroep van BELGACOM en vraagt het verzoek tot nietigverklaring in zijn geheel te verwerpen.

Zij vraagt in hoofdorde de kosten te verdelen als naar recht en in ondergeschikte orde te zeggen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

5. NEWIN en NETHYS besluiten eveneens tot de ongegrondheid van het verzoek van BELGACOM en vragen BELGACOM te veroordelen tot de kosten van het geding, begroot op € 1.320,00.

III. BESTREDEN BESLISSING

6. De bestreden beslissing betreft de beslissing van de CRC van 18 december 2014 houdende vernieuwing en correctie van de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten, nadat deze laatste vernietigd werd bij arrest van het hof van 3 december 2014.

Deze beslissing werd aangenomen in het kader van en overeenkomstig het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie (B.S. 28 december 2006) en is tevens gebaseerd op de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (B.S. 20 juni 2005), in het bijzonder op Titel III ervan en op de Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (B.S. 24 januari 2003).

IV. DE RELEVANTE FEITEN

7. De bestreden beslissing heeft betrekking op de analyse van de breedbandmarkten, meer bepaald de markten 4 en 5 van de lijst van de Aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die aan de regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen (Aanbeveling 2007) (PB. L. 28 december 2007, afl. 344, 65).

PAGE 01-00000480382-0005-0027-04-01-4



0002124

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 6

In de bestreden beslissing wordt markt 4 omschreven als de nationale markt voor volledig en gedeeltelijk ontbundelde toegang tot de aansluitnetten en subaansluitnetten, met inbegrip van meer bepaald de aanbiedingen van ontbundelde toegang tot koper; markt 5 wordt omschreven als de nationale breedbandmarkt, inclusief de DSL- en VDSL-bitstreamaanbiedingen.

De bestreden beslissing wijst BELGACOM aan als operator die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht (AMM-operator) op de groothandelsmarkten 4 en 5.

Zij legt aan BELGACOM bepaalde verplichtingen op inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, geschelden boekhouding, prijscontrole, kostentoerekening en operationele ulmtuntendheid om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die op de breedbandmarkten geïdentificeerd werden.

Zoals weergegeven in de titel van de bestreden beslissing, houdt deze beslissing een vernieuwing en correctie in van de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten. Deze laatste beslissing werd vernietigd bij arrest van het hof van 3 december 2014.

8. Voor een goed begrip van de bestreden beslissing past het een korte historiek te schetsen van de regulering van de breedbandmarkt.

- *Besluit van de Raad van het BIPT van 10 januari 2008 en Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009*

9. De breedbandmarkt maakte eerst het voorwerp uit van regulering bij Besluit van de Raad van het BIPT van 10 januari 2008 betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de *wholesale*-markten van de cluster "toegang", geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003.

Dat besluit werd gedeeltelijk vernietigd bij arrest van het hof van 7 mei 2009 (2008/AR/787).

Daaropvolgend heeft het BIPT met retroactieve werking het Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009¹ aangenomen.

- *Beslissing van de CRC van 1 juli 2011*

¹ Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009 ter correctie van het marktanalysebesluit van 10 januari 2008 betreffende de breedbandtoegangsmarkten.



0002125

Hof van beroep Brussel -- 2015/AR/196 -- p. 7

10. Aangezien de analyse, zoals weergegeven in voormeld besluit van 10 januari 2008, nood had aan een grondige herziening, lanceerde het BIFT op 21 december 2010 een openbare raadpleging voor een ontwerpbesluit betreffende de analyse van de breedbandmarkten.

Vervolgens werd het ontwerpbesluit voorgelegd aan de Raad voor de Mededinging.

Het ontwerpbesluit werd aanhangig gemaakt bij de CRC, die een ontwerpbesluit van 13 mei 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkt aannam.

Dit ontwerpbesluit werd aangemeld bij de Europese Commissie.

De CRC nam een definitieve beslissing op 1 juli 2011.

11. Uitgangspunt van de marktanalyse die het voorwerp uitmaakt van deze beslissing, evenals van de thans bestreden beslissing, is het feit dat enkel de historische operatoren van telecommunicatie (BELGACOM) en van kabeltelevisie (kabeloperatoren) beschikken over een eigen uitgebreid toegangsnetwerk waarmee zij met de eindgebruikers verbonden zijn en die ze aldus een fysieke toegang kunnen aanbieden tot de breedbandinfrastructuur voor internetgebruik. Het betreft hier enerzijds het DSL-netwerk en anderzijds de coaxkabel.

Alternatieve operatoren, zoals KPN of Mobistar, beschikken echter niet over een dergelijk uitgebreid netwerk en kunnen enkel vast internet aanbieden op de eindgebruikersmarkt voor internettoegang wanneer zij beroep kunnen doen op intermediale diensten van BELGACOM of de kabeloperatoren.

BELGACOM biedt dergelijke diensten op groothandelniveau aan, gedeeltelijk in het kader van bestaande regulering die tot doel heeft een concurrentiële marktstructuur op kleinhandelniveau te bevorderen in het belang van de eindconsument. De kabeloperatoren bieden dergelijke intermediale diensten op groothandelniveau momenteel niet aan.

Hoewel de concurrentie tussen de operatoren die de twee netwerken exploiteren (kabelnetwerk enerzijds en DSL-netwerk anderzijds) positieve effecten heeft opgeleverd (b.v. groter aantal digitale televisiekanalen, ontwikkeling van HD of van 3D, opkomst van nieuwe functies of de ontwikkeling van gebundelde reclameaanbiedingen), stellen de beslissing van 1 juli 2011 en de bestreden beslissing vast dat zich op de eindgebruikersmarkt een aantal problemen voordoen die een regulerend optreden rechtvaardigen. Zo heeft de concurrentie tussen infrastructuren bijvoorbeeld onvoldoende prijsverlaging teweeggebracht voor de consument en kunnen alternatieve operatoren onvoldoende groeien in een competitieve markt, zonder toegang tot een televisieproduct. Uit internationale vergelijkingen blijkt dat de televisieproducten in België niet tot de meest voordelige van Europa behoren en dit zeker wanneer ze deel uitmaken van gebundelde aanbiedingen. Bovendien beperkt de keuzemogelijkheid van de consument zich in de meeste gevallen tot de kabeloperator van zijn verblijfplaats of BELGACOM.

PAGE 01-00000480382-0007-0027-04-01-4



0002126

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 8

12. In zijn vorige analyse was het BIPT op 10 januari 2008 reeds tot het besluit gekomen dat BELGACOM op de betrokken groothandelsmarkten 11 en 12 voor breedband internettoegang (ongebundelde diensten en *bitstream*-producten) over een aanmerkelijke machtspositie beschikt. Er werden aan BELGACOM een reeks verplichtingen opgelegd met het doel om de alternatieve operatoren toe te laten via haar netwerk op de kleinhandelsmarkt breedband Internetaanbiedingen te kunnen doen. BELGACOM diende daartoe een referentieaanbod te formuleren en een aantal verplichtingen na te leven onder meer inzake transparantie, niet-discriminatie, gescheiden boekhouding, prijscontrole en kostenberekening.

13. De beslissing van 1 juli 2011, die voormelde analyse van 10 januari 2008 vervangt, is gebaseerd op een nieuwe analyse van de mededingingsstructuur op het niveau van de kleinhandelsmarkt voor breedband internettoegang. Uit de analyse is gebleken dat deze mededingingsstructuur nog steeds belangrijke gebreken vertoont en dat op de stroomopwaartse markten de mededinging verzwakt werd door de aanwezigheid van een onderneming met aanmerkelijke marktmacht, met name BELGACOM.

Tevens werd onderzocht of in het licht van de recente en de verwachte ontwikkelingen het noodzakelijk is om de bestaande verplichtingen opgelegd aan BELGACOM te behouden of bij te sturen.

In de beslissing van 1 juli 2011 werd de regulering van het Besluit van 10 januari 2008 grotendeels gehandhaafd, maar op een aantal punten aangepast.

BELGACOM werd onder meer verplicht om een *bitstream*-product te leveren dat de *multicast*-functionaliteiten omvat (zie technische beschrijving in bijlage 3 van de beslissing van 1 juli 2011) gelijkwaardig aan deze die BELGACOM intern aan zijn dochterondernemingen of partners levert voor zijn kleinhandelsdiensten.

De beslissing van 1 juli 2011 liet BELGACOM evenwel de ruimte om een alternatieve vorm van toegang voor te stellen. In het kader hiervan werd door BELGACOM een toegang tot haar IPTV platform voorgesteld dat door de regulator werd aanvaard.

Deze nieuwe verplichting vloeide volgens de beslissing van 1 juli 2011 voort uit de noodzaak voor alternatieve operatoren om via het netwerk van BELGACOM gebundelde aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt te kunnen brengen die zowel vast internet, vaste telefonie als TV-diensten omvatten. Zonder die mogelijkheid om *multiplay*-diensten via gebundelde producten aan te bieden zouden de alternatieve operatoren de concurrentie met BELGACOM niet aankunnen en zouden ze uit de markt dreigen te verdwijnen. Gebundelde producten bieden immers talrijke voordelen voor operatoren: het stelt hen in staat om makkelijker klanten te verwerven, een hogere omzet per gebruiker te verkrijgen, klanten langer aan zich te binden en te profiteren van technologische convergenties. *Multipleplay* of

PAGE 01-00000480382-0004-0027-04-01-4



0002127

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 9

gebundelde aanbiedingen winnen overigens alsmaar aan populariteit: gebruikers van breedbandinternet nemen hun internetproducten steeds meer af samen met andere producten in één enkele aanbieding bij dezelfde operator. Begin 2010 nam meer dan de helft van het aantal internetgebruikers breedbandinternet af in een gebundelde aanbieding.

De beslissing van 1 juli 2011 legt dergelijke verplichtingen niet op aan de kabeloperatoren. Wel maken zij het voorwerp uit van afzonderlijke beslissingen van dezelfde datum waardoor zij verplicht worden hun kabelinfrastructuur open te stellen voor alternatieve operatoren die toegang krijgen tot hun analoog en digitaal TV platform om op basis daarvan zelf een TV-aanbod te commercialiseren op de kleinhandelsmarkt voor televisieomroepdiensten. Daarbij worden de kabeloperatoren ook verplicht een accessoir doorverkoop aanbod inzake breedbandinternet te doen, zodat een gebundeld aanbod van TV en internet mogelijk is.

- *Arrest van 3 december 2014*

14. Op 15 september 2011 stelde BELGACOM tegen de beslissing van 1 juli 2011 een vernietigingsberoep in.

15. Rechtdoend op dat beroep, heeft het hof in zijn arrest van 3 december 2014 de betrokken beslissing van 1 juli 2011 vernietigd, behoudens in zoverre deze voorzag in de intrekking van bepaalde verplichtingen, opgelegd aan BELGACOM, meer in het bijzonder de intrekking van de verplichting om ontbundeling van het subaansluitnetwerk aan te bieden en van sommige verplichtingen in verband met de mini-MDF's in geval van gedeeltelijke sluiting van de MDF.

De CRC werd uitgenodigd om desgevallend opnieuw te beslissen met afdoende motivering op de vermelde punten.

De vernietiging van de beslissing van 1 juli 2011 was gesteund op volgende middelen:

- afwezigheid van enige groothandelsmarkt waarin de kabel kan worden ondergebracht (punt c van het eerste onderdeel van het tweede middel)

"138. Het argument van Belgacom komt erop neer dat de CRC wanneer zij de kabel en DSL niet opneemt in dezelfde groothandelsmarkten, er minstens een aparte markt dient te worden gedefinieerd voor elke relevante infrastructuur.

(...).

De identificatie van de groothandelsmarkten die intrinsiek met de als relevant weerhouden kleinhandelsmarkt verbonden zijn, maakt een essentiële stap uit binnen het methodologisch kader voorzien door Aanbeveling 2007. Indien de regulator een bestaande of notionele (eigen

PAGE 01-00000480382-0009-0027-04-01-4



0002128

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 10

levering) groothandelsmarkt die intrinsiek verbonden is met de relevante kleinhandelsmarkt buiten beschouwing laat in zijn analyse zonder hiervoor een afdoend gemotiveerde verantwoording te geven in het licht van de nationale omstandigheden, dan is niet voldaan aan de verplichting om vertrekkend vanuit de eerder geïdentificeerde kleinhandelsmarkt alle hiermee "overeenstemmende" groothandelsmarkten te identificeren (Toelichting bij de Aanbeveling 2007, p. 6).

(...).

139. (...).

Dit belet evenwel niet dat om te voldoen aan haar motiveringsplicht zij [de CRC] specifiek in de Bestreden Beslissing diende aan te geven op welke gronden zij van oordeel is dat - in het licht van de gebreken inzake marktwerking die door de CRC werden vastgesteld met name voor wat betreft de concurrentiebepalingen in hoofde van de alternatieve operatoren zonder eigen netwerk - er geen afzonderlijke notionele groothandelsmarkt waarin de kabelinfrastructuur is opgenomen met de relevant weerhouden eindgebruikersmarkt overeenstemt.

Bij gebrek aan een afdoende motivering is het hof niet in de mogelijkheid om vast te stellen dat de regulator bij het identificeren van de relevante groothandelsmarkten alle overeenstemmende (bestaande of notionele) markten die verticaal verbonden zijn met de kleinhandelsmarkt voor breedbandinternet daadwerkelijk in aanmerking heeft genomen. De Bestreden Beslissing moet met andere woorden mogelijk maken, wanneer de regulator slechts bepaalde Intermediaire leveringen op groothandelsniveau weerhoudt, uit te maken op welke gronden de regulator voor sommige van de aanbiedingen op kleinhandelsniveau een groothandelsmarkt in aanmerking neemt en voor andere niet.

Hieruit volgt in concreto dat ook niet kan worden uitgemaakt of de door de Bestreden Beslissing aan Belgacom opgelegde verplichtingen met het oog op het remediëren van de op de eindgebruikersmarkt vastgestelde mededingingsgebreken gerechtvaardigd, passend en evenredig zijn in het licht van verplichtingen die desgevallend uitsluitend of parallel op een notionele groothandelsmarkt voor internettoegang tot de infrastructuur van de kabeloperatoren door de regulator zouden kunnen worden opgelegd.

Het is met andere woorden aan de regulator om te motiveren waarom Belgacom alleen de last van de regulering inzake breedbandinternettoegang moet dragen indien de alternatieve operatoren zich parallel of exclusief op basis van een gereguleerd aanbod ook bij de kabelmaatschappijen zouden kunnen bevoorraden."

- rechtvaardiging van een nieuwe toegangsverplichting tot de multicast-functie (derde middel)

PAGE 01-00000480382-0010-0027-04-01-4



0002129

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 11

"187. Het middel betreft enkel markt 5 waarop een nieuwe verplichting door de Bestreden Beslissing aan Belgacom opgelegd wordt om, in antwoord op ieder redelijk verzoek, toegang te verlenen tot een bitstreamproduct dat de multicastfunctie omvat, gelijkwaardig aan deze die Belgacom Intern aan haar dochterondernemingen of partners levert met het oog op de levering van eindgebruikersdiensten. De Bestreden Beslissing legt aldus naast bestaande maatregelen die eerder werden opgelegd in het kader van de regulering van markten 11 en 12 een nieuwe vorm van toegang op aan Belgacom naast een aantal bestaande regulatorische verplichtingen inzake het publiceren van een referentieaanbod, de niet-discriminatieverplichting en het principe van de kostenoriëntatie.

De multicastfunctie laat toe aan andere DSL-operatoren die van de groothandelsdiensten van Belgacom gebruik maken om naast de toegang tot internet ook IPTV-diensten te verlenen aan de eindgebruikers."

Het hof achtte dergelijke verplichting (zoals vervangen door het alternatief inzake toegang tot het IPTV-platform in de goedgekeurde referentieaanbieding) gepast, verantwoord en evenredig voor zover deze verplichting de toegang tot het segment van de bundelaanbiedingen met internet en TV mogelijk maakt en de noodzakelijkheid hiervan vaststaat.

Het hof oordeelde dat het middel gegrond is in de mate de beslissing van 1 juli 2011 niet aantoonde dat de maatregel noodzakelijk is om toegang tot de kleinhandelsmarkt inzake alleenstaande ("stand alone") internettoegang voor de alternatieve DSL-operatoren mogelijk te maken.

Het hof overwoog onder meer het volgende:

"(a) passend en verantwoord karakter van de opgelegde maatregel

214. De maatregel moet duidelijk in verband staan met de aard van de vastgestelde problemen en noodzakelijk om daaraan een passende oplossing te bieden.

(...).

215. De CRC dient bijgevolg in casu aan te tonen dat toegang tot de multicastfunctie op het netwerk van Belgacom onmisbaar is om de doeltreffendheid van de bestaande toegangsverplichtingen inzake breedbandinternet op groothandelsniveau te waarborgen en voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de door haar gekarakteriseerde kleinhandelsmarkt.

(...).

216-220. (...).

PAGE 01-00000480382-0011-0027-04-01-4



0002130

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 12

221. De Bestreden Beslissing verantwoordt de maatregel op basis van de door de CRC voor de alternatieve DSL-operatoren op de eindgebruikersmarkt objectief vastgestelde toegangsbelemmeringen inzake het segment van multiplay aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt (internet en TV) die tijdens de reguleringsperiode niet zullen verdwijnen maar niet voor wat betreft alleenstaand internet waarvoor die toegang niet is vereist. Bijgevolg is de noodzaak om de multicastfunctie op te nemen in het groothandelsinternetaanbod van Belgacom enkel vaststaand voor wat betreft de toegang tot het segment van de multiplay aanbiedingen waarvan TV-omroep en internet deel uitmaken en niet voor de markt voor internettoegang als dusdanig.

(b) betreffende de vereiste proportionaliteit

222. In het licht van het in de wetgeving verankerde proportionaliteitsbeginsel dient de CRC tevens aan te tonen dat de multicastremedie op een evenredige manier een doeltreffende oplossing biedt voor de geïdentificeerde problemen.

Evenredigheid betekent dat de opgelegde maatregel voor de betrokken operator met AMM niet verder gaat dan vereist om doel te treffen.

223. Voor zover de opgelegde maatregel verantwoord is door de noodzaak voor de alternatieve DSL-operatoren om toegang te krijgen tot het marktsegment van de multiplay aanbiedingen met TV en internet, komt de maatregel ook kennelijk evenredig voor mede gelet op de mogelijkheid vervat in de Bestreden Beslissing voor Belgacom om zelf een alternatief voor te stellen. Belgacom geeft ook niet aan welke nog minder vergaande maatregel desgevallend hetzelfde resultaat zou kunnen bereiken dan degene waaraan zijzelf de voorkeur gaf.

(...).

224. Belgacom kan niet gevolgd worden waar ze stelt dat in de Bestreden Beslissing elke impactanalyse van de voorgestelde maatregel ontbreekt zodat het evenredig karakter van de maatregel niet kan worden beoordeeld.

225-228. (...).

Aangezien, zoals hiervoor reeds door het hof werd aangenomen, het met mathematische precisie inschatten van de gevolgen van een dergelijke maatregel uitgesloten is, volstaat het in het kader van de vereiste impactanalyse dat de maatregelen redelijkerwijs van aard zijn blij te dragen aan de vooropgestelde doelstellingen en niet onevenredig zwaar zijn voor de operator met AMM (d.w.z. dat dezelfde resultaten niet bereikt kunnen worden met een minder vergaande maatregel). Er mag op grond van de voorliggende gegevens naar rede worden aangenomen dat dit het geval is."

PAGE 01-00000480382-0012-0027-04-01-4



0002131

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 13

In zijn arrest van 3 december 2014 kwam het hof dan tot de volgende conclusie:

"244. De door het hof wegens motiveringsgebrek gegrond bevonden grieven met betrekking tot het tweede en het derde middel zijn niet van aard de wettigheid van de overige bevindingen vervat in de Bestreden Beslissing in het gedrang te brengen.

Voor zover het hof oordeelt dat de Bestreden Beslissing niet toereikend motiveert waarom geen notionele groothandelsmarkt in aanmerking wordt genomen die de kabelinfrastructuur kan omvatten en die overeenstemt met de aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang tast deze nietigheid de weerhouden marktdefinities en analyse van markt 4 en 5 niet aan maar heeft dit wel tot gevolg dat het gerechtvaardigd, passend en evenredig karakter van de opgelegde verplichtingen niet vast staat en dat ze aan Belgacom niet wettig kunnen worden opgelegd zolang een toereikende motivering ter zake ontbreekt.

Voor zover de vernietiging van de opgelegde verplichtingen op grond van het derde middel louter betrekking heeft op een motiveringsgebrek aangaande alleenstaand internet, tast dit de geldigheid van de multicastverplichting niet aan in de mate die beperkt blijft tot het marktsegment voor bundels met internet en digitale TV, gesteld dat de tekortkoming vermeld onder randnr. 245 kan worden geredimeerd."

- *Beslissing van de CRC van 18 december 2014*

16. In antwoord op voormeld arrest heeft de CRC op 18 december 2014 een nieuwe beslissing genomen houdende vernieuwing en correctie van de Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten. Dit is de thans bestreden beslissing.

De CRC vernieuwt daarin de vernietigde beslissing met terugwerkende kracht vanaf 1 augustus 2011, zijnde de dag van de inwerkingtreding van de beslissing van 1 juli 2011, en vult ze op bepaalde punten verder aan.

Na een onderzoek met betrekking tot de mogelijkheid tot een notionele markt voor ontbundelde toegang tot de kabel en een notionele markt voor *wholesale*-breedbandtoegang op de kabel, evalueert de CRC de potentiële gevolgen die de regulering van elk van deze notionele markten zou hebben of eventueel had kunnen hebben op de verplichtingen opgelegd aan BELGACOM. De CRC komt tot het besluit dat noch de analyse van voormelde markten noch de regulering ervan een invloed kon hebben op de verplichtingen opgelegd aan BELGACOM.



0002132

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 14

Om de reikwijdte te verduidelijken, beperkt tot de *multiplay*-aanbiedingen, van de verplichting tot de toegang tot de *multicast* heeft de CRC de beslissing van 1 juli 2011 gewijzigd.

17. BELGACOM voert thans geen specifieke middelen aan die betrekking hebben op de preciseringen die de CRC aanbrengt betreffende de reikwijdte van de *multicast*-verplichting.

De middelen die BELGACOM inroept, slaan ofwel op het geheel van de beslissing ofwel op de motivering van de evenredigheid van de aan BELGACOM opgelegde regulering.

- *Nieuwe marktanalyse*

18. In haar conclusie merkt de CRC louter ter informatie op dat gewerkt wordt aan een nieuwe marktanalyse.

Ter zitting bevestigde de CRC bij monde van haar raadsman dat er nog geen nieuwe beslissing werd genomen.

V. BESPREKING

V.1. Ontvankelijkheid van de tussenkomsten

- *TELENET*

19. TELENET beschikt als kabeloperator over het verestte belang om tussen te komen in huidige procedure.

De bestreden beslissing legt geen *ex ante* verplichtingen op aan de kabeloperatoren op de groothandelsmarkten 4 en 5, doch enkel aan BELGACOM.

Indien het beroep van BELGACOM gegrond zou worden verklaard, is het niet uitgesloten dat de markten worden geherdefinieerd en dat aan TELENET bepaalde verplichtingen worden opgelegd.

De tussenkomst van TELENET is bijgevolg ontvankelijk.

┌ PAGE 01-00000480382-0014-0027-04-01-4 ─┐



0002133

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 15

NETHYS en NEWIN

20. NETHYS is een Intercommunale actief in de sector van de distributie en de levering van elektronische communicatie- en omroepdiensten in het Waalse Gewest, in enkele gemeenten die deel uitmaken van de Dultstallige Gemeenschap en een gemeente in het Vlaamse Gewest.

NETHYS opereert sinds 2005 in een economisch samenwerkingsverband met Brutélé.

NETHYS en Brutélé bieden sinds 2006 op de retailmarkt een gemeenschappelijk pakket aan van televisie- en telecommunicatiediensten dat verkocht wordt onder het handelsmerk "VOO".

NETHYS is als aanbieder van televisie- en communicatiediensten een directe concurrent van BELGACOM.

Een eventuele verandering aan de regulering die thans aan BELGACOM wordt opgelegd, zou gevolgen kunnen hebben voor de marktpositie van BELGACOM en bijgevolg ook voor deze van de concurrenten.

NETHYS heeft dan ook het vereiste belang om in huidige procedure tussen te komen.

21. Het belang van NETHYS blijkt verder ook uit het belang van haar dochteronderneming NEWIN of WIN.

WIN commercialiseert diensten van Informatietechnologie bij professionele klanten en ondernemingen (kleinhandel, industrie, ziekenhuizen, administraties, ...) overal in België, maar hoofdzakelijk in Wallonië.

Zij biedt tevens een groot gamma aan diensten aan ondernemingen aan op het gebied van internet- en telefoonverbindingen. Verder biedt zij ook veiligheidsdiensten aan voor het beheer van Informatienetwerken, *cloud computing* (beschikbaar stellen van hardware, software en gegevens via een netwerk) en het opslaan van gegevens.

Het leveren van diensten voor de aansluiting op het internet en telefonie vormt de hoofdactiviteit van WIN.

Voor haar diensten maakt WIN hoofdzakelijk gebruik van het DSL-netwerk van BELGACOM. De ondernemingen die klant zijn van WIN, zijn immers vaak gelegen in Industriezones waar de coaxkabel (en dus de infrastructuur van NETHYS) niet beschikbaar is, zodat WIN niet anders kan dan gebruik maken van het netwerk van BELGACOM.

NETHYS en WIN hebben dan ook belang bij het behoud van de regulering van BELGACOM.

PAGE 01-00000480382-0015-0027-04-01-4



0002134

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 16

De tussenkomsten van NETHYS en WIN zijn bijgevolg ontvankelijk.

V.2. Middelen van BELGACOM

22. Het beroep van BELGACOM is gesteund op drie middelen, meer bepaald (1) schendingen van de regels en vereisten die betrekking hebben op de beslissingsprocedure voor regulatoire beslissingen, (2) een kennelijk gebrekkige motivering van de aan BELGACOM opgelegde verplichtingen en (3) de terugwerkende kracht van de bestreden beslissing.

Eerste middel: schendingen van de regels en vereisten die betrekking hebben op de beslissingsprocedure voor regulatoire beslissingen

- Standpunten van partijen

23. Het eerste door BELGACOM ingeroepen middel heeft betrekking op het niet raadplegen van de Mededingingsautoriteit en het niet raadplegen van de Europese Commissie.

Ter staving van dit middel verwijst BELGACOM naar art. 55, § 3 en 4 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voor wat betreft de raadpleging van de Mededingingsautoriteit en naar art. 141 van voormelde wet en art. 7 van de Kaderrichtlijn voor wat betreft de raadpleging van de Europese Commissie.

BELGACOM is van oordeel dat de zogenaamde herstelbeslissing van 18 december 2014 een nieuwe beslissing is, zodat de CRC de Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie diende te raadplegen.

Deze raadplegingen zijn volgens BELGACOM substantiële vormvereisten waarvan de miskennng automatisch tot de nietigheid van de beslissing leidt.

Bovendien is het gebrek aan raadpleging van de Europese Commissie volgens BELGACOM des te meer vatbaar voor kritiek, aangezien er een periode van meer dan drie jaar ligt tussen de aannname van de beslissing van 1 juli 2011 en de bestreden beslissing.

24. De CRC stelt dat de bestreden beslissing een herstelbeslissing betreft, waarin zij enkel de motivering van de oorspronkelijke beslissing heeft vervolledigd. De CRC benadrukt dat de inhoud van de oorspronkelijke beslissing van 1 juli 2011, waarover de Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie zich hebben uitgesproken, niet werd gewijzigd.

PAGE 01-00000480382-0016-0027-04-01-4



0002135

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 17

Ter vergelijking stelt de CRC dat in het geval de regulator zijn ontwerpbeslissing wijzigt of aanvult in de door de Mededingingsautoriteit of de door de Europese Commissie gewenste zin, het aangepaste ontwerp niet opnieuw ter consultatie wordt overgemaakt.

De CRC merkt tevens op dat het hof in zijn arrest van 3 december 2014 geen enkele kritiek heeft geformuleerd op de raadplegingen van de Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie die plaatsvonden voorafgaandelijk aan het nemen van de beslissing van 1 juli 2011.

Zij verwijst in dat verband naar rechtspraak van de Raad van State, waarin zij leest dat na een vernietiging van een administratieve rechtshandeling het beslissingstraject niet *ab initio* moet worden hernomen, maar slechts vanaf het punt waarop de onwettigheid werd vastgesteld. Het motiveringsgebrek kan volgens de CRC enkel de eindbeslissing aantasten.

Bovendien wijst de CRC er op dat de door het hof gevraagde bijkomende motivering los staat van de opmerkingen die door de Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie werden geformuleerd op de ontwerpbeslissing.

De CRC is verder van oordeel dat het tijdsverloop tussen de oorspronkelijke beslissing van 1 juli 2011 en de bestreden beslissing van 18 december 2014 geen reden was voor een raadpleging van de Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie, omdat de bestreden beslissing geen nieuwe marktanalyse bevat, maar gebaseerd is op dezelfde marktgegevens als deze waarop de beslissing van 1 juli 2011 was gesteund. De CRC heeft deze gegevens niet geactualiseerd, maar heeft enkel het punt dat volgens het hof in haar redenering ontbrak, toegevoegd.

De CRC besluit dan ook dat zij niet verplicht was om de Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie opnieuw te raadplegen vooraleer over te gaan tot de goedkeuring van de bestreden beslissing.

25. De tussenkommende partijen sluiten zich aan bij het verweer van de CRC.

Beoordeling

a) Raadpleging van de Mededingingsautoriteit

26. Artikel 55, § 3 en 4 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bepaalt het volgende:

§ 3. Wanneer het Instituut vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrentieel is, identificeert het overeenkomstig § 4 elke operator die op die markt afzonderlijk of gezamenlijk met één of meer andere operatoren over een sterke

PAGE 01-00000480382-0017-0027-04-01-4



0002136

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 18

machtspositie beschikt, en beslist het tot de oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen als beschreven in de artikelen 58 tot 65/1, op die het gepast acht.

(...).

§ 4. Voor de beslissingen van het Instituut waarvoor naar deze paragraaf wordt verwezen pleegt het Instituut vooraf overleg met de Belgische Mededingingsautoriteit. De Belgische Mededingingsautoriteit geeft binnen 30 kalenderdagen, te rekenen vanaf de toezending van de ontwerpbeslissing door het Instituut, zijn advies. Zodra die termijn verstreken is, is geen advies van de Belgische Mededingingsautoriteit meer vereist."

Uit deze bepaling volgt dat de Mededingingsautoriteit moet geraadpleegd worden voor beslissingen van oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen die gepast geacht worden.

27. Aangezien de beslissing van 1 juli 2011 in haar geheel werd vernietigd en de vernietiging *ex tunc* werkt, gold opnieuw de regulering van het Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009. De bestreden beslissing legt aan BELGACOM bepaalde verplichtingen op, die een wijziging inhouden ten aanzien van de verplichtingen van voormeld Vernieuwingsbesluit. De CRC was dan ook gehouden vóór het nemen van de bestreden beslissing overleg te plegen met de Mededingingsautoriteit.

28. De CRC ent de bestreden beslissing, waarvan zij niet betwist dat deze nieuw is, op de vernietigde beslissing van 1 juli 2011 en stelt dat de inhoud van de bestreden beslissing identiek is aan de inhoud van de beslissing van 1 juli 2011, wat betreft de marktdefinitie, de AMM-operatoren en de opgelegde verplichtingen.

Zelfs indien dit uitgangspunt van de CRC zou worden aangenomen, zou er sprake zijn van een handhaving van de opgelegde verplichtingen. Een handhavingsovereenkomstig art. 55 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie eveneens te worden onderworpen aan de raadpleging van de Mededingingsautoriteit.

29. De wetgever heeft geen enkele uitzondering voorzien op de voorafgaande raadpleging van de Mededingingsautoriteit.

30. De vergelijking van de CRC van een nieuwe beslissing na vernietiging van een eerdere beslissing door het hof met de aanpassing van een ontwerp na opmerkingen van de Mededingingsautoriteit (of de Europese Commissie) kan niet worden gevolgd. In deze laatste hypothese is er immers geen sprake van een nieuwe beslissing, maar louter van een aanpassing van een ontwerpbeslissing in de door de Mededingingsautoriteit (of de Europese Commissie) gewenste zin.

31. Op grond van art. 55, § 3 en 4 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie kan enkel worden besloten dat een nieuwe beslissing een nieuwe raadpleging

PAGE 01-00000480382-0018-0027-04-01-4



0002137

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 19

van de Mededingingsautoriteit verelst, ongeacht de reden van de vernietiging en de inhoud van het eerder verstrekte advies van de Mededingingsautoriteit. Evenmin komt het aan de regulator toe de opportuniteit van de raadpleging te beoordelen.

32. De raadpleging van de Mededingingsautoriteit betreft een substantiële vormvereiste, waarvan de schending de nietigheid van de akte tot gevolg heeft (zie: arrest van het hof van 30 juni 2006 in de zaak gekend onder het rolnummer 2003/AR/2474, randnr. 53).

b) Raadpleging van de Europese Commissie

33. Artikel 141 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voorziet in de voorafgaandelijke raadpleging van de Europese Commissie:

“§ 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.”

PAGE 01-00000480382-0019-0027-04-01-4



0002138

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 20

De verplichting tot raadpleging van de Europese Commissie vloeit tevens voort uit art. 7.3 van de Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB, L. 24 april 2002, afl. 108, 33), dat luidt als volgt:

“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.”

34. De bestreden beslissing valt onder art. 15 “Procedure voor het bepalen en definiëren van markten” en art. 16 “Marktanalyseprocedure” van de Kaderrichtlijn en is van invloed op de handel tussen de lidstaten. Hierover bestaat geen betwisting. Overigens kan worden opgemerkt dat de vernietigde beslissing van 1 juli 2011 werd overgemaakt aan de Europese Commissie en dat deze opmerkingen heeft geformuleerd.

35. Noch de Kaderrichtlijn noch de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voorzien in enige uitzondering die *in casu* relevant zou zijn².

36. Evenmin wordt aan de regulator enige beoordelingsvrijheid toegekend inzake de opportuniteit van de raadpleging van de Europese Commissie.

37. De vereiste om elke beslissing ter raadpleging voor te leggen aan de betrokken autoriteiten en instellingen wordt ook uitdrukkelijk bevestigd in overweging 15 van de Kaderrichtlijn: *“Het is van belang dat de nationale regelgevende instanties alle betrokken partijen raadplegen over voorgestelde besluiten en rekening houden met hun opmerkingen voordat zij een definitief besluit nemen.”*

² De enige mogelijke uitzondering die in het regelgevend kader is voorzien, betreft de situatie van hoogdringendheid waarbij een aanmelding na het nemen van de betrokken beslissing dient te worden vericht.



0002139

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 21

38. Het standpunt van de CRC dat de Europese Commissie niet diende te worden geraadpleegd, om reden dat de consultatie van de Europese Commissie voorafgaandelijk aan de vernietigde beslissing van 1 juli 2011, niet werd betwist of ongeldig verklaard in het arrest van 3 december 2014, kan dan ook niet worden bijgetreden. De kritiek van het hof was overigens niet beperkt tot de eindbeslissing, maar had betrekking op de marktdefinitie die gevolgen had voor de motivering van de opgelegde *ex ante* verplichtingen. Deze definitie en de opgelegde verplichtingen maakten reeds het voorwerp uit van de ontwerpbeslissing. De adviserende instanties dienden dan ook opnieuw te worden geraadpleegd voorafgaandelijk aan de nieuwe thans bestreden beslissing.

39. De CRC kan evenmin worden gevolgd wanneer zij stelt dat een tweede raadpleging nutteloos zou zijn geweest, omdat de bestreden beslissing gebaseerd is op dezelfde marktanalyse als de vernietigde beslissing van 1 juli 2011, waarop de Europese Commissie reeds opmerkingen had geformuleerd die verschilden van deze van het hof in zijn arrest van 3 december 2014. Zoals reeds gesteld, bestaat er immers een verplichting tot aanmelding, waarop slechts een mogelijke uitzondering bestaat, met name in geval van hoogdringendheid.

40. De aanmelding bij de Europese Commissie betreft een substantieel vormvoorschrift waarvan de naleving moet gezien worden in het kader van de doelstellingen die worden geformuleerd in de Kaderrichtlijn en de Toegangsrichtlijn³, meer bepaald de harmonisering van de regulering van elektronische communicatiediensten, realisatie van de interne markt voor de betrekkingen tussen aanbieders van netwerken en diensten met het oog op een duurzame mededinging, interoperabiliteit van elektronische communicatiediensten en voordelen voor de consument.

Aangezien naar Belgisch bestuursrecht de schending van een substantiële vormvereiste vervat in een regel van nationaal recht, de nietigheid van de akte tot gevolg heeft, behoort de sanctie dezelfde te zijn wegens schending van een communautaire substantiële formaliteit (zie: arrest van het hof van 30 juni 2006 in de zaak gekend onder het rolnummer 2003/AR/2474, randnr. 53).

41. Hoewel de toepasselijke regelgeving niet voorziet in een *in casu* relevante uitzondering op de verplichting tot raadpleging van de Europese Commissie en de bestreden beslissing derhalve diende aangemeld te worden, moet bijkomend worden gewezen op art. 16.6 (a) van de Kaderrichtlijn, dat het volgende bepaalt:

"Voor de in de leden 3 en 4 genoemde maatregelen gelden de procedures van de artikelen 6 en 7. De nationale regelgevende instanties voeren een analyse uit van de relevante markt en delen conform artikel 7 de corresponderende ontwerpmaatregel mee:

³ Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, PB. L. 24 april 2002, afl. 108, 7.



0002140

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 22

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

b) voor markten waarvoor nog niet eerder kennisgeving is gedaan bij de Commissie, binnen twee jaar na goedkeuring van een herziene aanbeveling inzake relevante markten of;

c) voor lidstaten die onlangs zijn toegetreden tot de Unie, binnen twee jaar na hun toetreding.

(...)."

Uit deze bepaling vloeit dus voort dat in het geval drie jaar of meer is verstreken sinds de vorige maatregel, de nationale regelgevende instanties een nieuwe marktanalyse dienen uit te voeren en hun ontwerpmaatregel dienen mee te delen aan de Europese Commissie.

Deze verplichting wordt bevestigd door de Europese Commissie. In haar opmerkingen op de beslissing van het BIPT van 8 augustus 2013 betreffende de marktanalyses met betrekking tot de huurlijnen, bekritiseerde de Europese Commissie de miskening van de verplichting tot mededeling van de herstelbeslissing van 14 september 2010 na de vernietiging van de eerdere beslissing van 17 januari 2007 bij arrest van 15 oktober 2009 (zaak gekend onder het rolnummer 2007/AR/930). De Europese Commissie merkte immers het volgende op: "De Commissie merkt op dat de door het BIPT aangemelde en door de Commissie beoordeelde maatregel, gekend onder het zaaknummer BE/2006/0551-0553 vervangen werd door een regelgevende correctiemaatregel die dateert van 14 september 2010 ingevolge een gerechtelijke beslissing. Deze correctiemaatregel was niet aangemeld bij de Commissie in het kader van de artikel 7-procedure. In diens antwoord op het verzoek om informatie licht het BIPT toe dat de inhoud van de voormelde beslissing niet op substantiële wijze gewijzigd werd. De Commissie wijst het BIPT er echter op dat er drieënhalf jaar verstreken zijn tussen de aanmelding van de oorspronkelijke maatregel bij de Commissie op 5 december 2006 en de goedkeuring van de niet-aangemelde correctiemaatregel. De technologie en de concurrentievoorwaarden kunnen snel en gevoelig evolueren over een periode van drie jaar. In toepassing van artikel 16, paragraaf 6, punt a) van de Kaderrichtlijn moeten de NRI's een analyse van de relevante markt uitvoeren en de ermee overeenstemmende ontwerpmaatregel aanmelden, conform artikel 7 van de voormelde richtlijn, binnen de drie jaar volgend op de goedkeuring van een eerdere maatregel betreffende deze markt."⁴

⁴ Vrije vertaling, weergegeven door de CRC en niet betwist door de andere partijen, van volgende tekst in het Frans: "La Commission observe que le projet de mesure notifié par l'IBPT et évalué par la Commission sous le numéro d'affaire BE/2006/0551-0553 a été remplacé par une mesure réglementaire rectificative datée du 14 septembre 2010 après une décision de justice. Cette mesure rectificative n'a pas été notifiée à la Commission dans le cadre de la procédure de l'article 7. Dans sa réponse à la demande d'informations, l'IBPT explique que le contenu de la décision précitée n'a pas été modifié de façon substantielle. La Commission signale toutefois à l'IBPT qu'il s'est écoulé trois ans et demi entre la notification de la mesure d'origine à la Commission le 5 décembre 2006 et l'adoption de la mesure rectificative non notifiée. La technologie et les conditions de concurrence peuvent évoluer rapidement et sensiblement sur une période de trois ans. En application de l'article 16, paragraphe 6, point a), de la



0002141

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 23

In casu dient zich eenzelfde situatie aan. De CRC had op 20 mei 2011 de ontwerpbeslissing overgemaakt aan de Europese Commissie, de oorspronkelijke beslissing die daaruit voortvloeide, dateert van 1 juli 2011 en de bestreden beslissing dateert van 18 december 2014, m.a.w. meer dan drie jaar later.

Het verstrijken van een tijdsspanne van meer dan drie jaar vereist dat de beslissing wordt voorgelegd aan de Europese Commissie en dat zij daaraan voorafgaand ook op afdoende wijze geactualiseerd wordt, rekening houdend met alle relevante gegevens inzake gewijzigde marktomstandigheden en technologische evoluties. Het gegeven dat een beslissing bij arrest wordt vernietigd, kan niet rechtvaardigen dat een regulator, al was het om de vernietiging voor het verleden zogenaamd te herstellen, bij het nemen van zijn beslissing niet gehouden zou zijn om rekening te houden met de huidige marktomstandigheden en technologische evoluties, zeker gelet op het feit dat de nieuwe beslissing ook uitwerking heeft naar de toekomst toe. Daarbij dienen de substantiële vormvoorschriften te worden nageleefd.

c) Besluit betreffende het eerste middel

42. De bestreden beslissing diende voorafgaandelijk te worden voorgelegd aan de nationale Mededingingsautoriteit en aan de Europese Commissie, te meer omdat er meer dan drie jaren zijn verlopen tussen het nemen van de vernietigde beslissing van 1 juli 2011 en de bestreden beslissing van 18 december 2014.

De raadplegingen van de Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie zijn substantiële vormvereisten, waarvan de miskening de nietigheid van de beslissing tot gevolg heeft.

De bestreden beslissing moet bijgevolg worden vernietigd.

Tweede en derde middel: kennelijk gebrekkige motivering van de aan BELGACOM opgelegde verplichtingen en terugwerkende kracht van de bestreden beslissing

43. Gelet op de gegrondheid van het eerste middel, dienen het tweede en derde door BELGACOM ingeroepen middel niet te worden beoordeeld.

V.3. Gevolgen van de vernietiging

directive «cadre», les ARN doivent effectuer une analyse du marché pertinent et notifier le projet de mesure correspondant, conformément à l'article 7 de ladite directive, dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente mesure concernant ce marché."

PAGE 01-00000480382-0023-0027-04-01-4



0002142

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 24

44. De CRC vraagt de gevolgen van de thans vernietigde beslissing in de tijd te handhaven sedert de datum van de inwerkingtreding ervan tot aan de datum van de inwerkingtreding van een nieuwe beslissing betreffende de analyse van de breedbandmarkten.

45. De CRC motiveert niet waarom het hof de gevolgen van de vernietigde beslissing voor een bepaalde duur zou moeten behouden.

Zij houdt niet voor en toont *a fortiori* niet aan dat de terugwerkende kracht van de vernietiging uiterst ernstige of bijzonder nadelige gevolgen zou hebben onder meer vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid.

Door de vernietiging van de bestreden beslissing geldt opnieuw het Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009 tot een nieuwe beslissing houdende een nieuwe marktanalyse.

V.4. Rechtsmacht van het hof

46. Overeenkomstig art. 5 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, heeft het hof de bevoegdheid een beslissing te beoordelen met volle rechtsmacht en kan het de bestreden beslissing vervangen door een nieuwe beslissing.

De mogelijkheid die aan het hof wordt geboden om de bestreden beslissing te vervangen door een nieuwe beslissing, is beperkt. Het hof is gebonden door de grenzen van het debat, zoals dit wordt voorgelegd door partijen. Het kan zich enkel uitspreken over de opgeworpen middelen en de eventueel ambtshalve op te werpen middelen en kan niet meer toekennen dan hetgeen wordt gevorderd. BELGACOM vordert enkel de vernietiging van de bestreden beslissing. Bovendien moet het hof de appreciatiebevoegdheid van de regulator respecteren en rekening houden met de substantiële vormvoorschriften. In geval de substantiële vormvoorschriften zijn miskend, zoals *in casu*, kan het hof de bestreden beslissing niet vervangen door een nieuwe beslissing (zie: arrest van 7 mei 2009 in de zaak gekend onder het rolnummer 2008/AR/787, randnr. 293).

V.5. Verzoek tot terbeschikkingstelling van een vrij afschrift van het arrest

47. De CRC vraagt te gelasten dat op de griffie van het hof een vrij afschrift van het arrest ter beschikking gesteld wordt van elke partij op de dag van de uitspraak van voornoemd arrest.

PAGE 03-00000480382-0024-0027-04-01-4



0002143

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 25

48. Artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van Informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, bepaalt dat voor alle aspecten die betrekking hebben op de procedure voor het hof van beroep van Brussel, het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is.

Bijgevolg geldt art. 792 Ger. W. dat het volgende bepaalt in verband met het vrij afschrift van het vonnis (of arrest): *"Binnen acht dagen na de uitspraak van het vonnis zendt de griffier bij gewone brief een niet ondertekend afschrift van het vonnis aan elke partij, of, in voorkomend geval, aan hun advocaten."*

Artikel 792 Ger. W. voorziet derhalve niet in de onmiddellijke terbeschikkingstelling ter griffie van een vrij afschrift van het arrest, zodat het verzoek van de CRC moet worden afgewezen.

V.6. Rechtsplegingsvergoeding

49. De rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij (art. 1022 Ger. W.). Deze definitie strookt met art. 1017 Ger. W., dat bepaalt dat enkel de in het ongelijk gestelde partij tot de kosten kan worden veroordeeld, waarbij de kosten onder meer de rechtsplegingsvergoeding omvatten (art. 1018 Ger. W.).

In het (on)gelijk gesteld worden, impliceert dat een partij slechts tot de kosten kan worden veroordeeld die zijn gemaakt door een partij die jegens haar een veroordeling heeft verkregen. Dit laatste veronderstelt een agressief optreden, m.a.w. het effectief iets in rechte vorderen (S. VOET, "Rechtsplegingsvergoeding per gerechtelijke band: Where will it all end?", *R.W.* 2010-11, afl. 21, (888) 889, nr. 5; Cass. C.12.0202.N, 25 januari 2013, www.cass.be).

De tussenkomende partijen stellen geen vordering in, maar steunen enkel het verweer van de CRC.

Bijgevolg kan aan de tussenkomende partijen geen rechtsplegingsvergoeding worden toegekend.

Er kan enkel een rechtsplegingsvergoeding worden toegekend aan BELGACOM, die in het gelijk gesteld is jegens de CRC.

PAGE 01-00000480382-0025-0027-04-03-4



0002144

Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 26

50. De vordering van BELGACOM betreft een niet in geld waardeerbare vordering.

Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt € 1.320,00 (geïndexeerd; art. 3 Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in art. 1022 Ger. W. en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007, B.S. 9 november 2007).

OM DEZE REDENEN,

HET HOF

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Rechtsprekende op tegenspraak;

Verklaart het beroep ontvankelijk en gegrond;

Verklaart de tussenkomsten van TELENET, NETHYS en NEWIN ontvankelijk, doch ongegrond;

Vernietigt de beslissing van de CRC van 18 december 2014 houdende vernieuwing en correctie van de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten;

Veroordeelt de CRC tot de kosten van het geding, in hoofde van BELGACOM begroot op € 210,00 (rolrecht) + € 1.320,00 (rechtsplegingsvergoeding) en in hoofde van haarzelf niet begroot, daar ze ten hare laste blijven;

Zegt dat TELENET, NETHYS en NEWIN elk hun eigen kosten dienen te dragen.

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 18^{de} kamer N van het hof van beroep te Brussel op 29 juni 2016,

waar aanwezig waren :

PAGE 03-00000480382-0026-0027-04-03-4



Hof van beroep Brussel – 2015/AR/196 – p. 27

- Dhr. Marc BOSMANS,
- Mevr. Karen PITEUS,
- Dhr. Olivier DUGARDYN,
- Dhr. Thierry GILLIOEN,

raadsheer d.d. voorzitter,
gedelegeerd magistraat,
plaatsvervangend raadsheer,
griffier.



T. GILLIOEN



K. PITEUS



O. DUGARDYN

M. BOSMANS

