

Repertoriumnummer <b>2020 / 9152</b>
Datum van uitspraak <b>23 december 2020</b>
Rolnummer <b>2020/AR/1238</b>

### Uitgifte

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

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Eindarrest : ontvankelijk en deels gegrond

# Hof van beroep

## Brussel

Sectie Marktenhof

19<sup>de</sup> kamer A

Kamer voor marktzaken

## Arrest

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00001888098-0001-0027-02-01-1



INZAKE :

**EDPNET NV**, ON 0466.070.845, met maatschappelijke zetel te 9100 SINT-NIKLAAS, Van Landeghemstraat 20,  
verzoekende partij,

vertegenwoordigd door Mr. VALCKE Frederick loco Mr. DEPLA Rik, advocaat, kantoorhoudende te 8310 SINT-KRUIS (BRUGGE), Karel Van Manderstraat 123

tegen de beslissing van de Raad van het BIPT van 30 juni 2020

TEGEN :

**Het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE**, hierna afgekort BIPT, ON 0243.405.860, met maatschappelijke zetel te 1030 SCHAARBEEK, Koning Albert II-laan 35, , Ellipse Building – Gebouw C,  
verwerende partij,

vertegenwoordigd door

Mr. RYELANDT Grégoire, VERNET Philippe, Mr. RYELANDT Grégoire loco DEPRE Sébastien en Mr. DE FAUW Jasper,  
advocaten, allen kantoorhoudende te 1050 BRUSSEL Eugène Flageyplein 7.

## **1. Rechtsmacht van het Marktenhof:**

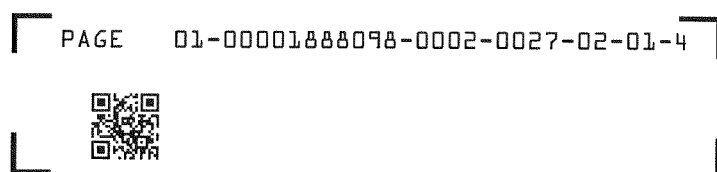
Het hof put zijn rechtsmacht uit een verzoekschrift ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 14 september 2020 neergelegd door de NV EDPnet (hierna “EDPnet”) tegen het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE (hierna “BIPT”).

Het verzoekschrift werd neergelegd in een vertrouwelijke en een niet-vertrouwelijke versie.

Bij dit verzoekschrift stelt EDPnet bij het Marktenhof beroep in tegen de beslissing van de Raad van het BIPT van 30 juni 2020 betreffende de herziening van de enige heffingen (“one-time fees”) en de maandelijkse huurprijs “ISLA Repair” van de referentieaanbiedingen BRUO en Bitstream xDSL van Proximus.

## **2. De vorderingen voor het Marktenhof:**

2.1.



Bij conclusie neergelegd ter griffie op 18 november 2020 vordert EDPnet:

*“Akte te nemen van het verzoek tot vernietiging van verzoekster en de vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren.*

*Bijgevolg het artikel 177 van het Besluit van de Raad van het BIPT van 30 juni 2020 betreffende de herziening van enige heffingen (“one-time fees”) en de maandelijkse huurprijs “ISLA Repair” van de referentieaanbiedingen BRUO en Bitstream xDSL van Proximus, te vernietigen waar het een maandelijkse toelage van € 1,17 in het referentieaanbod van Proximus oplegt.*

*Verwerende partij te veroordelen tot alle kosten van het geding in hoofde van verzoekster begroot op:*

- *Rechtsplegingsvergoeding: € 1.440*
- *Bijdrage bij het Fonds voor juridische tweedelijnsbijstand € 20”*

Bij conclusie neergelegd op 9 december 2020 vordert het BIPT:

- “ - Het beroep van EDPnet ongegrond te verklaren,  
- EDPnet te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.440 € (basisbedrag).”*

## 2.2.

De terechtzitting van 16 december 2020 werd gehouden via een Webex videoconferentie. De procespartijen hebben zich voorafgaand per mail akkoord verklaard met deze werkwijze.

Het Marktenhof benadrukt dat alle advocaten van de procespartijen en alle vertegenwoordigers van de partijen die wensten deel te nemen aan de behandeling van de openbare terechtzitting voorafgaand een *link* houdende uitnodiging om deel te nemen aan de videoconferentie hebben ontvangen.

Bovendien bevond er zich in de zittingszaal 1.32 alwaar het Marktenhof zetelt een document met de vermelding van de *link* waarop elke gegadigde kon inloggen om alzo digitaal en virtueel aan de behandeling ter terechtzitting deel te nemen (één en ander zie het proces-verbaal van de terechtzitting).

Deze wijze van handelen, die de regels van de openbare terechtzitting volledig eerbiedigt, zij het via een virtuele openbaarheid en niet via een fysieke aanwezigheid, is geheel conform zowel aan de Grondwettelijke eisen als aan de eisen van artikel 6.1 EVRM en 47 HGEU.

## 2.3.

Op de, ter terechtzitting, gestelde vraag welke de impact zou zijn van een vernietiging zoals door EDPnet gevorderd (en die werkt *ex tunc* en *erga omnes*), voor PROXIMUS en de overige operatoren, stelt EDPnet dat het oude tarief dan herleeft (en blijft bestaan) en dienvolgens toepasselijk is en blijft op alle operatoren.



Het BIPT stelt dat de nieuwe tarieven vanaf 1 januari 2021 zouden in werking treden. Het BIPT bevestigt dat indien er een vernietiging zou komen de bestaande regeling effectief blijft gelden. Dit zou – volgens het BIPT - problemen opleveren voor PROXIMUS omdat deze de nodige werken heeft uitgevoerd om de nieuwe regeling en tarieven te hanteren. Uiterst ondergeschikt vraagt het BIPT om – in geval van een vernietiging – deze sanctie niet *ex tunc* te laten ingaan maar integendeel – op grond van de volle rechtsmacht van het Marktenhof – de sanctie van vernietiging slechts te laten ingaan na een termijn van zes maand.

### 3. De feiten:

De verschillende partijen geven een eigen feitenrelaas.

Het Marktenhof herneemt hierbij enkel het feitenrelaas zoals het voorkomt in het inleidend verzoekschrift.

1.

Op 30.06.2020 nam het BIPT het besluit betreffende de herziening van de enige heffingen (“one-time fees”) en de maandelijkse huurprijs “ISLA Repair” van de referentieaanbiedingen BRUO en Bitstream xDSL van Proximus.

Het besluit werd op 14.07.2020 gepubliceerd op de website van het BIPT<sup>1</sup>.

In dit besluit worden de tarieven herzien die gefactureerd worden aan de alternatieve operatoren (OLO's) voor prestaties uitgevoerd door Proximus op haar kopernetwerk in het kader van de BRUO en Bitstream xDSL referentieaanbiedingen.

Volgens voornoemd besluit (artikel 2) heeft het BIPT in 2016 verschillende sessies georganiseerd met Proximus en de begunstigde operatoren over de eenmalige activiteiten in het kader van de BRUO en Bitstream xDSL referentieaanbiedingen.

Verzoekster werd hier evenwel niet over geraadpleegd.

De herziening van de tarieven zou worden beperkt tot een aantal activiteiten. Het gaat hierbij onder meer over de herziening van het tarief van de ‘Simple Network Adaptations’ (SNA's). Dit is het solderen van de koperkabel van een eindklant aan de dichtstbijzijnde distributiekabel van Proximus.

Verzoekster zal de vernietiging van het bestreden besluit vragen wat deze tariefherziening voor SNA's betreft, en meer bepaald wat betreft het invoeren van een maandelijkse toelage in plaats van het aanrekenen van een ‘one-time fee’.



2.

In het ontwerpbesluit dat voorgelegd werd aan de alternatieve operatoren, werd zoals gezegd enerzijds een tariefaanpassing voorgesteld wat betreft SNA's. De *'one-time fee'* zou worden aangepast van € 447,63 naar € 488,73.

Anderzijds wenste het BIPT 'van de gelegenheid gebruik te maken' om te analyseren of dit tarief niet kon hervormd worden naar een maandelijkse toeslag bovenop het maandelijkse huurtarief.

In de rekenwijze die werd voorgesteld, werd maandelijkse SNA-toeslag bepaald op basis van de totale kostprijs van SNA's in het jaar 2019, verrekend over het totale actieve koperparen van Proximus.

Met zonet vermelde rekenmethode kwam het BIPT uit op een bijkomende toeslag van € 1,11 per maand per lijn.



3.

Zoals artikel 140 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voorschrijft, werd een openbare raadpleging gehouden.

Er werden twee vragen voorgelegd aan de operatoren:

- 1) “Vindt u dat de SNA one-time fee moet hervormd worden naar een maandelijkse toeslag bovenop het huurtarief?”
- 2) “Bent u akkoord met de gebruikte rekenmethode van het BIPT?”

4.

Verzoekster heeft haar opmerkingen gegeven.

Wat betreft het invoeren van een maandelijkse toelage van € 1,11 was verzoekster voorzichtig positief. Als besluit stelde zij:

*“De invoering van een maandelijkse SNA-toeslag per lijn is in principe een goede zaak voor de OLO’s. De maandelijkse SNA-toeslag per lijn zal in de maandelijkse abonnementsprijs verrekend worden. Als gevolg hiervan zal de drempel van de hoge SNA-factuur verdwijnen, waardoor het klantenverlies als gevolg van SNA-detectie voor de OLO’s zal worden beperkt. In het algemeen zullen de aansluitkosten in vergelijking met de huidige one-time fee systeem voor de OLO’s wel toenemen, maar daartegenover staat dat ook de OLO-inkomsten zullen toenemen. Er mag van worden uitgegaan dat het saldo positief zal zijn voor de OLO’s”.*

5.

Wat betreft de door het BIPT gebruikte rekenmethode stelde verzoekster dat het berekenen van de totale kostprijs van de SNA’s over het totale aantal actieve koperparen van 2018, de eenvoudigste methode lijkt.

Zij stelde wel onmiddellijk dat de hoogte van de maandelijkse SNA-toeslag cruciaal is omdat vanaf een bepaald bedrag, het commercieel voortbestaan van bepaalde abonnementen van verzoekster in het gedrang komt.

Verzoekster heeft dit gestaafd met vertrouwelijke cijfers.

Verder stelde zij dat voor de bestaanszekerheid van de OLO het tevens primordiaal is dat er transparantie is over de samenstelling en de toekomstige evolutie van de maandelijkse SNA-toeslag per lijn.

Immers zullen door de invoering van een maandelijkse toeslag – en het wegvallen van de hoge *one-time fee* – het aantal uitgevoerde SNA’s stijgen. Bovendien is het onduidelijk in welke richting het aantal actieve koperparen zal gaan: zullen het er meer of minder worden?

6.

Ook andere alternatieve operatoren hebben hun opmerkingen gegeven op het ontwerpbesluit wat betreft de tariefherziening voor SNA’s en de invoering van een maandelijkse toelage hiervoor.

Vier operatoren reageerden negatief. Eén operator was noch negatief, noch positief. Drie operatoren waren positief (waaronder dus verzoekster, zij het dat verzoekster de nodige reserve inbouwde).



Verzoekster vroeg in haar antwoordformulier wel verduidelijking over een heel aantal zaken en zij gaf inhoudelijk commentaar op de wijze van verrekening van het kostenmodel:

- Het invoeren van een maandelijkse SNA-toeslag per lijn zal globaal de SNA-kosten van de alternatieve operatoren aanzienlijk verhogen in vergelijking met het huidige systeem van de *one-time fee*;
- Hypothetische extra bestellingen van de alternatieve operatoren zullen voor Proximus ook extra SNA-kosten veroorzaken;
- Omdat operatoren geen moeite meer gaan doen om hun potentiële eindklanten te ondervragen om een alternatief voor een SNA te vinden, gaat het aantal SNA's toenemen, wat tot extra SNA-kosten voor Proximus zal leiden;
- Deze extra SNA-kosten voor Proximus zullen leiden tot een hogere maandelijkse SNA-toeslag;
- De invoering van een SNA-toeslag per maand per lijn betekent dat de maandelijkse kost van alle actieve DSL-lijnen stijgt, dus ook van degene waarvoor (recent) een eenmalige SNA-vergoeding werd betaald;
- De stijging van de maandelijkse lijnkosten als gevolg van een SNA-toeslag heeft een negatieve invloed op de rentabiliteit, waardoor het voortbestaan onder de huidige voorwaarden van bepaalde abonnementen op de helling komt te staan.

7.

Bovendien toonde verzoekster zich niet *per se* negatief over het systeem van de *one-time fee*. Dit geldt uiteraard onder de voorwaarde dat deze hoge *one-time fee* niet nog fundamenteel hoger werd dan reeds het geval was. Nochtans ging het voorstel van het BIPT wel in die richting, door de *one-time fee* te verhogen van € 447,63 naar € 488,73, zij het een stijging van 9,18 %.

Immers kon verzoekster in de loop van jaren een SNA-avoidance procedure uitwerken, waardoor in veel gevallen met de eindklant toch een oplossing kon worden gevonden, waarbij de SNA niet moest worden uitgevoerd.

Op die manier kon voor de eindklant de hoge *one-time fee* voor de SNA worden vermeden, én was verzoekster haar klant niet kwijt.

In sommige gevallen kan een SNA daarentegen niet worden vermeden en kiest de eindklant ervoor om de bestelling stop te zetten, soms wegens de hoge kost, soms wegens het vooruitzicht op (graaf- en/of laswerken). Dit resulteert voor verzoekster uiteraard in inkomstenverlies.

De vraag voor verzoekster is of het vermijden van inkomstenverlies doordat de klanten niet meer afhaken wegens de hoge *one-time fee*, opweegt tegen de extra kosten doordat verzoekster nu op elke actieve lijn een maandelijkse toelage moet betalen.

In theorie zou dit kunnen (vandaar dat verzoekster in eerste instantie voorzichtig positief reageerde), maar dit hangt sterk af van de hoogte van de maandelijkse toelage.

Verzoekster zal dit verder uiteenzetten onder punt III.1 betreffende 'het belang'.

8.

Uiteindelijk kwam het BIPT tot het thans bestreden besluit, waarbij werd beslist "na een interne evaluatie van de verschillende voor- en nadelen" de maandelijkse toelage voor SNA's in te voeren, volgens de voorgestelde berekeningsmethode uit het ontwerpbesluit.

Er worden evenwel nog een aantal correcties uitgevoerd.

Zo werden de SNA's die Proximus kosteloos uitvoert, uit de berekening genomen. Immers zou Proximus zo dingen die zij niet aanreken kunnen verhalen op de alternatieve operatoren (zie punt 87 van het bestreden besluit).

Daarnaast werd nog een correctie uitgevoerd op de berekening van de kost voor lokale en nationale ondersteuning van de onderaannemers. Het BIPT houdt rekening met het feit dat het aantal SNA's is gedaald tussen 2015 en 2018, waardoor de geleverde ondersteuning ook gedaald is. Het BIPT heeft wat dat betreft een correctiefactor toegepast.

Ten slotte heeft het BIPT nog een IT-markup toegepast op IT-kosten voor de onderaannemers. Volgens het BIPT toont Proximus aan dat de onderaannemers voor bepaalde activiteiten niet alleen gebruikmaken van hun eigen IT-systemen, maar ook van die van Proximus.

Het exacte cijfer van deze IT-markup wordt kenbaar gemaakt.

Al deze elementen samen zorgen ervoor dat de maandelijkse toelage ten opzichte van deze in het ontwerpbesluit, stijgt van € 1,11 naar € 1,17, ofwel een stijging met 5,4 %.

#### **4. Het bestreden gedeelte van de bestreden beslissing luidt als volgt:**

*“Besluit en inwerkingtreding*

*176. Op 30 juni 2020 is de Raad van het BIPT bijeengekomen en heeft het beslist dat het referentiaanbod van Proximus integraal aan de opmerkingen in dit besluit moet worden aangepast. Dit besluit van het BIPT treedt in werking op de eerste dag van de maand die volgt op de publicatie van dit besluit.*

*177. Het BIPT vraagt aan Proximus om haar referentiebiedingen aan te passen in overeenstemming met de onderstaande tabellen:  
[tabellen]*

*178. Het BIPT vraagt aan Proximus, overeenkomstig artikel 59, § 6, vierde lid, van de wet van 13 juni 2005, om de aangepaste versie van zijn voorstel te sturen 30 dagen na de publicatie van dit besluit. Het BIPT zal de conformiteit van deze gewijzigde versie nagaan voor ze gepubliceerd wordt. Indien bepaalde wijzigingen een IT implementatie noodzakelijk maken, moet deze implementatie binnen zes maanden na publicatie van dit besluit plaatsvinden zodat de alternatieve operatoren binnen dezelfde termijn effectief gebruik kunnen maken van deze systemen.*

*179. Tenslotte wil het BIPT Proximus eraan herinneren dat, overeenkomstig artikel 59, § 5, van de wet van 13 juni 2005, het BIPT het referentiebod te allen tijde moet kunnen wijzigen om rekening te houden met de ontwikkeling van de Proximus -aanbiedingen en de verzoeken van de begunstigen.*



## 5. Het juridisch kader van de rechtsmacht van het Marktenhof:

De bestreden beslissing is een uitvoeringshandeling van een beslissing van het CRC die het Marktenhof bij arrest van 4 september 2019 conform heeft verklaard met de Wet betreffende de Elektronische Communicatie en waartegen geen cassatie voorziening werd ingesteld zodat ze definitief is. De door EDPnet bestreden bepalingen handelen over een prestatie die Proximus gehouden is te leveren aan de OLO's. Proximus heeft het recht om de effectieve kosten die zij heeft gemaakt voor deze prestaties te recupereren.

Artikel 59 (Hoofdstuk III. Bepalingen van toepassing op operatoren met een sterke machtspositie op een relevante markt) van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie luidt als volgt:

### *“§ 1*

*Het Instituut kan, overeenkomstig artikel 55, §§ 3 en 4/1, de verplichtingen inzake transparantie met betrekking tot toegang opleggen, op grond waarvan operatoren door het Instituut bepaalde informatie, zoals boekhoudkundige informatie, technische specificaties, netwerkenmerken, eisen en voorwaarden voor levering en gebruik alsmede tarieven, openbaar moeten maken.*

*Het Instituut preciseert welke informatie beschikbaar moet worden gesteld, hoe gedetailleerd zij moet zijn en op welke wijze zij moet worden gepubliceerd.*

### *§ 2*

*Wanneer voor een operator verplichtingen inzake niet-discriminatie gelden, kan het Instituut van die operator eisen dat hij een referentieaanbod publiceert dat voldoende gespecificeerd is om te garanderen dat de operatoren niet hoeven te betalen voor faciliteiten die voor de gewenste dienst niet nodig zijn. Daarin wordt een beschrijving gegeven van de betrokken aanbiedingen, uitgesplitst in diverse elementen naargelang van de marktbehoeften, en van de daaraan verbonden eisen en voorwaarden, met inbegrip van de tarieven.*

### *§ 3*

*Niettegenstaande § 1 kan het Instituut de operatoren, die een verplichting hebben uit hoofde van artikel 61, § 1, aangaande groothandelstoegang tot netwerkinfrastructuur, de verplichting opleggen om een referentieaanbod, zoals omschreven in § 2, te publiceren inzake interconnectie, volledig ontbundelde of gedeelde toegang tot het aansluitnetwerk of het partiële aansluitnetwerk, toegang tot een binair debiet, of een andere vorm van toegang, al naargelang van het type van toegang dat door de betreffende operator moet worden toegestaan.*

*Indien het Instituut de verplichting oplegt om een referentieaanbod zoals omschreven in § 2 te publiceren inzake groothandelstoegang tot netwerkinfrastructuur, bevat dit referentieaanbod minstens de elementen die bepaald worden door het Instituut.*

### *§ 4*

*Elk nieuw referentieaanbod wordt, voordat het gepubliceerd wordt, door het Instituut goedgekeurd, dat de aanpassingen die het nodig acht kan opleggen.*



§ 5

*Het Instituut kan de wijzigingen aan het referentieaanbod opleggen die het nodig acht teneinde de maatregelen op te leggen waarin deze wet voorziet.*

§ 6

*Wanneer de auteur van een referentieaanbod dit wenst te wijzigen, notificeert hij het Instituut de gewenste wijziging ten minste 90 dagen voor de voorziene datum van de inwerkingtreding.*

*Binnen die termijn kan het Instituut aan de auteur van de voorgestelde wijziging van het referentieaanbod notificeren dat het een beslissing aangaande de voorgestelde wijziging zal nemen. Deze notificatie schort de inwerkingtreding van de voorgestelde wijziging op. Het Instituut kan aanpassingen die het nodig acht opleggen aan de gewenste wijziging, of ze weigeren.*

*Het Instituut bepaalt de modaliteiten voor de inwerkingtreding van de wijziging in zijn beslissing.*

§ 7

*Het referentieaanbod is gratis in elektronische vorm beschikbaar op een vrij toegankelijke website. Het Instituut bepaalt de modaliteiten van deze publicatie en van de aan de begunstigen van het referentieaanbod te leveren inlichtingen.*

*De publicatie van een referentieaanbod vormt geen belemmering voor redelijke verzoeken om toegang waarin dat aanbod niet voorziet.”*

Artikel 62 van dezelfde wet bepaalt:

*“Het Instituut kan overeenkomstig artikel 55, paragrafen 3 en 4/1, verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken operator de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers.*

*Wanneer het Instituut een van deze verplichtingen aan een operator oplegt, wordt rekening gehouden met de kosten verbonden aan efficiënte dienstverlening.*

*Om investeringen door de operator in nieuwe generatie netwerken aan te moedigen, houdt het Instituut rekening met de door de operator gedane investeringen, en staat het toe dat hij een redelijke opbrengst krijgt uit zijn gepaste kapitaalbreng, waarbij alle risico's die specifiek verband houden met een bepaald nieuw netwerkproject in beschouwing worden genomen.*



*§ 2. Iedere operator onderworpen aan een verplichting inzake kostenoriëntering van zijn tarieven, verstrekt aan het Instituut, wanneer dit erom verzoekt, het bewijs van de naleving van die verplichting.*

*Het Instituut kan van een operator verlangen dat deze volledige verantwoording aflegt. Indien nodig kan het Instituut de aanpassing van de tarieven verlangen.*

*Voor de berekening van de kosten verbonden aan efficiënte dienstverlening, kan het Instituut boekhoudkundige en kostenberekenningsmethoden gebruiken die los staan van de door de operator gebruikte methoden.*

*§ 3. Wanneer de invoering van een kostentoerekeningssysteem verplicht wordt gesteld, publiceert het Instituut een beschrijving van dit kostentoerekeningssysteem met daarin ten minste de hoofdcategorieën waarin de kosten worden ingedeeld en de voor de toerekening van de kosten toegepaste regels”.*

Artikel 140 van de Wet Elektronische Communicatie van 13 juni 2005 bepaalt:

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

*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.”*

## **6. De ingeroepen middelen.**

### **6.1.**

EDPnet laat volgende middelen gelden:

*Eerste middel: schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen*

*Tweede middel: schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet – schending van het gelijkheidsbeginsel – schending van de formele motiveringsplicht*

*Derde middel: schending van art. IV.2 en art. IV.2/1 Wetboek van Economisch Recht en art. 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie*



6.2.

Het BIPT laat volgende middelen gelden:

*Middel 1: de Bestreden Beslissing is een uitvoeringshandeling van de beslissing van het CRC van 29 juni 2018, die reeds werd gevalideerd door het Marktenhof. De keuze om te kiezen voor een maandelijkse toeslag in plaats van een “one-time fee” (vrij vertaald: eenmalige bijdrage) maakt deel uit van de beoordelingsvrijheid van het BIPT. Deze keuze is gegrond op een ernstige en objectieve motivatie, die afdoend is om begrepen te worden door het Marktenhof. Voor zover als nodig vervolledigen de uiteenzettingen die worden bijgebracht in het kader van het huidig beroep de motivatie. Geen enkel gebrek aan de motiveringsplicht kan worden weerhouden. Het middel dat steunt op een beweerde schending van artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 dient verworpen te worden.*

*Middel 2: De Bestreden Beslissing schendt het gelijkheidsbeginsel niet. Het BIPT heeft geen manifeste beoordelingsfout gemaakt in de beoordeling van de mogelijke discriminatie inzake de maandelijkse vergoeding zoals deze werd berekend. EDPnet interpreteert de berekeningswijze van de maandelijkse toeslag op een verkeerde manier.*

*Middel 3: Er is geen sprake van een misbruik van machtspositie. De Bestreden Beslissing schendt de artikel IV.2 en IV.2/1 WER en artikel 102 VWEU niet.*

**7. Beoordeling.**

**7.1. De ontvankelijkheid van de vordering van EDPnet.**

In een voorafgaand middel laat EDPnet gelden dat haar beroep ontvankelijk is.

Overeenkomstig artikel 2 § 1, tweede alinea van de wet-rechtsmiddelen<sup>1</sup> kan er tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld bij het Marktenhof, rechtsprekend zoals in kort geding.

Iedere persoon die een belang heeft om op te treden, mag het voornoemde beroep indienen.

EDPnet doet blijken van het vereiste belang, de tarieven hebben impact op haar werking en rendabiliteit.

**7.2. Schending van de motiveringsplicht (eerste middel eisende partij).**

7.2.1.

EDPnet laat in haar verzoekschrift gelden:

---

<sup>1</sup> Wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna “wet-rechtsmiddelen”).

Wat betreft de diverse opmerkingen en bezwaren van de alternatieve operatoren stelt de bestreden beslissing in de punten 80 en 81, na de standpunten van de alternatieve operatoren zeer kort te hebben weergegeven:

*“Het BIPT stelt vast dat de meningen zeer verdeeld zijn. In het algemeen kan men stellen dat alternatieve operatoren die actief zijn in de business markt eerder negatief zijn, terwijl operatoren die actief zijn in de consumentenmarkt eerder positief zijn.*

*Na een interne evaluatie van de verschillende voor- en nadelen, stelt het BIPT voor om een maandelijkse toelage in te voeren, volgens de voorgestelde berekeningsmethode uit het ontwerpbesluit.”*

Het BIPT stelt dus louter dat zij de ‘verschillende voor- en nadelen intern heeft geëvalueerd’.

Deze motivering is veel te vaag voor het belang van de beslissing, zij is totaal niet precies en concreet. Uit de motivering blijkt evenmin dat het BIPT de aangevoerde bezwaren en opmerkingen daadwerkelijk heeft onderzocht en in de besluitvorming heeft betrokken.

De motivering is niet afdoende.

Het middel is gegrond en leidt tot de vernietiging van de bestreden bepalingen.

#### 7.2.2.

Bij conclusie stelt zij onder meer:

*“Ten slotte mag verzoekster opwerpen dat de alternatieve operatoren hun opmerkingen hebben doen kennen tijdens de publieke raadpleging (zo ook verzoekster). Diverse operatoren wierpen op dat het invoeren van een maandelijkse toelage een (zeer) negatieve impact zou hebben op hun rentabiliteit.*

*Ook EDPnet heeft opgeworpen dat het bedrag van de maandelijkse SNA-toeslag cruciaal zou zijn. Immers zou vanaf een bepaalde grootte van het bedrag, dit een negatieve invloed hebben op de rentabiliteit van bepaalde abonnementen.*

[...]

*Zes operatoren reageerden duidelijk negatief. Twee operatoren reageerden duidelijk positief. Eén operator (EDPnet) reageerde voorzichtig positief, afhankelijk van de hoogte van de maandelijkse toeslag.*

*Met andere woorden, twee derden (66%) van de operatoren waren tégen de invoer van een maandelijkse SNA-toeslag. De grootste reden hiervoor was een stijging van de kosten en een daling van de rentabiliteit. Ook EDPnet maakte voorbehoud voor de hoogte van de maandelijkse toeslag en heeft haar redenering met al dan niet vertrouwelijke cijfers gestaafd.*



*Uit de administratieve beslissing moet blijken dat het BIPT deze opmerkingen en bezwaren daadwerkelijk heeft onderzocht en in de besluitvorming betrokken. Indien de aangevoerde bezwaren een groot belang hebben (zoals in casu – de overheid grijpt dramatisch in in de kostenstructuur van private ondernemingen), pertinent zijn en gedetailleerd zijn, heeft dit zijn weerslag op de motivering, die des te preciezer en gedetailleerder moet zijn.*

*Wat betreft de diverse opmerkingen en bezwaren van de alternatieve operatoren stelt de bestreden beslissing in de punten 80 en 81, na de standpunten van de alternatieve operatoren zeer kort te hebben weergegeven:*

*“Het BIPT stelt vast dat de meningen zeer verdeeld zijn. In het algemeen kan men stellen dat alternatieve operatoren die actief zijn in de business markt eerder negatief zijn, terwijl operatoren die actief zijn in de consumentenmarkt eerder positief zijn.*

*Na een interne evaluatie van de verschillende voor- en nadelen, stelt het BIPT voor om een maandelijkse toelage in te voeren, volgens de voorgestelde berekeningsmethode uit het ontwerpbesluit.”*

*Ten eerste, na kennisname van de stukken van het administratief dossier, blijkt dat de meningen niet zeer verdeeld zijn, zoals het BIPT beweert.*

*Een duidelijke meerderheid van 66% van de operatoren staat negatief tegenover de invoer van een maandelijkse SNA-toeslag. Deze motivering is bijgevolg niet correct.*

*Verzoekster was voorzichtig positief, maar ging daarbij uit van een maandelijkse SNA-toelage van € 1,11 en niet van € 1,17.*

*De openbare raadpleging zoals georganiseerd door het BIPT vindt in België haar wettelijke grondslag in art. 140 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna: Wet 13.06.2005).*

*Deze wet strekt in België tot uitvoering van een aantal Europese richtlijnen (zie art. 1 van de Wet 13.06.2005), waaronder de Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (“Kaderrichtlijn”).*

*Artikel 6 van voornoemde richtlijn schrijft inderdaad voor dat de lidstaten voorzien in een raadpleging van de belanghebbenden, indien een nationale regelgevende instantie voornemens is om maatregelen te treffen die aanzienlijke gevolgen hebben voor de relevante markt.*

*Voorafgaande overweging 15) bij de Kaderrichtlijn stelt:*

*“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. (...)”*



*In de bestreden beslissing stelt het BIPT louter dat het ‘de verschillende voor- en nadelen intern heeft geëvalueerd’.*

*Hieruit blijkt niet dat het BIPT rekening heeft gehouden met de opmerkingen van de OLO’s.*

*Deze motivering is veel te vaag voor het belang van de beslissing, zij is totaal niet precies en concreet. Uit de motivering blijkt evenmin dat het BIPT de aangevoerde bezwaren en opmerkingen daadwerkelijk heeft onderzocht en in de besluitvorming heeft betrokken.*

*Dit klemt des te meer nu men dient vast te stellen dat een meerderheid van de operatoren tegen het invoeren van een maandelijkse SNA-toeslag was.”*

### 7.2.3.

Het BIPT laat gelden:

*Ten eerste vereist de motiveringsplicht dat in de Bestreden Beslissing zelf een indicatie is terug te vinden van de overwegingen in feite en in rechte, die de Bestreden Beslissing schragen. Deze motivering dient adequaat te zijn. De motivatie kan beknopt worden uitgedrukt in de Bestreden Beslissing, voor zover deze motivering voldoende en duidelijk is<sup>2</sup>.*

*Ten tweede is het BIPT gerechtigd om haar beslissing te baseren op eenzijdige gegevens die als strikt vertrouwelijk worden beschouwd, voor zover er wordt verzekerd dat deze gegevens objectief en betrouwbaar zijn<sup>3</sup>.*

*Ten derde dient het BIPT als regulator de keuzes die zij heeft gemaakt in de Bestreden Beslissing te rechtvaardigen, maar kan het Marktenhof in het kader van de volheid van bevoegdheid ook rekening houden met de toelichting die de regulator verschaft in het kader van de procedure voor het Hof<sup>4</sup>, zelfs indien de initiële motivatie die zich in de Bestreden Beslissing bevond zou worden beschouwd als “onvoldoende”<sup>5</sup>.*

*In casu maakte de keuze tussen een “one time fee” en een maandelijkse toeslag het voorwerp uit van een raadpleging van Proximus en de OLO’s, zoals hierboven aangegeven.*

*De voornaamste operatoren hebben een standpunt ingenomen inzake deze precieze vraag. Dit standpunt was voor dan wel tegen, waarbij verschillende argumenten werden ingeroepen, onder meer ondersteund met cijfers, die zij als gedeeltelijk vertrouwelijk bestempelden tegenover derden<sup>6</sup>.*

---

<sup>2</sup> Brussel, Marktenhof, 8 januari 2020, 2019/MR/3, p. 31.

<sup>3</sup> Brussel, 22 april 2010, 2008/AR/2211, § 9.

<sup>4</sup> Brussel, 30 juni 2009, 2006/AR/2332 e.a., § 64 ; zie ook Brussel, 12 mei 2006, 2004/AR/174, § 35.

<sup>5</sup> Brussel, 1 juni 2010, 2009/AR/3015, § 43. Zie ook Brussel, Marktenhof, 6 maart 2019, 2018/AR/1829, punt VI.3.3, p. 35.

<sup>6</sup> Zie reactie Destiny (Stuk 5 van het administratief dossier van het BIPT, blz. 1), Win (Stuk 6 van het administratief dossier van het BIPT, blz. 1), Colt (Stuk 7 en 8 van het



1. *In de Bestreden Beslissing (§79) heeft het BIPT een niet-vertrouwelijke samenvatting opgenomen van de verschillende antwoorden. Het BIPT stelde daarbij vast dat de meningen zeer verdeeld zijn.*

*In haar syntheseconclusies<sup>7</sup> stelt EDPnet deze reacties veel negatiever voor (op basis van de (beperkte) toegang tot het administratief dossier waarover EDPnet beschikt) dan het BIPT (dat beschikt over een volledig administratief dossier, daarin begrepen de vertrouwelijke elementen). Zo beoordeelt EDPnet de reactie van Telenet zonder meer als negatief. Ze doet hetzelfde met de reactie van M7.*

*Het BIPT ziet niet in waar EDPnet dit uit afleidt, laat staan wat de juridische gevolgtrekking hieruit zou kunnen zijn. Deze operatoren hebben allen de beslissing niet aangevochten, hoewel zij volgens EDPnet negatief stonden tegen de ontwerpbeslissing.*

*EDPnet is de enige operator die de vernietiging van de maandelijkse SNA-toeslag vordert, terwijl het net EDPnet is die zich globaal positief heeft uitgelaten over het principe en dat zij als enige, in volume, [Vertrouwelijk: 50-60%] van de lijnen voorstelt van de door de OLOs aangekochte lijnen op de groothandelsmarkt. De vaststelling dat er sprake was van verdeelde reacties stemt wel degelijk objectief overeen met de reacties die werden ontvangen.*

*Het BIPT voegt er overigens voor de goede orde aan toe dat, zelfs indien alle reacties negatief hadden geweest (quod non), dit nog steeds niet zou willen zeggen dat het BIPT een manifeste beoordelingsfout zou hebben gemaakt door te oordelen in de tegengestelde zin. De telecomregulering is er niet om te beantwoorden aan de wensen van de ene of van de andere (of van de meer- of minderheid van de operatoren), maar net om bepaalde elementen van het marktfaalen te remediëren op een geïnformeerde, objectieve en evenwichtige manier aan te pakken, wat hier het geval is.*

2. *Het BIPT diende derhalve een keuze te maken tussen twee opties: ofwel een “one-time fee” per uitgevoerde SNA, ofwel een maandelijkse SNA-toelage. Dit betreft een opportuniteitskeuze die deel uitmaakt van de discretionaire bevoegdheid van de regulator.*

*Het principe van de scheiding der machten impliceert dat het Marktenhof deze opportuniteitskeuze niet opnieuw in vraag kan stellen. In haar rechtspraak erkent het Marktenhof dit principe en de beoordelingsvrijheid van de regulatoren, zoals onder meer*

---

administratief dossier van het BIPT, blz. 1), M7 (Stuk 9 van het administratief dossier van het BIPT, blz. 2-3), EDPnet (Stuk 10 en 11 van het administratief dossier van het BIPT, blz. 7-11), Orange Belgium (Stuk 12 van het administratief dossier van het BIPT, blz. 1), Proximus (Stuk 13 en 14 van het administratief dossier van het BIPT, blz. 17 (stuk 13) en blz. 14 (stuk 14), Telenet (Stuk 15 en 16 van het administratief dossier van het BIPT, blz. 1-2) en BT (Stuk 17 van het administratief dossier van het BIPT, blz. 1).

<sup>7</sup> Syntheseconclusie EDPnet, §22.



*het BIPT. Deze principes verhinderen dat een rechter de discretionaire bevoegdheid van een administratieve overheid zou inperken of zich in haar plaats zou stellen*<sup>8</sup>.

[...]

3. *Het BIPT heeft in de Bestreden Beslissing haar keuze gemotiveerd (§§ 82-84), waarbij zij de nadruk heeft gelegd op een aantal voordelen die verbonden zijn aan de maandelijkse toeslag:*

- *De SNA's kunnen worden gelijkgesteld met verbeteringen van het netwerk van Proximus, waarbij deze verbeteringen in fine voordelig zijn voor alle OLO's. Netwerkkosten worden typisch verrekend in een maandelijkse kost. De SNA's hebben dus uit hun aard meer verwantschap met een maandelijkse kost.*
- *De maandelijkse toeslag geeft een sterk "buy or build" (vrij vertaald: "koop aan of bouw zelf") signaal, wetende dat de concurrentie door middel van infrastructuur een belangrijke doelstelling is van het reglementair kader<sup>9</sup>. Dit wil zeggen dat de wholesale prijzen (groothandelsprijzen) niet te laag mogen zijn om de keuze van een operator tot het bouwen van een netwerk te verstoren.*
- *Het automatisch uitvoeren van alle gedetecteerde SNA's betekent ook dat er geen discussies meer zullen ontstaan aangaande de facturatie of andere operationele aspecten en dat de alternatieve operatoren geen middelen meer moeten investeren in het eventueel proberen te vermijden van gedetecteerde SNA's.*
- *Doordat een maandelijkse toeslag wordt ingevoerd, zullen alle SNA's uitgevoerd worden door Proximus. De OLO's zullen niet langer geconfronteerd worden met (mogelijke) klanten die uiteindelijk weigeren om klant te worden omwille van de hoge "one time fee" voor de SNA.*
- *De keuze voor een maandelijkse toeslag wordt nog versterkt door het invoeren van een aantal bijkomende nieuwigheden, zoals de minder dure activatie vanop afstand en de verbeterde overeenkomst inzake het niveau van de dienstverlening ("Enhanced SLA") die eveneens minder duur is en die, volgens het BIPT, een positieve impact zullen hebben op het geheel van de OLO's.*

*Deze motivatie is helder, ernstig, objectief en begrijpelijk voor het Hof. De keuze om te kiezen voor een maandelijkse toeslag in plaats van een "one-time fee" is derhalve afdoend*

---

<sup>8</sup> Brussel, Marktenhof, 7 juni 2017, 2013/AR/2233, § 54; Brussel, Marktenhof, 9 oktober 2019, 2019/AR/1006, punt 5.6.2; Brussel, Marktenhof, 23 oktober 2019, 2019/MR/2, § 29; Brussel, Marktenhof, 4 september 2019, 2018/AR/1446-1453 en 1461, p. 85-86.

<sup>9</sup> Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, PB L 321 van 17 december 2018, p. 36-214.



*gemotiveerd in de Bestreden Beslissing, rekening houdend met de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens die het BIPT diende te respecteren.”*

#### 7.2.4.

De motivering in de bestreden beslissing is als volgt:

*“79. Het BIPT heeft in het ontwerpbesluit de vraag gesteld of de SNA “one-time fee” hervormd dient te worden naar een maandelijkse toelage. Verscheidene operatoren hebben hierop geantwoord:*

- Destiny antwoordt negatief; een maandelijks tarief zou met het huidige aantal bestellingen waarin SNA genoodzaakt is, budgettair nadeliger uitkomen dan via OTF.*
- Colt antwoordt negatief, maar geeft geen verdere argumentatie.*
- Proximus antwoordt positief, maar maakt enkele opmerkingen aangaande de berekeningswijze.*
- Orange Belgium antwoordt negatief. Volgens hen zou er helemaal geen aansluitingstarief mogen aangerekend worden daar dit volledig ten voordele van Proximus is.*
- Telenet is noch positief / noch negatief, maar stelt een alternatieve berekeningswijze voor waarbij enkel de nieuwe aansluitingen zouden vervat worden in een maandelijks tarief, omdat de operatoren, die al veel hebben geïnvesteerd, tweemaal de prijs voor de aansluiting riskeren te betalen: eenmaal in het verleden het SNA tarief en opnieuw in de toekomst via het maandelijkse tarief. Verder zegt Telenet dat ze riskeren om, door de geografische beperking uit de breedbandmarktanalyse, veel minder nieuwe xDSL aansluitingen te hebben waardoor het maandelijkse tarief hoger zal uitvallen dan een eenmalige kost.*

*Het BIPT heeft de impact van deze alternatieve berekeningswijze vergeleken met de voorgestelde berekeningswijze in het ontwerpbesluit. Doordat enkel het aantal nieuwe aansluitingen wordt bekeken, zal de maandelijkse toelage tussen de 5 EUR en de 6 EUR liggen, significant hoger dan de voorgestelde toelage uit het ontwerpbesluit. De impact per operator hangt dan ook sterk af van het aantal aansluitingen die ze per jaar realiseren, maar globaal genomen kan gesteld worden dat de totale kosten voor de alternatieve operatoren zullen stijgen ten opzichte van de voorgestelde berekeningswijze in het ontwerpbesluit. De berekeningswijze van Telenet wordt dus niet weerhouden.*

- Edpnet is positief. Edpnet stelt wel vast dat de commerciële haalbaarheid van haar goedkoopste VDSL-profielen door het maandelijkse tarief wel onder druk komt te staan.*



*Maar de marge op de andere producten is voldoende om het maandelijkse tarief op te vangen en door het wegnemen van het significante SNA-tarief, zien zij hier een goede business case in.*

- *Belgian Telecom is eveneens positief. Zij ervaren het hoge eenmalige SNA-tarief als een belemmering om nieuwe klanten aan te trekken.*
- *WIN is negatief. Door hun lage aantal SNA's per jaar, schatten zij in dat ze meer zullen moeten uitgeven door het maandelijkse tarief. Voorts halen ze aan dat het niet correct is dat zij de SNA kosten zouden moeten dragen van andere operatoren die zich in een ander marktsegment bevinden waar een groter aantal SNA's plaatsvindt.*

*80. Het BIPT stelt vast dat de meningen zeer verdeeld zijn. In het algemeen kan men stellen dat alternatieve operatoren die actief zijn in de business markt eerder negatief zijn, terwijl operatoren die actief zijn in de consumenten markt eerder positief zijn.*

*81. Na een interne evaluatie van de verschillende voor- en nadelen, stelt het BIPT voor om een maandelijkse toelage in te voeren, volgens de voorgestelde berekeningsmethode uit het ontwerpbesluit.*

*82. Deze aansluitingskosten kunnen volgens het BIPT immers beschouwd worden als uitbreidingen/verbeteringen van het netwerk en hebben dus meer verwantschap met een maandelijkse kost dan met een éénmalige kost. Een bijkomende motivatie hierbij is dat, met de toelage bovenop de rental fee, een correcter “buy or build” signaal wordt gegeven voor het bouwen van een nieuw netwerk door een alternatieve operator.*

*83. Het automatisch uitvoeren van alle gedetecteerde SNA's betekent ook dat er geen discussies meer zullen ontstaan aangaande de facturatie of andere operationele aspecten en dat de alternatieve operatoren geen middelen meer moeten investeren in het eventueel proberen te vermijden van gedetecteerde SNA's.*

*84. Het BIPT begrijpt dat deze aanpassing een potentieel negatieve impact kan hebben op bepaalde operatoren. Het BIPT benadrukt echter ook dat, door het invoeren van een maandelijkse toelage, alle SNA's zullen uitgevoerd worden door Proximus, wat niet meer zal resulteren in het weigeren van klanten omwille van hoge éénmalige SNA kosten. Daarnaast zal dit ontwerpbesluit nog bijkomende nieuwigheden invoeren, zoals de goedkopere Remote Activation en de goedkopere Enhanced SLA, dewelke volgens het BIPT een positieve impact zullen hebben op de hele telecomsector.”*

#### 7.2.5.

Het Marktenhof dient zich niet uit te spreken over grieven die de beleidskeuzes of de opportuniteit van beleidskeuzes in vraag stellen.

In het kader van de scheiding der machten behoort het aan de Regulator om, in het kader van zijn opdracht, de beleidskeuzes te verrichten die de Regulator passend oordeelt.

Wanneer de rechterlijke macht zich zou inmengen in de beleidskeuzes door deze te wijzigen of aan te vullen dan zou de rechterlijke macht haar beoordelingsmarge aangaande de discretionaire beslissingsbevoegdheid van de Regulator overschrijden.

De rechtsmacht van het Marktenhof beperkt zich tot een wettigheids- en wettelijkheidscontrole. Werden de procedurele bepalingen van de *lex specialis* en van het toepasselijke gemeen recht nageleefd, werden de regels van behoorlijk bestuur *sensu lato* nageleefd?

Wat betreft de grond van de zaak beperkt het Hof zijn controle tot de vraag of de feiten op behoorlijke wijze werden weergegeven en of er ter zake geen kennelijke beoordelingsfout plaatsvond, dan wel of de juridische kwalificatie van de feiten exact is, dit wil zeggen of de interpretatie die de Regulator aan de feitelijke elementen van het dossier en aan de dossierstukken geeft, wel degelijk uit deze stukken kunnen afgeleid worden <sup>10</sup>.

Het Marktenhof houdt toezicht op de regelmatigheid van het bewijs en de te bewijzen feiten, het gaat na of het te leveren bewijs dienend, afdoend en toelaatbaar is <sup>11</sup>.

Het Marktenhof verwijst naar de cassatierechtspraak <sup>12</sup> die onder meer stelt (het Hof maakt zich dit motief eigen met dien verstande dat hetgeen beslist wordt ten overstaan van de bestreden rechterlijke beslissing te dezen geldt voor de beslissing van de Regulator):

*“Het Hof moet de wettigheid nagaan van de gevolgtrekking in rechte die de bestreden beslissing van de hierin vastgestelde feiten maakt.”*

en <sup>13</sup> :

---

<sup>10</sup> Brussel, Marktenhof, 12 juni 2019, 2019/AR/113.

<sup>11</sup> Vergelijk met J. Laenens, K. Broeckx en D. Scheers, Handboek Gerechtelijk Recht (Intersentia Antwerpen-Oxford, 2004, nr 1089, pagina 502 en de verwijzingen aldaar.

<sup>12</sup> Cass. 23 september 2010, *Arr.Cass.* 2010, 2281; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.09.0496.F; *JLMB* 2011, 245; *RW* 2012-13, 984.

<sup>13</sup> Cass. 18 juni 2010, *Arr.Cass.* 2010, 1854; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.08.0211.F. zie ook: Cass. 28 februari 2007, *Arr.Cass.* 2007, 481; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer P.06.1038.F; *JT* 2007, 501, noot RANERI, G. Zie ook Cass. 28 mei 2013 (*Arr.Cass.* 2013, 1311, concl. DUINSLAEGER; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer P.13.0066.N, concl. DUINSLAEGER, P.; *RW* 2013-14, 1616, noot DE SMET, B.) alwaar gesteld wordt dat de rechter onaantastbaar oordeelt in feite of het gebruik van onrechtmatig verkregen gegevens het recht op een eerlijk proces in het gedrang kan brengen. Bij dat oordeel kan de rechter onder meer rekening houden met één of meerdere van de volgende omstandigheden, namelijk dat: de overheid die met de opsporing, het onderzoek of de vervolging van misdrijven is belast, de onrechtmatigheid al dan niet opzettelijk of ingevolge een niet te verontschuldigen onachtzaamheid heeft begaan; de ernst van het misdrijf veruit de ernst van de onrechtmatigheid overstijgt; het onrechtmatig bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft; de onrechtmatigheid een zuiver formeel karakter heeft; de onrechtmatigheid geen weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd. De rechter is er niet toe verplicht om bij de beoordeling of het gebruik van de onrechtmatig verkregen gegevens het recht op een eerlijk proces heeft aangetast, steeds het criterium van de verhouding tussen de ernst van het misdrijf en de ernst van de onrechtmatigheid te betrekken. Uit die beoordelingsvrijheid van de rechter vermogen de eisers geen miskennis van het gelijkheidsbeginsel of van het verbod op willekeur af te leiden. De rechter is bij de beoordeling er niet toe gehouden te preciseren dat het bewijs al dan niet werd verkregen middels miskennis van het zwijgrecht of het verbod van gedwongen zelfincriminatie en te



*“Hoewel de rechter op onaantastbare wijze de feiten beoordeelt waaruit hij afleidt of er al dan niet een causaal verband tussen fout en schade bestaat, gaat het Hof toch na of de rechter, uit zijn vaststellingen naar recht zijn beslissing heeft kunnen afleiden.”*

Het principe van de volle rechtsmacht impliceert de mogelijkheid om dergelijke fouten vast te stellen, te controleren en recht te zetten.

Het principe van de volle rechtsmacht mag niet uitgelegd worden als zou het Marktenhof “een tweede kans” betekenen voor de gereguleerde partij(en) en als zou het Marktenhof dan maar, met een propere lei <sup>14</sup> het dossier van meet af aan kunnen en mogen “heronderzoeken en herbeoordelen”.

Het Hof beoordeelt of de bewijsmiddelen die worden aangeleverd een pertinent feitenkader uitmaken met het oog op de beoordeling van de inbreuk en als basis kunnen dienen voor de conclusies die eruit werden getrokken.

#### 7.2.6.

De vereiste van motivering van de bestreden bestuurshandeling vergt (zie artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen) dat de opgelegde motivering in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermeldt die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat deze motivering moet afdoende zijn.

Deze wet heeft zeer belangrijke gevolgen, daar aan de van oudsher bestaande materiële motiveringsplicht nu ook een formele motiveringsplicht wordt toegevoegd. De formele motiveringsplicht gaat dus een stap verder dan de materiële motiveringsplicht: de motieven moeten er niet alleen zijn; ze moeten ook terug te vinden zijn in de beslissing zelf. De formele motivering heeft dus betrekking op de kenbaarheid van de motieven. De bestuurden moeten terzelfder tijd kennis kunnen nemen van de beslissing én van de motieven waarop zij is gesteund.

Hoe ruimer de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur, hoe uitvoeriger de motivering moet zijn. Een bestuur dat over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, moet de feiten vermelden die aanleiding geven tot de genomen beslissing <sup>15</sup>.

Met de uitdrukking “afdoende” wordt bedoeld dat de beslissing voldoende door de motivering moet worden gedragen, hetgeen impliceert dat de motivering moet berusten op werkelijke feiten, dat uit de motivering een redelijk verband tussen de voorgenomen beslissing en het vooropgestelde doel kan worden afgeleid en dat, naargelang het geval, uit die motivering blijkt dat de genomen beleidsopties afgewogen werden <sup>16</sup>.

---

onderzoeken of de betwiste gegevens al dan niet onvermijdelijk zouden zijn ontdekt zonder de onrechtmatigheid.

<sup>14</sup> Anno 2020-21 wordt bedoeld “vertrekkende van een blanco document “leeg bestand”...”

<sup>15</sup> Cass. 15 februari 1999, <http://www.cass.be> op datum, arreste nummer S.98.0007.F; A.J.T. 2000-01, 103, noot PUT, J.; Arr.Cass. 1999, 199.

<sup>16</sup> Cass. 3 februari 2000, <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.96.0380.N; A.J.T. 2000-01, 284; Amén. 2001, 324, noot PAQUES, B.; Arr.Cass. 2000, 288.



Met de uitdrukking “afdoende” wordt bedoeld dat de beslissing door de motivering wordt gedragen<sup>17</sup>.

De motiveringsplicht heeft tot doel een zodanig inzicht te geven in de motieven van die beslissing dat degene ten aanzien van wie de beslissing getroffen in staat is terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen die beslissing te verweren met de middelen die het recht hem verschaft. Wie de motieven van een beslissing die formeel gemotiveerd moet zijn, kent, al is die beslissing niet formeel gemotiveerd, kan zich niet nuttig op de schending van de verplichting tot formele motivering beroepen want in zulk geval is het doel van de formele motiveringsverplichting, nl. het hem doen kennen van de motieven van de beslissing, bereikt<sup>18</sup>.

Om het doel van de motiveringsplicht te bereiken is vereist dat de beslissing duidelijk en concreet de redenen doet kennen die haar kunnen verantwoorden, er kan daarbij geen rekening worden gehouden met de uitleg die in het kader van de rechtspleging wordt verstrekt<sup>19</sup>.

Het volstaat dat duidelijk, desnoods bondig, in de beslissing zelf wordt aangegeven op welke gronden zij berust. Indien wordt verwezen naar adviezen of verslagen, volstaat het in het kort het voorwerp en de inhoud van die stukken te vermelden, zonder dat het nodig is ze in extenso over te nemen of ze als bijlage bij de beslissing te voegen<sup>20</sup>.

De motivering door verwijzing is slechts geoorloofd als het document waarnaar verwezen wordt bij de akte gevoegd wordt, of indien de akte de draagwijdte ervan weergeeft<sup>21</sup>.

Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De redengeving moet des te concreter en preciezer zijn wanneer de beslissing afwijkt van een voorstel of advies, ook al is dit niet bindend, dat op duidelijke en concrete elementen is gesteund. In een dergelijk geval mag de overheid zich niet beperken tot een niet gemotiveerd tegenspreken van het voorstel of advies, maar moet zij integendeel duidelijk maken waarom zij van oordeel is de argumenten waarop de voorstellende of advies verlenende instantie steunt niet te kunnen volgen<sup>22</sup>.

De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd

---

<sup>17</sup> Zie: Cass. 12 november 2015, *APT* 2016, 94; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.13.0257.N; *TBO* 2016, 152; zie ook: Cass. 7 september 2017, *APT* 2018, 174; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.16.0360.N.

<sup>18</sup> R.v.St. nr. 40.442, 22 september 1992, *Arr. R.v.St.* 1992, z.p.; *Pas.* 1995, IV, 21; *R.A.C.E.* 1992, z.p.

<sup>19</sup> Vergelijk met: R.v.St., 3 juni 1993, n.v. Syndicaat Machiensteen en n.v. Swenden, nr. 43.154. De rechtzoekende heeft het recht volledig geïnformeerd te zijn vooraleer hij zich tot de Raad van State wendt (R.v.St., 17 mei 1993, nr. 42.968).

<sup>20</sup> R.v.St. nr. 43.526, 29 juni 1993, *Arr. R.v.St.* 1993, z.p.; *R.A.C.E.* 1993, z.p.; *TBP* 1994, 225.

<sup>21</sup> R.v.St. (8e k.) nr. 86.732-86.733, 7 april 2000, <http://www.raadvst-consetat.be>; *TBP* 2001, 272, noot DE SUTTER, T.

<sup>22</sup> R.v.St. (9e k.) nr. 188.152, 24 november 2008, *CDPK* 2009, 535; <http://www.raadvst-consetat.be>.



genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, zodat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een verhaal tot vernietiging te bestrijden <sup>23</sup>.

#### 7.2.7.

Het BIPT betwist niet dat zij haar beslissing – minstens ten dele – heeft gebaseerd op eenzijdige gegevens in het bijzonder aangaande het kostenmodel van PROXIMUS die zij van PROXIMUS ontving maar die door het BIPT als strikt vertrouwelijk worden beschouwd en ook aldus werden verwerkt – dit wil zeggen dat deze gegevens in hun geheel niet aan EDPnet werden ter kennis gebracht.

Dat EDPnet niet expliciet naar de mededeling van deze vertrouwelijke gegevens heeft gevraagd is te dezen niet relevant.

Het BIPT argumenteert in conclusie:

*Ten tweede is het BIPT gerechtigd om haar beslissing te baseren op eenzijdige gegevens die als strikt vertrouwelijk worden beschouwd, voor zover er wordt verzekerd dat deze gegevens objectief en betrouwbaar zijn. [...]*

In de beslissing stelt het BIPT:

*80. Het BIPT stelt vast dat de meningen zeer verdeeld zijn. In het algemeen kan men stellen dat alternatieve operatoren die actief zijn in de business markt eerder negatief zijn, terwijl operatoren die actief zijn in de consumenten markt eerder positief zijn.*

*81. Na een interne evaluatie van de verschillende voor- en nadelen, stelt het BIPT voor om een maandelijkse toelage in te voeren, volgens de voorgestelde berekeningsmethode uit het ontwerpbesluit.*

In de randnummers (8.2 Analyse) 162.2; 162.3 en de randnummers (onder punt 8.3) 166 en 168.5 vermeldt de bestreden beslissing voor verschillende consideransen dat de ertoe gebruikte gegevens niet uitgedrukt worden in de beslissing omdat zij vertrouwelijk zijn.

Deze motieven en alle verwijzingen naar een kostenmodel (het Hof telt er *prima facie* 140 in de bestreden beslissing) – die niet konden ingezien of nagezien worden door EDPnet – schragen de genomen beslissing (die EDPnet als grootste afnemer van ‘Simple Network Adaptations’ of ‘eenvoudige aanpassingen van het netwerk’ of ‘SMA’s’ in het jargon, treft in haar eigen kostenmodel) dienvolgens niet op afdoende wijze.

---

<sup>23</sup> R.v.St. (9e k.) nr. 153.326, 9 januari 2006, CDPK 2006, 183 en 207; <http://www.raadvst-consetat.be>.



Het is het BIPT wel toegelaten in haar beslissing te verwijzen naar andere stukken zoals een kostenmodel en de verwijzing in de beslissing naar een dergelijk stuk is een afdoende motivering indien er cumulatief aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

1. De inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen, moet gekend zijn door de betrokkene of moet hem ter kennis worden gebracht (desgevallend mits annotatie van delen die expliciet vallen onder de vertrouwelijkheid van bedrijfsgegevens zie verder onder 7.2.8.);
2. Het stuk waarnaar wordt verwezen moet zelf afdoende gemotiveerd zijn;
3. Voorstellen moeten worden bijgetreden in de eindbeslissing;
4. Er mogen geen tegenstrijdige stukken bestaan.

Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, wordt dit in de beslissing zelf vastgesteld en dan is een motivering door verwijzing aanvaardbaar.

De bestreden beslissing is behept met een motiveringsgebrek en dient om die reden deels vernietigd te worden.

#### 7.2.8.

Het BIPT ontwikkelt geen middelen die betrekking hebben op het gegeven dat elementen een vertrouwelijk karakter kunnen hebben en op de wijze waarop moet (of kan) gehandeld worden om – geconfronteerd met vertrouwelijke elementen – toch een afdoende gemotiveerde beslissing op te stellen.

Het behoort niet aan het Marktenhof om, ambtshalve, na te gaan of en hoe het BIPT in de gegeven omstandigheden had kunnen handelen en hoe de regels van het gemeen recht (inbegrepen de regels van behoorlijk bestuur *sensu lato*) (zouden) kunnen verzoend worden met de Europese normgeving (eveneens *sensu lato*) inzake vertrouwelijkheid van de bedrijfsgegevens.

#### **7.3. De overige middelen van EDPnet:**

Aangezien de bestreden beslissing vernietigd wordt in de mate zoals gevorderd door EDPnet, hebben de overige middelen die niet tot een ruimere vernietiging kunnen leiden en die al evenmin van aard zijn om een vernietiging te vermijden, geen voorwerp meer en dienen zij door het Marktenhof *hic et nunc* niet beoordeeld te worden.



#### **7.4. De aanvangsdatum van de vernietiging:**

Het past om het BIPT een termijn van zes maand te geven met aanvang vanaf 1 januari 2021 tot 30 juni 2021 om de beslissing wat betreft het vernietigde gedeelte opnieuw te nemen en deugdelijk te motiveren.

Daar waar de vernietiging principieel *ex tunc* werkt beslist het Marktenhof te dezen, in het kader van haar volle rechtsmacht, om de vernietiging slechts aanvang te laten nemen op voormelde datum en dit teneinde de markt niet nodeloos te verstoren.

Gezien de bestreden beslissing werd genomen door de vier (enige) leden van de Raad van het BIPT en het dienvolgens niet mogelijk is dat de eventuele nieuwe beslissing zou genomen worden door het BIPT "*anders samengesteld*" zal het aan het BIPT behoren uitzonderlijk transparant en duidelijk en afdoend te motiveren. De motiveringsplicht is met name wat haar omvang betreft afhankelijk van de inzet.

Ter verduidelijking van deze stelling verwijst het Marktenhof naar de parlementaire voorbereiding van de wet van 29 juli 1991, waaruit blijkt dat met het begrip "afdoende motivering" bedoeld wordt o.m. dat de motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn aan het gewicht van de genomen beslissing, dat de omvang van de motivering afhankelijk is van het belang, de aard en het voorwerp van de beslissing en van het belang dat men hecht aan de motivering, en dat de uitdrukkelijke motivering bedoeld is als een substantieel vormvereiste<sup>24</sup>.

#### **8. Beslissing.**

Het door EDPnet ingestelde verhaal/beroep is ontvankelijk en gegrond in navolgende mate:

Het randnummer 177 van het Besluit van de Raad van het BIPT van 30 juni 2020 betreffende de herziening van enige heffingen ("*one-time fees*") en de maandelijkse huurprijs "*ISLA Repair*" van de referentieaanbiedingen BRUO en Bitstream xDSL van Proximus, wordt vernietigd waar het een maandelijkse toelage van € 1,17 in het referentieaanbod van Proximus oplegt.

Deze vernietiging sorteert slechts effect vanaf 1 juli 2021 voor zover het BIPT inmiddels geen nieuwe – niet bestreden beslissing – heeft genomen.

#### **9. De gerechtskosten.**

Het BIPT is de in het ongelijk gestelde partij die dient veroordeeld te worden tot het betalen van de gerechtskosten.

De rechtsplegingsvergoeding wordt begroot op het basisbedrag voor niet in geld waardeerbare vorderingen zijnde € 1.440,00.

---

<sup>24</sup> Vergelijk R.v.St. nr. 43.556, 30 juni 1993, Arr. R.v.St. 1993, z.p.; F. Rechtspr. 1993, 18.



**OMDEZE REDENEN,  
HET HOF,**

Rechtdoende op tegenspraak,

Gezien artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

Verklaart het verhaal ingesteld door EDPnet NV ontvankelijk en in de volgende mate gegrond:

*Vernietigt het randnummer 177 (Hoofdstuk 9. Besluit, Inwerkingtreding, beroepsmogelijkheden en handtekeningen. 9.1. Besluit en inwerkingtreding) van het Besluit van de Raad van het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE van 30 juni 2020 betreffende de herziening van enige heffingen (“one-time fees”) en de maandelijkse huurprijs “ISLA Repair” van de referentieaanbiedingen BRUO en Bitstream xDSL van Proximus, waar het een maandelijkse toelage van € 1,17 in het referentieaanbod van Proximus oplegt;*

*Zegt dat deze vernietiging slechts effect sorteert vanaf 1 juli 2021 voor zover het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE inmiddels geen nieuwe – niet bestreden beslissing – heeft genomen.*

Veroordeelt het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE, verwerende partij, tot het betalen van de gerechtskosten, wat de NV EDPnet betreft vereffend op € 1.440,00 rechtsplegingsvergoeding en € 20,00 bijdrage voor het Budgetair Fonds;

Veroordeelt het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE, verwerende partij, overeenkomstig artikel 269/2 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten tot betaling aan de Belgische Staat, FOD Financiën, van het rolrecht hoger beroep ten bedrage van 400,00 euro;

\* \* \*

PAGE 01-00001888098-0026-0027-02-01-4

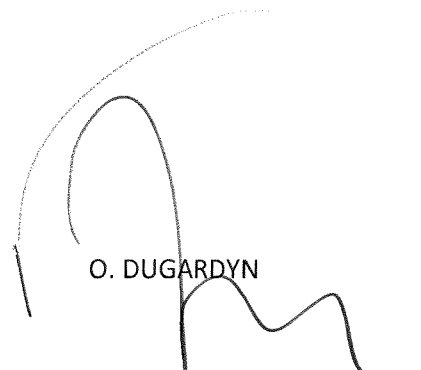


Dit arrest werd uitgesproken door het Marktenhof – kamer negentien A van het hof van beroep te Brussel op **23 december 2020** door

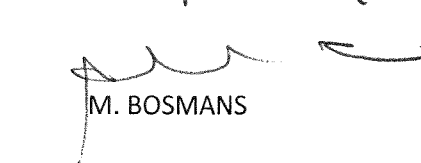
M. BOSMANS	Raadsheer dd. voorzitter
A.M. WITTERS	Raadsheer
O. DUGARDYN	plaatsvervangend Raadsheer
B. VANDERGUCHT	Griffier



B. VANDERGUCHT



O. DUGARDYN



M. BOSMANS



A-M. WITTERS

