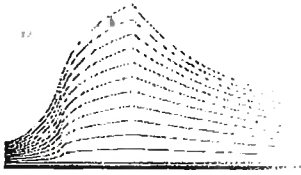


0003585



Repertoriumnummer <b>2016 / 8572</b>
Datum van uitspraak <b>02 november 2016</b>
Rolnummer <b>2014/AR/408</b>

**Uitgifte**

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

Niet aan te bieden aan de ontvanger

# Hof van beroep Brussel

## Arrest

18N<sup>e</sup> kamer,  
burgerlijke zaken

Aangeboden op <b>02 NOV 2016</b>
Niet te registreren

792, DOS  
+ copy Min Telecom.  
+ copy hvk. BIP

COVER 01-00000702788-0001-0019-01-01-1



**PROXIMUS N.V.** (voorheen BELGACOM N.V.), met maatschappelijke zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II-Laan 27, ingeschreven met KBO-nummer 0202.239.951,

appellante,  
vertegenwoordigd door meester Dirk VAN LIEDEKERKE en meester Filip RAGOLLE, advocaten te 1050 Brussel, Louizalaan 326 b26,

tegen het besluit van de Raad van het BIPT van 10 december 2013 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 (BRxx2012)

tegen :

**Het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE** (hierna afgekort **BIPT**), organisme met rechtspersoonlijkheid met zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II-Laan 35, Ellipse Building, Gebouw C,

geïntimeerde,  
vertegenwoordigd door meester Sebastien DEPRE en meester Dimitri SCHRIJVERS, loco meester Philippe VERNET, advocaten te 1050 Brussel, Flageyplein 7.

\*\*\*\*\*

Na in beraadneming op 28 september 2016 spreekt het hof volgend arrest uit:

Gelet op:

- het besluit van de Raad van het BIPT van 10 december 2013 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 (BRxx2012);
- het verzoekschrift in beroep, neergelegd ter griffie van het hof op 17 februari 2014 namens BELGACOM (thans PROXIMUS);
- de beschikking gewezen door de 18<sup>e</sup> kamer van het hof in toepassing van artikel 747, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek op 19 maart 2014;

PAGE 01-00000702788-0002-0019-01-01-4



- de syntheseconclusies van BELGACOM (thans PROXIMUS), neergelegd ter griffie van het hof op 31 oktober 2014;
- de syntheseconclusies van het BIPT, neergelegd ter griffie van het hof op 27 februari 2015;
- de bijkomende nota van BELGACOM (thans PROXIMUS), neergelegd ter zitting van 15 april 2015;
- de bijkomende nota's van het BIPT, neergelegd ter zitting van 11 maart 2015 en ter zitting van 15 april 2015;
- het tussenarrest, gewezen door de 18<sup>e</sup> kamer van het hof op 4 november 2015;
- de bijkomende nota's van PROXIMUS, neergelegd ter zitting van 28 september 2016;
- de bijkomende nota van het BIPT, neergelegd ter zitting van 28 september 2016;
- de stukkenbundel van PROXIMUS, neergelegd ter zitting van 28 september 2016;
- de stukkenbundel van het BIPT, neergelegd ter griffie van het hof op 27 februari 2015 (elektronische versie);
- het administratief dossier van het BIPT, neergelegd ter griffie van het hof op 27 februari 2015 (elektronische versie);
- het verzoekschrift tot heropening der debatten, neergelegd ter griffie van het hof op 6 oktober 2016 namens het BIPT;
- de opmerkingen op het verzoek tot heropening der debatten, neergelegd ter griffie van het hof op 12 oktober 2016 namens PROXIMUS.

Gehoord de advocaten van partijen in hun pleidooien ter openbare terechtzittingen van 28 september 2016.

• • •



## I. VERZOEK TOT HEROPENING DER DEBATTEN

1. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het hof op 6 oktober 2016, verzoekt het BIPT om de heropening der debatten, om reden dat de Raad van het BIPT op 6 oktober 2016 een beslissing heeft genomen betreffende *"de intrekking van de beslissing van de Raad van het BIPT van 10 december 2013 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 (BRxx 2012)"*.

Voormelde beslissing van 10 december 2013 betreft de thans bestreden beslissing.

Het BIPT is van oordeel dat de intrekkingbeslissing een (nieuw) feit van overwegend belang is in de zin van art. 772 Ger. W., dat een heropening der debatten rechtvaardigt.

Het BIPT stelt verder het volgende: *"Aangezien de beslissing van de Raad van het BIPT van 10 december 2013 (BRxx 2012) uit de rechtsorde is verdwenen, is het geschil dus retroactief zonder voorwerp geworden waardoor het bijgevolg niet meer mogelijk is voor het Hof om zich uit te spreken over het beroep ingesteld door Proximus (toen: Belgacom)."*

2. Artikel 772 Ger. W. bepaalt dat een verzoek tot heropening der debatten kan worden ingediend, indien een verschijnende partij gedurende het beraad een nieuw stuk of feit van overwegend belang ontdekt. Het begrip "ontdekt" geeft aan dat (rechts)handelingen die de verzoekende partij tijdens het beraad zelf heeft gesteld of die het gevolg zijn van haar eigen initiatief, niet in aanmerking kunnen worden genomen als een feit dat de heropening van de debatten rechtvaardigt, en dit zelfs wanneer dit resulteert in een situatie dat het geding geen voorwerp meer heeft (Brussel, 19 januari 2010, *TBH* 2010, afl. 10, 982).

De intrekkingbeslissing van de Raad van het BIPT kan dan ook niet in aanmerking worden genomen als een feit dat de heropening van de debatten rechtvaardigt.

3. PROXIMUS merkt bovendien terecht op dat de intrekkingbeslissing niet met zich brengt dat het beroep van PROXIMUS zonder voorwerp zou worden. De intrekkingbeslissing zou immers ook het voorwerp kunnen zijn van een wettigheidsbetwisting. Indien de intrekkingbeslissing zou worden vernietigd, zou de thans bestreden beslissing herleven. Indien het beroep van PROXIMUS thans zonder voorwerp zou worden verklaard, zou dit met zich brengen dat PROXIMUS niet meer over een beroepsmogelijkheid tegen de thans bestreden beslissing zou beschikken. Die situatie zou onaanvaardbaar zijn.

4. Het verzoek tot heropening der debatten wordt dan ook afgewezen.

## II. ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEROEP

5. 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.

### III. VOORWERP VAN DE VORDERINGEN

6. PROXIMUS verzoekt het beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en bijgevolg vast te stellen dat de bestreden beslissing op de door het beroep van PROXIMUS geviseerde punten door onwettigheid is aangetast, geheel dan wel gedeeltelijk en bijgevolg de bestreden beslissing, geheel dan wel gedeeltelijk, te vernietigen, in de mate dat het hof op individuele wijze de middelen ingeroepen door PROXIMUS, gegrond verklaart.

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

7. Het BIPT besluit tot de ongegrondheid van het beroep van PROXIMUS.

Het BIPT vraagt tevens PROXIMUS te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op € 1.320,00.

Tenslotte vraagt het BIPT te gelasten dat op de griffie van het hof een vrij afschrift van het arrest zoals bedoeld in art. 792 Ger. W., ter beschikking gesteld wordt van elke partij op de dag van de uitspraak van voornoemd arrest.

8. Beide partijen hebben ter zitting de indexatie van de rechtsplegingsvergoeding gevraagd.

### IV. BESTREDEN BESLISSING

9. De bestreden beslissing betreft het Besluit van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie van 10 december 2013 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 (BRxx2012).

### V. DE RELEVANTE FEITEN

#### V.1. Totstandkoming en context van de bestreden beslissing

10. Op 11 augustus 2011 nam het BIPT de Beslissing betreffende de referentieaanbiedingen BRUO / BROBA / WBA VDSL2 / BROTSOLL 2010 (hierna: BRxx2010-beslissing), ter implementatie van de Beslissing betreffende de breedbandmarktanalyse van 1 juli 2011.



Bij deze beslissing werden aan PROXIMUS een reeks maatregelen opgelegd om de operationele processen doeltreffender te maken en de communicatie naar de alternatieve operatoren te verbeteren.

Volgens het BIPT kwam de BRxx2010-beslissing tot stand nadat het Instituut klachten had ontvangen van alternatieve operatoren over de kwaliteit van de door PROXIMUS geleverde groothandelsdiensten.

De BRxx2010-beslissing kan worden aangemerkt als de “voorloper” van de bestreden beslissing.

11. Op 10 oktober 2011 tekende PROXIMUS beroep aan tegen de BRxx2010-beslissing.

12. Naar aanleiding van voormeld beroep werkte PROXIMUS ook een nieuw voorstel uit, dat onder meer beoogde om op een aantal punten tot een wijziging te komen van de BRxx2010-beslissing.

Dit voorstel werd gepubliceerd op de website van het BIPT met het oog op een voorafgaandelijke raadpleging van de sector. De resultaten van die raadpleging werden op een vergadering van 20 april 2012 met PROXIMUS besproken.

Vervolgens werden in mei 2012 tussen PROXIMUS en het BIPT drie bilaterale werkgroepen gehouden op basis waarvan PROXIMUS nieuwe voorstellen tot aanpassing van de betrokken referentieaanbiedingen formuleerde.

Het BIPT vroeg de alternatieve operatoren / respondenten van de voorafgaandelijke raadpleging naar hun reactie op die nieuwe voorstellen.

Op basis van die reacties verzocht het BIPT PROXIMUS op 28 september 2012 om de bijlagen van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 verder aan te passen.

Intussen had PROXIMUS op 17 september 2012 ook een aanpassing van haar referentieaanbiedingen betreffende de derde fase van het *Remapping*-project aan het BIPT toegezonden dat eveneens aan een voorafgaande raadpleging onderworpen werd.

De geconsolideerde versie van de referentieaanbiedingen werd nadien van 21 december 2012 tot 8 februari 2013 ter openbare raadpleging van de sector voorgelegd. Naar aanleiding van de geformuleerde opmerkingen werden uiteindelijk een aantal elementen uit de ontwerp teksten gehaald.

Het aangepast ontwerpbesluit werd door het BIPT respectievelijk op 19 september 2013 en 21 oktober 2013 aan de gemeenschapsregulators en de Europese Commissie overgemaakt.



Deze instanties hebben op het hen voorgelegde ontwerpbesluit geen wezenlijke opmerkingen geformuleerd.

Het BIPT nam de BRxx2012-beslissing uiteindelijk op 10 december 2013.

**13.** Net zoals de BRxx2010-beslissing verwijst de beslissing BRxx2012-beslissing voor haar juridische basis naar de analyse van de breedbandmarkten van 1 juli 2011 (Beslissing van de Conferentie van de Regulators voor de elektronische communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten) en, in het bijzonder, naar de verplichting van "operationele uitmuntendheid" die daarin aan PROXIMUS is opgelegd<sup>1</sup>.

Het BIPT beschouwt die marktanalyse als een raam- of kaderbeslissing waarvan de principiële (kader)verplichtingen verder moe(s)ten worden uitgewerkt via de BRxx2010-beslissing, alsook via de in onderhavige zaak bestreden beslissing.

In de bestreden beslissing legt het BIPT aan PROXIMUS de volgende verplichtingen op die de volgende onderwerpen betreffen:

- de verplichtingen opgelegd inzake *Small Network Adaptations*;
- het compensatiemechanisme op individueel niveau per alternatieve operator;
- de verplichtingen opgelegd inzake de *ISLA Repair 4/6/8*;
- de verplichtingen opgelegd inzake de *Basic SLA Repair*;
- de verplichtingen opgelegd inzake defecte lijn als gevolg van een recente installatie (*Non First Time Right*);
- de regeling voorzien inzake de vergoeding voor onnodig bezoek van de technicus bij de eindklant.

**14.** Oorspronkelijk vormden al deze punten het voorwerp van de betwisting.

Bepaalde van de door PROXIMUS betwiste punten zijn inmiddels het voorwerp geweest van besprekingen tussen PROXIMUS en het BIPT, waardoor het BIPT zich bij officieel schrijven van 23 februari 2015 bereid heeft getoond de bestreden beslissing voor wat betreft bepaalde van de in het kader van onderhavige beroepsprocedure betwiste punten te wijzigen.

<sup>1</sup> Besluit van de Raad van het BIPT betreffende de referentieaanbiedingen BRUO / BROBA / WBA VDSL2 / BROTSOLL 2010, punten 83 en volgende; Besluit van de Raad van het BIPT van 10 december 2013 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2, punten 61 en volgende. Paragraaf 70 van de bestreden beslissing bepaalt het volgende: "Dit besluit bouwt gedeeltelijk verder op de conclusies van de beslissing van de regulators van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en helpt in die zin het kader van de operationele uitmuntendheid verder uit te werken. In dit besluit worden de bestaande verplichtingen uit de marktanalyse van 1 juli 2011 dus verder concreet uitgewerkt opdat de operationele processen voor het aanbieden van wholesale-producten functioneler, efficiënter en meer evenwichtig zouden kunnen verlopen."



In het licht van deze bereidheid van het BIPT heeft PROXIMUS bij officieel schrijven van 23 februari 2015 aangegeven niet langer aan te dringen op haar middelen die op de afdeling van de bestreden beslissing slaan waarvan het BIPT zich bereid heeft getoond deze te wijzigen. Het betreft meer bepaald haar middelen inzake (i) verplichtingen opgelegd inzake *Small Network Adaptations* (middel C van PROXIMUS), (ii) de verplichtingen opgelegd inzake de *ISLA Repair 4/6/8* (middel E van PROXIMUS), (iii) de verplichtingen inzake *Basic SLA Repair* (middel F van PROXIMUS), en (iv) regeling inzake de vergoeding voor onnodig bezoek van de technicus bij eindklant (middel H van PROXIMUS).

Ter zitting verklaarde PROXIMUS bij monde van haar raadsman dat zij ingevolge het standpunt van het BIPT in diens bijkomende nota, neergelegd ter zitting van 28 september 2016, niet meer aandringt op de middelen betreffende de verplichtingen opgelegd inzake defecte lijn als gevolg van een recente installatie (*Non First Time Right*) (middel G van PROXIMUS).

Bijgevolg is huidige procedure – naast het algemeen middel (zie *infra* randnummers 15 tot en met 24) – beperkt tot de middelen betreffende het compensatiemechanisme op individueel niveau (middel D van PROXIMUS).

#### V.2. Verband met andere procedures

**15.** Tegen het Besluit van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten had PROXIMUS beroep aangetekend (gekend onder het rolnummer 2011/AR/2421).

Rechtdoend op dat beroep, vernietigde het hof in zijn arrest van 3 december 2014 de betrokken beslissing van 1 juli 2011 wegens onvoldoende motivering van twee specifieke punten. De CRC werd uitgenodigd om desgevallend opnieuw te beslissen met afdoende motivering op de vermelde punten.

**16.** In antwoord op voormeld arrest nam de CRC op 18 december 2014 een nieuwe beslissing houdende vernieuwing en correctie van de Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten.

De CRC vernieuwde 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 vulde ze op bepaalde punten verder aan.

PROXIMUS tekende tegen de beslissing van 18 december 2014 opnieuw beroep aan (gekend onder het rolnummer 2015/AR/196).

Bij arrest van 29 juni 2016 vernietigde het hof 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, om reden dat deze beslissing niet voorafgaandelijk was voorgelegd aan de Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie.

17. PROXIMUS had eveneens beroep ingesteld tegen het Besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2011 betreffende de referentieaanbiedingen BRUO / BROBA / WBA VDSL2 / BROTSOLL 2010 (BRxx2010), de zogenaamde voorloper van de thans bestreden beslissing (gekend onder het rolnummer 2599/AR/2011).

Dit besluit werd vernietigd bij arrest van 7 januari 2015, aangezien de Kaderbeslissing van 1 juli 2011, waarvan de BRxx2010-beslissing een uitvoeringsmaatregel vormde, eveneens vernietigd was bij arrest van 3 december 2014.

## VI. BESPREKING

### VI.1. Middelen van PROXIMUS

18. Het beroep van PROXIMUS is gesteund op twee middelen, meer bepaald (1) een algemeen middel betreffende de doorwerking van de onwettigheid van de Beslissing van de CRC van 1 juli 2011, en (2) de middelen betreffende het compensatiemechanisme op individueel niveau.

#### VI.1.1. Algemeen middel: doorwerking van de onwettigheid van de beslissing van de CRC van 1 juli 2011

##### *Standpunten van partijen*

19. PROXIMUS stelt dat de Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en meer in het bijzonder het luik "operationele uitmuntendheid" dat daarin voor het eerst werd ingevoerd, de juridische grondslag vormt van de bestreden beslissing.

Ter staving van dit standpunt verwijst PROXIMUS onder meer naar volgende passages in de bestreden beslissing:

***"61. Dit besluit werd aangenomen in uitvoering van de beslissing van de regulatoren van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en brengt deels de verplichtingen inzake toegang, transparantie en niet-discriminatie ten uitvoer. In een dergelijke beslissing worden de bestaande maatregelen meer uitgebreid gespecificeerd zonder dat er nieuwe verplichtingen worden opgelegd. Een dergelijke specificatie is noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de***



verplichtingen effectief zijn en zodat de naleving van de verplichting inzake niet-discriminatie kan worden gewaarborgd. (...).” (nadruk toegevoegd door PROXIMUS).

**“69. Op basis van dezelfde redenering is in de beslissing van de regulatoren van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 een specifieke maatregel opgelegd met als doel het verzekeren van een optimale operationele samenwerking tussen Belgacom en de alternatieve operatoren:**

**“§ 745. In het kader van de levering van diensten voor ontbundelde toegang [...] dient Belgacom te blijven streven naar “operationele uitmuntendheid”. “Operational excellence” is het uitwerken van functionele, efficiënte en daadwerkelijke processen bij het aanbieden van wholesaleproducten aan de alternatieve operatoren.”**

**“§ 759. Het BIPT merkt tevens op dat de doelstelling van operationele uitmuntendheid zich niet enkel mag beperken tot de problemen die nu zijn vastgesteld. Het is immers van fundamenteel belang om van vroegere fouten te leren. Daarom is de definitie van een algemene doelstelling van operationele uitmuntendheid noodzakelijk om een algemeen kader van efficiëntie te ontwikkelen.”** (nadruk toegevoegd door PROXIMUS).

**70. Dit besluit bouwt gedeeltelijk verder op de conclusies van de beslissing van de regulatoren van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en helpt in die zin het kader van de operationele uitmuntendheid verder uit te werken. In dit besluit worden de bestaande verplichtingen uit de marktanalyse van 1 juli 2011 dus verder concreet uitgewerkt opdat de operationele processen voor het aanbieden van wholesale-producten functioneler, efficiënter en meer evenwichtig zouden kunnen verlopen.”** (nadruk toegevoegd door PROXIMUS).

PROXIMUS stelt dan ook dat in geval van vernietiging van de verplichting van “operationele uitmuntendheid” voorzien in de beslissing van de CRC van 1 juli 2011, en *a fortiori* in geval van gehele vernietiging van die beslissing, de thans bestreden beslissing eveneens dient vernietigd te worden, bij gebrek aan rechtsgrond.

Zij verwijst in dat verband naar het vernietigingsarrest van 7 januari 2015 met betrekking tot de BRxx2010-beslissing:

**“ANTECEDENTEN.**

**Het Bestreden besluit stelt uitdrukkelijk (randnr. 84) dat het werd aangenomen als gevolgbeslissing in uitvoering van de beslissing van de regulatoren voor de elektronische communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten (hier Breedbandbeslissing), en brengt de daarin omschreven verplichtingen inzake toegang, transparantie, kostenbasing en non-discriminatie ten uitvoer. In het Bestreden Besluit worden de bestaande maatregelen verder gespecificeerd zonder dat er dus nieuwe verplichtingen worden opgelegd, zo stelt het Bestreden Besluit.**



**BEOORDELING.**

*Aangezien de Breedbandbeslissing de juridische basis vormt voor het Bestreden Besluit dat daarvan de uitvoering is en de Breedbandbeslissing door het hof werd vernietigd bij arrest van 3 december 2014 in de zaak 2011/AR/2411 en het BIPT niet specificiert op welke grondslag het Bestreden Besluit dan nog zou steunen, ziet het hof niet op welke rechtsgrond het Bestreden Besluit zou kunnen gehandhaafd blijven in de rechtsorde.*

*Bij ontstentenis van een aanwijsbare grondslag dient het Bestreden Besluit dan ook uit de rechtsorde te worden verwijderd.*

*De vordering van eiseres is ontvankelijk en gegrond.”*

20. Volgens PROXIMUS dringt de hiervoor aangehaalde conclusie zich in de onderhavige zaak des te meer op, gelet op het feit dat de hier bestreden beslissing de reeds vernietigde BRxx2010-beslissing wijzigt en verder aanvult. Aangezien de BRxx2010-beslissing intussen reeds vernietigd is, bestaat er uiteraard geen enkele grond om die (vernietigde) beslissing aan te vullen of te wijzigen.

21. PROXIMUS is verder van oordeel dat het niet mogelijk is als rechtsgrond terug te grijpen naar een eerdere beslissing inzake marktanalyse om volgende redenen.

Ten eerste blijft volgens PROXIMUS de vaststelling dat de bestreden beslissing een wijzigings- en aanvullingsbeslissing uitmaakt ten aanzien van de BRxx2010-beslissing die volledig uit de rechtsorde verdwenen is. De BRxx2012-beslissing kan zonder die BRxx2010-beslissing geen zelfstandig bestaan leiden en dient bijgevolg eveneens vernietigd te worden.

Ten tweede is de bestreden beslissing gebaseerd en bouwt zij rechtstreeks op de verplichting van “operationele uitmuntendheid” die voor het eerst werd ingevoerd in de beslissing van 1 juli 2011 en daarin ook een eerste uitwerking kreeg, meer bepaald in de Bijlage 5 bij die beslissing. Zo geeft de thans bestreden beslissing meer in het bijzonder het volgende aan:

*“70. Dit besluit bouwt gedeeltelijk verder op de conclusies van de beslissing van de regulatoren van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en helpt in die zin het kader van de operationele uitmuntendheid verder uit te werken. In dit besluit worden de bestaande verplichtingen uit de marktanalyse van 1 juli 2011 dus verder concreet uitgewerkt opdat de operationele processen voor het aanbieden van wholesale-producten functioneler, efficiënter en meer evenwichtig zouden kunnen verlopen.”*

Doordat de verplichting van “operationele uitmuntendheid” zoals ingevoerd door het marktbesluit van 1 juli 2011 is komen te vervallen, samen met de vernietiging van dat gehele besluit, kan er aan die verplichting ook geen verdere uitvoering worden gegeven.



Ten derde is het volgens PROXIMUS weinig coherent voor het BIPT om thans te beweren dat de bestreden beslissing haar rechtsgrond zou kunnen vinden in een andere beslissing dan het (herstel)besluit voor de breedbandmarktanalyse van 1 juli 2011, c.q. van 18 december 2014. PROXIMUS verwijst naar de syntheseconclusies van het BIPT van 27 februari 2015 (randnummer 24), waarin het BIPT duidelijk heeft toegegeven dat indien het herstelbesluit zou worden vernietigd (wat inmiddels geschiedde) ook de hier bestreden beslissing, die door het BIPT (nogmaals) als een "uitvoeringsmaatregel" daarvan gekwalificeerd wordt, nietig zou moeten verklaard worden: ***"Gelet op de terugwerkende kracht van deze herstelbeslissing en onder het voorbehoud dat Uw Hof oordeelt dat deze herstelbeslissing rechtsgeldig is, dient besloten te worden dat de Bestreden Beslissing die er een uitvoeringsmaatregel van vormt, een rechtsgrond heeft, en aldus niet dient te vervallen"*** (nadruk toegevoegd door PROXIMUS).

Ten vierde stelt PROXIMUS dat enkel kan worden vastgesteld dat de hier bestreden beslissing geen enkele andere rechtsgrond aanduidt dan de beslissing van 1 juli 2011. Hoogstens wordt er ook nog als een eventuele rechtsgrond voor de bestreden beslissing naar de BRxx2010-beslissing verwezen, doch deze werd intussen ook geheel vernietigd. PROXIMUS besluit dan ook dat het de bestreden beslissing aan iedere geldige rechtsgrond ontbreekt en dat ze integraal dient vernietigd te worden.

**22.** Het BIPT betwist niet dat de marktanalyse zoals vervat in de Kaderbeslissing van 2011, hersteld bij beslissing van 18 december 2014, door de vernietiging ervan bij arresten van 3 december 2014 en 29 juni 2016 niet langer als rechtsgrond kan dienen voor de Brxx2012-beslissing.

**23.** Volgens het BIPT dient er na de vernietiging van de marktanalyse van 2011 teruggevallen te worden op de voorgaande marktanalyse (van markten 11 en 12) vervat in de beslissingen van het BIPT van 10 januari 2008 en 2 september 2009<sup>2</sup>, die terug in werking treden (tot op het ogenblik dat een nieuwe marktanalyse in werking treedt), en kunnen voormelde beslissingen de juridische grondslag vormen van een aantal maatregelen in de Brxx2012-beslissing, hoewel de Brxx 2012-beslissing initieel haar rechtsgrond vond in de marktanalyse van 2011 (Kaderbeslissing van 1 juli 2011, zoals hersteld bij beslissing van 18 december 2014). Het BIPT verwijst in dat verband onder meer naar het arrest van 29 juni 2016, waarin als volgt wordt geoordeeld: ***"Door de vernietiging van de bestreden beslissing geldt opnieuw het Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009 tot een nieuwe beslissing houdende een nieuwe marktanalyse."***

---

<sup>2</sup> Besluit van het BIPT van 10 januari 2008 betreffende de analyse van de markten 11 (ontbundelde toegang op wholesale-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten) en 12 (wholesale-breedbandtoegang), zoals gewijzigd door het vernieuwingsbesluit van 2 september 2009 ter correctie van het analysebesluit van 10 januari 2008 m.b.t. breedbandtoegangsmarkten.



Het BIPT besluit dan ook dat de vernietiging van de marktanalyse van 2011 er niet automatisch toe leidt dat de Brxx2012-beslissing ontdaan is van elke juridische grondslag en aldus dient vernietigd te worden. Immers, de analyse van de markten 11 en 12 kan als grondslag dienen voor die maatregelen opgenomen in de Brxx2012-beslissing die er gekomen zijn in uitvoering van verplichtingen die ook al waren opgenomen in de beslissing van 10 januari 2008 (zoals gecorrigeerd op 2 september 2009). Het BIPT merkt daarbij op dat de Kaderbeslissing van 2011 zich in de eerste plaats kenmerkte door continuïteit en dat de meeste verplichtingen opgelegd in 2008-2009 werden gehandhaafd in de Kaderbeslissing van 2011. Het is enkel in zoverre de Brxx2012-beslissing bepaalde maatregelen bevat die (i) geen uitvoering vormen van verplichtingen opgelegd naar aanleiding van de analyse van de markten 11 en 12 (maar wel van verplichtingen/doelstellingen die enkel werden opgelegd in de kaderbeslissing van 2011) en (ii) geen rechtstreekse toepassing vormen van door de wet aan de regulator toegekende bevoegdheden met het oog op controle van de elementen opgenomen in het referentieaanbod, dat die maatregelen dienen opgeheven te worden wegens gebrek aan juridische grondslag.

Meer concreet stelt het BIPT dat de vereiste inzake operationele uitmuntendheid zich inschrijft binnen de generieke verplichtingen tot toegang, non-discriminatie en transparantie die reeds op grond van de marktanalyse van 2008, zoals gecorrigeerd in 2009, aan PROXIMUS opgelegd waren (en zelfs vóór deze marktanalyse reeds bestonden), hoewel operationele uitmuntendheid op zich een streven is dat pas in de marktanalyse van 2011 expliciet naar voor is geschoven.

Het BIPT erkent evenwel dat maatregelen opgelegd door de Brxx2012-beslissing die expliciet en rechtstreeks worden verantwoord vanuit het streven naar operationele uitmuntendheid, met de vernietiging van de marktanalyse van 2011, niet langer over een juridische grondslag beschikken en als dusdanig niet kunnen gehandhaafd worden.

Het BIPT stelt *a contrario* dat maatregelen die op de eerste plaats een uitvoering zijn van generieke toegangs-, non-discriminatie- of transparantieverplichtingen hun juridische grondslag behouden in de marktanalysebeslissing van 10 januari 2008, zoals gecorrigeerd in 2009, en in een aantal wettelijke bepalingen die de regulator de bevoegdheid geven om dergelijke maatregelen te nemen ten aanzien van gereguleerde operatoren.

**24.** Verder stelt het BIPT dat de vernietiging van de Brxx2010-beslissing niet automatisch moet leiden tot een vernietiging van de Brxx2012-beslissing, omdat deze laatste meer is dan een loutere aanvulling op/wijziging van de Brxx2010-beslissing. Het BIPT ontkent niet dat bepaalde maatregelen in de Brxx2012-beslissing op sommige vlakken inderdaad niet meer dan een wijziging van of aanvulling vormen op de Brxx2010-beslissing. Dergelijke maatregelen kunnen niet gehandhaafd worden. Dit geldt echter niet voor alle maatregelen. Een heel aantal maatregelen staan op zichzelf, hetzij omdat ze bepaalde aspecten betreffen die overeind blijven ook na de vernietiging van de Brxx2010-beslissing, hetzij omdat ze aspecten betreffen die als dusdanig geen verband vertonen met de Brxx2010-beslissing.



Het is enkel wanneer de Brxx2012-beslissing specifiek verwijst naar de Brxx2010-beslissing en daarin iets wil wijzigen (wat dus weggevallen is, gelet op de vernietiging van de Brxx2010-beslissing), dat dit punt in de Brxx2012-beslissing geen voorwerp meer heeft en dus niet kan gehandhaafd worden.

**25.** Het BIPT stelt dus dat een maatregel-per-maatregel analyse noodzakelijk is om te bepalen welke maatregelen effectief enkel en alleen hun juridische grondslag vinden in die verplichtingen die nieuw werden opgelegd door de kaderbeslissing van 2011 (operationele uitmuntendheid) en/of onlosmakelijk verbonden zijn met de Brxx2010-beslissing.

Volgens het BIPT kunnen volgende maatregelen opgenomen in de Brxx2012-beslissing, niet gehandhaafd worden wegens gebrek aan juridische grondslag of omdat ze ertoe strekken iets te wijzigen in de Brxx2010-beslissing:

- Secties 7.1 en 9.2 en de maatregel voorzien in § 356 van sectie 8.11: opheffing van een maatregel die reeds vernietigd is, ingevolge de vernietiging van de Brxx2010-beslissing;
- Secties 8.9, 8.10 en 8.12 en de maatregel voorzien in §§ 279 en 291 van sectie 8.7: maatregelen opgelegd in rechtstreekse toepassing van verplichtingen nieuw opgelegd door de Kaderbeslissing van 2011 (operationele uitmuntendheid) en waarvoor geen juridische grondslag te vinden is de marktanalysebeslissing van 2008, zoals gecorrigeerd in 2009.

De overige maatregelen zoals voorzien in de Brxx2012-beslissing, kunnen volgens het BIPT wel gehandhaafd blijven, aangezien zij wel degelijk over een juridische grondslag beschikken, (i) hetzij omdat zij een uitvoering vormen van verplichtingen die reeds in het kader van de voorgaande en opnieuw geldige analyse van de breedbandmarkten werden opgelegd, (ii) hetzij omdat zij niet meer dan een aanpassing betreffen van aspecten waarover het BIPT reeds voorafgaandelijk aan de marktanalyse van 2011 al beslissingen had genomen, (iii) hetzij omdat zij een rechtstreekse toepassing vormen van de wettelijk vastgelegde bevoegdheden van het BIPT inzake controle op elementen opgenomen in het referentieaanbod.

- *Beoordeling*

**26.** De bestreden beslissing vindt haar juridische grondslag in de Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en meer in het bijzonder in het luik "operationele uitmuntendheid" dat daarin voor het eerst werd ingevoerd en ook een eerste uitwerking kreeg, meer bepaald in de Bijlage 5 bij die beslissing.

Dit blijkt duidelijk uit volgende passages in de bestreden beslissing:

PAGE 01-00000702788-0014-0019-01-01-4



*“61. Dit besluit werd aangenomen in uitvoering van de beslissing van de regulatoren van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en brengt deels de verplichtingen inzake toegang, transparantie en niet-discriminatie ten uitvoer. In een dergelijke beslissing worden de bestaande maatregelen meer uitgebreid gespecificeerd zonder dat er nieuwe verplichtingen worden opgelegd. Een dergelijke specificatie is noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de verplichtingen effectief zijn en zodat de naleving van de verplichting inzake niet-discriminatie kan worden gewaarborgd. Ook de ERG bevestigt in zijn Remedies Paper dat verplichtingen inzake niet-discriminatie, hoe goed ze ook geformuleerd en begrepen zijn, op zich niet voldoende kunnen zijn (...). Het gebruik van een marktanalyse als kaderbeslissing met een algemene bepaling van de maatregelen die worden opgelegd aan de operator met een sterke machtspositie werd in het verleden reeds aanvaard door het Hof (...). Het logische gevolg hiervan is dat deze principiële verplichtingen uitgewerkt kunnen en moeten worden door verdere beslissingen.”*

*“69. Op basis van dezelfde redenering is in de beslissing van de regulatoren van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 een specifieke maatregel opgelegd met als doel het verzekeren van een optimale operationele samenwerking tussen Belgacom en de alternatieve operatoren:*

*“§ 745. In het kader van de levering van diensten voor ontbundelde toegang [...] dient Belgacom te blijven streven naar “operationele uitmuntendheid”. “Operational excellence” is het uitwerken van functionele, efficiënte en daadwerkelijke processen bij het aanbieden van wholesaleproducten aan de alternatieve operatoren.”*

*“§ 759. Het BIPT merkt tevens op dat de doelstelling van operationele uitmuntendheid zich niet enkel mag beperken tot de problemen die nu zijn vastgesteld. Het is immers van fundamenteel belang om van vroegere fouten te leren. Daarom is de definitie van een algemene doelstelling van operationele uitmuntendheid noodzakelijk om een algemeen kader van efficiëntie te ontwikkelen.”*

*70. Dit besluit bouwt gedeeltelijk verder op de conclusies van de beslissing van de regulatoren van de elektronische-communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten en helpt in die zin het kader van de operationele uitmuntendheid verder uit te werken. In dit besluit worden de bestaande verplichtingen uit de marktanalyse van 1 juli 2011 dus verder concreet uitgewerkt opdat de operationele processen voor het aanbieden van wholesale-producten functioneler, efficiënter en meer evenwichtig zouden kunnen verlopen.”*

Aangezien de beslissing van de CRC van 1 juli 2011, evenals de herstelbeslissing van 18 december 2014 werden vernietigd bij arresten van respectievelijk 3 december 2014 en 29 juni 2016, dient de thans bestreden beslissing eveneens vernietigd te worden bij gebrek aan rechtsgrond.



27. Het standpunt van het BIPT dat de vernietiging van de marktanalyse van 2011 er niet automatisch toe leidt dat de Brxx2012-beslissing ontdaan is van elke juridische grondslag en dat bepaalde maatregelen hun juridische grondslag kunnen vinden in de marktanalyse van 2008 (gecorrigeerd in 2009) of in een aantal wettelijke bepalingen die de regulator de bevoegdheid geven om dergelijke maatregelen te nemen ten aanzien van gereguleerde operatoren, kan niet worden bijgetreden. De thans bestreden beslissing vindt immers precies haar juridische grondslag in de marktanalyse van 2011 en vormt daarvan een concrete uitwerking. Het is niet juist om thans – na de opeenvolgende vernietigingen van de marktanalyse van 2011 – terug te grijpen naar de marktanalyse van 2009 of naar wettelijke bepalingen, terwijl deze nooit als grondslag van de bestreden beslissing werden aangeduid. Het BIPT heeft in zijn syntheseconclusies van 27 februari 2015 (randnummer 24) overigens erkend dat, indien het herstelbesluit zou worden vernietigd ook de thans bestreden beslissing, die door het BIPT als een uitvoeringsmaatregel daarvan gekwalificeerd wordt, nietig zou moeten verklaard worden: *“Gelet op de terugwerkende kracht van deze herstelbeslissing en onder het voorbehoud dat Uw Hof oordeelt dat deze herstelbeslissing rechtsgeldig is, dient besloten te worden dat de Bestreden Beslissing die er een uitvoeringsmaatregel van vormt, een rechtsgrond heeft, en aldus niet dient te vervallen.”*

Wat de verwijzing naar de marktanalyse van 2008 betreft, moet bovendien worden opgemerkt dat uit art. 16.6 (a) 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) voortvloeit 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. Het verstrijken van een tijdsspanne van meer dan drie jaar vereist m.a.w. een nieuwe beslissing, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante gegevens inzake gewijzigde marktomstandigheden en technologische evoluties. Het gaat dan ook niet op om thans bepaalde maatregelen te steunen op een sinds geruime tijd verouderde marktanalyse.

28. De BRxx2012-beslissing is niet alleen gesteund op de marktanalyse van 2011, maar maakt ook een wijzigings- en aanvullingsbeslissing uit ten aanzien van de BRxx2010-beslissing die volledig uit de rechtsorde verdwenen is ingevolge de vernietiging ervan bij arrest van 7 januari 2015.

Dit blijkt duidelijk uit de totstandkoming van de thans bestreden beslissing, zoals weergegeven in het hoofdstuk “Procedure” van deze beslissing. In het bijzonder wordt verwezen naar volgende passages:

*“17. Op 17 februari 2012 heeft Belgacom aan het BIPT een voorstel tot aanpassing van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 toegezonden conform het besluit van het BIPT van 11 augustus 2011 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 inzake de invoering van de projecten Open Calendar en*



*Certified Technician en conform de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten. Belgacom preciseert dat het van deze aanpassing gebruik heeft gemaakt om wijzigingen op te nemen die ofwel het gevolg zijn van de gesprekken met de alternatieve operatoren in de operationele werkgroepen ofwel voortvloeien uit de eigen wil om de referentieaanbiedingen coherenter en duidelijker te maken. In het voorstel van Belgacom zijn ook wijzigingen opgenomen als resultaat van de gesprekken tussen Belgacom en het BIPT die op hun beurt het gevolg waren van het beroep dat Belgacom had aangetekend bij het hof van beroep van Brussel met betrekking tot het besluit van het BIPT van 11 augustus 2011.”*

*“26. Naar aanleiding van de nieuwe elementen die Belgacom aan het BIPT heeft overgezonden, heeft het BIPT ermee ingestemd om zijn besluit van 11 augustus 2011 te wijzigen op basis van een model dat door Belgacom en het BIPT samen werd bepaald. Zo heeft het BIPT aan Belgacom de kans gegeven om een nieuw voorstel uit te werken voor de zes hierboven vermelde punten. Met het oog op de naleving van de wet van 13 juni 2005 maakten deze aanpassingen het voorwerp uit van een raadpleging in het kader van het huidige besluit. De wijzigingen ten opzichte van het besluit van 11 augustus 2011 worden dus gerechtvaardigd in het huidige besluit.*

*27. In Annexe D vindt u een vergelijkingstabel tussen het besluit van 11 augustus 2011 (hierna “BRxx 2010” genoemd) en het huidige ontwerpbesluit (hierna “BRxx 2012” genoemd).”*

De Bijlage D bij de BRxx2012-beslissing bevat een overzicht van de delen van de BRxx2010-beslissing, die gewijzigd werden aan de hand van de delen van de BRxx2012-beslissing.

De BRxx2012-beslissing kan zonder de BRxx2010-beslissing geen zelfstandig bestaan leiden en dient bijgevolg eveneens vernietigd te worden.

#### VI.1.2. Overige middelen

**29.** Gelet op de gegrondheid van het algemeen middel, dienen de overige door PROXIMUS ingeroepen middelen niet te worden beoordeeld.

#### VI.2. Verzoek tot terbeschikkingstelling van een vrij afschrift van het arrest

**30.** Het BIPT vraagt te gelasten dat op de griffie van het hof een vrij afschrift van het arrest zoals bedoeld in art. 792 Ger. W. ter beschikking gesteld wordt van elke partij op de dag van de uitspraak van voornoemd arrest.



**31.** Artikel 792 Ger. W. bepaalt het volgende 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 het BIPT moet worden afgewezen.

### VI.3. Rechtsplegingsvergoeding

**32.** De vordering van PROXIMUS betreft een niet in geld waardeerbare vordering.

Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt € 1.440,00 (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;

Wijst het verzoek tot heropening der debatten af;

Verklaart het beroep ontvankelijk en gegrond;

Vernietigt de beslissing van het BIPT van 10 december 2013 betreffende de herziening van de referentieaanbiedingen BRUO, BROBA en WBA VDSL2 (BRxx2012-beslissing);

Veroordeelt het BIPT tot de kosten van het geding, in hoofde van PROXIMUS begroot op € (rolrecht) + € 1.440,00 (rechtsplegingsvergoeding) en in hoofde van hemzelf niet begroot, daar ze ten zijne laste blijven.

\*\*\*\*\*

⌈ PAGE 01-00000702788-0018-0019-01-01-4 ⌋



Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 18<sup>de</sup> kamer N van het hof van beroep te Brussel op **2 november 2016**,

Waar aanwezig waren :

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

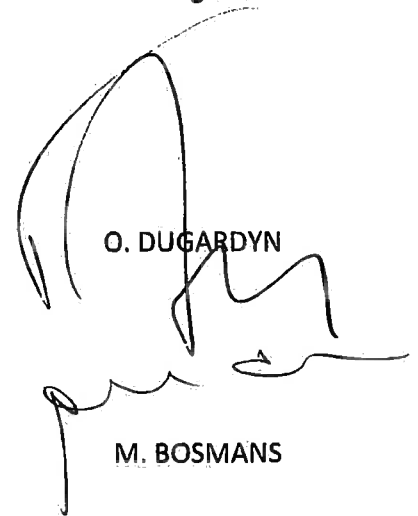
raadsheer d.d. voorzitter,  
raadsheer,  
plaatsvervangend raadsheer,  
griffier.



T. GILLIOEN



K. PITEUS



O. DUGARDYN

M. BOSMANS



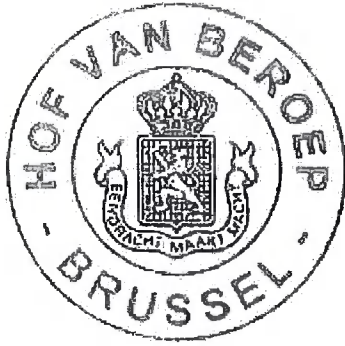
Eensluitend verklaarde kopie.

Afgeleverd aan: B.I.P.T.

art. Bericht

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Brussel, 07-11-2016



  
B. VANDERGUCHT  
Griffier