

|   |
|---|
| Repertoriumnummer<br><b>2014/</b>   |
| Datum van uitspraak<br><b>12 november 2014</b>  |
| Rolnummers<br><b>2011/AR/2289 &amp; 2011/AR/2290 &amp;<br/>2011/AR/2291 &amp; 2011/AR/2415 &amp;<br/>2011/AR/2418</b> |

### Uitgifte

| Uitgereikt aan | Uitgereikt aan | Uitgereikt aan |
|----------------|----------------|----------------|
| op<br>€<br>BUR | op<br>€<br>BUR | op<br>€<br>BUR |

Niet aan te bieden aan de  
ontvanger

Eindarrest van 12/11/14

# Hof van beroep Brussel

CC: 1300  
PL: 360

## Arrest

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

|                     |
|---------------------|
| Aangeboden op       |
| Niet te registreren |

COVER 01-00000046240-0001-0114-01-01-1



**I : 2011/AR/2289**

**IN DE ZAAK VAN :**

**TELENET N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven in de KBO onder nummer 0473.416.418,

Eiseres,

vertegenwoordigd door Mr. Thomas DE MEESE, advocaat met kantoor te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7.

**TEGEN :**

**Conferentie van Regulators voor de Elektronische Communicatiesector**, afgekort CRC, organisme van openbaar nut, waarvan de kantoren thans zijn gevestigd op de zetel van de 'Conseil Supérieur de l'Audiovisuel', te 1000 BRUSSEL, Keizerinlaan 13

Verweerster,

Vertegenwoordigd door Mr. Sébastien DEPRÉ en Mr. VERNET Philippe, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7, Mr. Hendrik VIAENE, Mr. Bram HOORELBEKE en Mr. Delphine GILLET, advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Loksumstraat 25 en Mr. François JONGEN, advocaat met kantoor te 1348 LOUVAIN-LA-NEUVE, Place des Peintres 8/004.

**TUSSENKOMENDE PARTIJEN**

**1. BELGACOM N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 27, ingeschreven met KBO onder nummer 0202.239.951,

Tussenkomenende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Dirk VAN LIEDEKERKE, Mr. Alexis LAES, Mr. Joëlle FROIDMONT en Mr. Kim GILLADE, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26.

PAGE 01-00000046240-0002-0114-01-01-4



**2. MOBISTAR N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1140 BRUSSEL, Bourgetlaan 3, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Yves VAN GERVEN, Mr. Anne VALLERY en Mr. H  l  ne MARCONI, advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Barricadenplein 13;

**3. AIESH C.V.** intercommunale vereniging, met maatschappelijke zetel te 6460 Chimay, Grand Place, Hôtel de Ville, ingeschreven in de KBO onder nummer 0201.712.587,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'  CLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

**4. PUBLIFIN S.C.R.L., voorheen TECTEO S.C.R.L.**, met zetel te 4000 Luik, rue Louvrex 95, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'  CLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

**5. BRUTELE S.C.R.L.**, met maatschappelijke zetel te 1050 BRUSSEL, Steenweg op Elsene 168, ingeschreven in de KBO onder nummer 0205.954.655,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'  CLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

---



**II : 2011/AR/2290**

IN DE ZAAK VAN

**TELENET N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven in de KBO onder nummer 0473.416.418,

Eiseres,

vertegenwoordigd door Mr. Thomas DE MEESE, advocaat met kantoor te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7;

**TEGEN:**

**Conferentie van Regulators voor de Elektronische Communicatiesector**, afgekort CRC, organisme van openbaar nut, waarvan de kantoren thans zijn gevestigd op de zetel van de 'Conseil Supérieur de l'Audiovisuel', te 1000 BRUSSEL, Keizerinlaan 13,

Verweerster,

Vertegenwoordigd door Mr. Sébastien DEPRÉ en Mr. VERNET Philippe, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7, Mr. Hendrik VIAENE, Mr. Bram HOORELBEKE en Mr. Delphine GILLET, advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Loksumstraat 25 en Mr. François JONGEN, advocaat met kantoor te 1348 LOUVAIN-LA-NEUVE, Place des Peintres 8/004;

**TUSSENKOMENDE PARTIJEN**

**1. BELGACOM N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 27, ingeschreven met KBO onder nr. 0202.239.951.

Tussenkomenende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Dirk VAN LIEDEKERKE, Mr. Alexis LAES, Mr. Joëlle FROIDMONT en Mr. Kim GILLADE, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26;

PAGE 01-00000046240-0004-0114-01-01-4



**2. MOBISTAR N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1140 BRUSSEL, Bourgetlaan 3, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomende partij,

vertegenwoordigd door Mr. Yves VAN GERVEN, Mr. Anne VALLERY en Mr. H el ene MARCONI, advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Barricadenplein 13;

**3. AIESH C.V.** intercommunale vereniging, met maatschappelijke zetel te 6460 Chimay, Grand Place, Hôtel de Ville, ingeschreven in de KBO onder nummer 0201.712.587,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

**4. PUBLIFIN S.C.R.L., voorheen TECTEO S.C.R.L.** met zetel te 4000 Luik, rue Louvrex 95, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

**5. BRUTELE S.C.R.L.**, met maatschappelijke zetel te 1050 BRUSSEL, Steenweg op Elsene 168, ingeschreven in de KBO onder nummer 0205.954.655,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;



**III : 2011/AR/2291**

**IN DE ZAAK VAN :**

**TELENET N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven in de KBO onder nummer 0473.416.418.

Eiseres,

vertegenwoordigd door Mr. Thomas DE MEESE, advocaat met kantoor te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7;

**TEGEN:**

**Conferentie van Regulators voor de Elektronische Communicatiesector**, afgekort CRC, organisme van openbaar nut, waarvan de kantoren thans zijn gevestigd op de zetel van de 'Conseil Supérieur de l'Audiovisuel', te 1000 BRUSSEL, Keizerinlaan 13,

Verweerster,

Vertegenwoordigd door Mr. Sébastien DEPRÉ en Mr. VERNET Philippe, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7, Mr. Hendrik VIAENE, Mr. Bram HOORELBEKE en Mr. Delphine GILLET, advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Loksumstraat 25 en Mr. François JONGEN, advocaat met kantoor te 1348 LOUVAIN-LA-NEUVE, Place des Peintres 8/004.

**TUSSENKOMENDE PARTIJEN :**

**1. BELGACOM N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 27, ingeschreven met KBO onder nr. 0202.239.951.

Tussenkomenende partij.

Vertegenwoordigd door Mr. Dirk VAN LIEDEKERKE, Mr. Alexis LAES, Mr. Joëlle FROIDMONT en Mr. Kim GILLADE, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26;

PAGE 01-00000046240-0006-0114-01-01-4



**2. MOBISTAR N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1140 BRUSSEL, Bourgetlaan 3, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810.

Tussenkomende partij,

vertegenwoordigd door Mr. Yves VAN GERVEN, Mr. Anne VALLERY en Mr. H el ene MARCONI, advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Barricadenplein 13;

**3. AIESH, C.V.** intercommunale vereniging, met maatschappelijke zetel te 6460 Chimay, Grand Place, Hôtel de Ville, ingeschreven in de KBO onder nummer 0201.712.587.

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

**4. PUBLIFIN S.C.R.L., voorheen S.C.R.L.**, met zetel te 4000 Luik, rue Louvrex 95, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomende partij,

**5. BRUTELE S.C.R.L.**, met maatschappelijke zetel te 1050 BRUSSEL, Steenweg op Elsene 168, ingeschreven in de KBO onder nummer 0205.954.655,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;



#### IV. 2011/AR/2415

IN DE ZAAK VAN

**1. BELGACOM N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 27, ingeschreven met KBO onder nummer 0202.239.951,

Eiseres,

Vertegenwoordigd door Mr. Dirk VAN LIEDEKERKE, Mr. Alexis LAES, Mr. Joëlle FROIDMONT en Mr. Kim GILLADE, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26.

**TEGEN:**

**Conferentie van Regulators voor de Elektronische Communicatiesector**, afgekort CRC, organisme van openbaar nut, waarvan de kantoren thans zijn gevestigd op de zetel van de Conseil Supérieur de l'Audiovisuel', te 1000 BRUSSEL, Keizerinlaan 13,

Vertegenwoordigd door Mr. Sébastien DEPRÉ en Mr. VERNET Philippe, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7, Mr. Hendrik VIAENE, Mr. Bram HOORELBEKE en Mr. Delphine GILLET, advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Loksumstraat 25 en Mr. François JONGEN, advocaat met kantoor te 1348 LOUVAIN-LA-NEUVE, Place des Peintres 8/004.

**TUSSENKOMENDE PARTIJEN:**

**1. PUBLIFIN S.C.R.L., voorheen TECTEO S.C.R.L.**, met zetel te 4000 Luik, rue Louvrex 95, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomen partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

PAGE 01-00000046240-0008-0114-01-01-4





**2. BRUTELE S.C.R.L.**, met maatschappelijke zetel te 1050 BRUSSEL, Steenweg op Elsene 168, ingeschreven in de KBO onder nummer 0205.954.655,

Tussenkomende partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

**3. TELENET N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven in de KBO onder nummer 0473.416.418.

vertegenwoordigd door Mr. Thomas DE MEESE, advocaat met kantoor te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7;

---

#### V. 2011/AR/2418

IN DE ZAAK VAN

**1. BELGACOM N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 27, ingeschreven met KBO onder nummer 0202.239.951,

Eiseres,

Vertegenwoordigd door Mr. Dirk VAN LIEDEKERKE, Mr. Alexis LAES en Mr. Kim GILLADE, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26;

**TEGEN**

**Conferentie van Regulators voor de Elektronische Communicatiesector**, afgekort CRC, organisme van openbaar nut, waarvan de kantoren thans zijn gevestigd op de zetel van de 'Conseil Supérieur de l'Audiovisuel', te 1000 BRUSSEL, Keizerinlaan 13,

PAGE 01-00000046240-0009-0114-01-01-4



Vertegenwoordigd door Mr. Sébastien DEPRÉ en Mr. VERNET Philippe, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7, Mr. Hendrik VIAENE, Mr. Bram HOORELBEKE en Mr. Delphine GILLET, advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Loksumstraat 25 en Mr. François JONGEN, advocaat met kantoor te 1348 LOUVAIN-LA-NEUVE, Place des Peintres 8/004;

**TUSSENKOMENDE PARTIJEN:**

**1. PUBLIFIN S.C.R.L., voorheen TECTEO S.C.R.L.**, met zetel te 4000 Luik, rue Louvrex 95, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomen de partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

**2. BRUTELE S.C.R.L.**, met maatschappelijke zetel te 1050 BRUSSEL, Steenweg op Elsene 168, ingeschreven in de KBO onder nummer 0205.954.655,

Tussenkomen de partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Peter L'ECLUSE, Mr. V. LEFEVER en Mr. Emmanuel CORNU, advocaten te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 149;

**3. TELENET N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven in de KBO onder nummer 0473.416.418.

Tussenkomen de partij,

Vertegenwoordigd door Mr. Thomas DE MEESE, advocaat met kantoor te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7.



## I. De voorafgaande rechtspleging.

1. Eiseres Telenet heeft met drie verzoekschriften telkens een vordering ingesteld waarbij ze de vernietiging vordert van één van de beslissingen die op 1 juli 2011 door de Conferentie der Regulators van de Elektronische Communicatiesector (CRC) werden genomen.

Het betreft de drie beslissingen houdende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Franse taalgebied, de analyse van de markt voor de televisieomroep in het Nederlandse taalgebied en de analyse van de markt voor de televisieomroep in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, hierna 'de beslissingen' genoemd.

Tegelijk werd door deze partij de schorsing van die beslissingen nagestreefd. Deze vordering werd evenwel reeds door het hof verworpen bij een arrest van 4 september 2012.

2. NV Belgacom heeft twee vorderingen ingesteld met betrekking tot twee van de voormelde beslissingen, met name deze die het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad betreffen.

Die vordering is evenwel beperkt tot het onderdeel van de beslissingen dat Belgacom uitsluit van de verplichting voor de kabeloperatoren om een aanbod van doorverkoop van breedbandinternet aan te bieden, evenals een aanbod voor toegang tot hun platform voor digitale televisie.

Belgacom heeft dergelijke vordering ook ingesteld met betrekking tot twee andere beslissingen van de CRC van 1 juli 2011, die ook een analyse van de markt voor de televisieomroep betreffen in het Franse taalgebied en het Duitse taalgebied. Die vorderingen zijn onderwerp van procedures die in het Frans worden gevoerd.

3. De partijen hebben conclusies ingediend op de griffie en aan elkaar meegedeeld binnen de termijnen die door het hof werden bepaald.

Met uitzondering voor de tussenkomenende partijen Publifin en Brutélé hebben ze ieder ook een dossier met stavingstukken ingediend.

4. De advocaten van de partijen werden gehoord op de terechtzitting, waarna de zaken op 26 februari 2014 in beraad werden gesteld.

5. Nu de twee vorderingen van Belgacom, die al gevoegd werden bij een arrest van 15 november 2011, gericht zijn tegen twee van de drie door Telenet bestreden beslissingen en Belgacom daarenboven is tussengekomen in de drie procedures die door Telenet werden ingeleid, zijn hun vorderingen samenhangend.

Zodoende worden de twee gevoegde zaken enerzijds en de drie voormelde reeds gevoegde zaken op hun beurt gevoegd om er met onderhavig arrest ten gronde over te beslissen.

6. Bij het arrest van 4 september 2012, waarbij de vorderingen tot schorsing van de bestreden beslissingen werd verworpen, werden de door Telenet ingeleide vorderingen tot vernietiging en de tussenkomsten ontvankelijk verklaard.

Alle overige beslissingen werden aangehouden.

## **II. De grond van de vorderingen.**

### ***A. Algemene situering.***

7. Voor de algemene situering van de bestreden beslissingen en van de vorderingen verwijst het hof naar het vermelde tussenarrest van 4 september 2012.

Enkel met het oog op de leesbaarheid van onderhavig arrest wordt hierover nog kort het volgende hernomen.

8. De Conferentie der Regulators van de Elektronische Communicatiesector (afgekort CRC) heeft op 1 juli 2011 volgens de bepalingen van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 vier beslissingen genomen over de regulering 'ex ante' van de detailmarkt voor de levering van televisiesignalen.

Van de drie bestreden beslissingen ging er telkens in ontwerpvorm één uit van de Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) wat het Franse taalgebied betreft, één van de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM) voor wat het Nederlandse taalgebied aangaat en één van het Belgisch Instituut voor de Postdiensten en de Telecommunicatiediensten (BIPT) voor wat het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad betreft.



Met toepassing van het vermelde Samenwerkingsakkoord werden die drie ontwerp beslissingen aanhangig gemaakt bij de CRC, die aldus de bestreden beslissingen zelf heeft genomen.

Een vierde beslissing die de CRC op 1 juli 2011 ook heeft genomen betreffende de markt van de televisieomroep in het Duitse taalgebied, wordt door Telenet niet bestreden omdat ze er niet is aangewezen als operator met een aanmerkelijke marktmacht.

9. De detailmarkt voor de levering van televisiesignalen wordt in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 17 december 2007 (2007/879/EG) zelf niet als een ex ante reguleerbare markt aangewezen, maar op grond van de toepassing van de 'drie-criteria-test' die vervat is in punt 2 van die Aanbeveling werd tot regulering besloten.

De drie beslissingen, die een algemeen overeenstemmende strekking hebben voor elk van de drie boven sub 1. vermelde taalgebieden, leggen verplichtingen op aan de eigenaars of erfpachthouders van een kabelnetwerk, en onder meer om andere operatoren toegang te verlenen tot hun netwerk ten einde ze in de mogelijkheid te stellen om er concurrerende diensten aan te bieden.

Evenwel is Belgacom als operator niet toegelaten tot het voordeel van twee van de drie verplichtingen, met name deze om een aanbod van doorverkoop van breedbandinternet aan te bieden, evenals een aanbod voor toegang tot hun platform voor digitale televisie. Wel kreeg ze toegang tot een aanbod inzake doorverkoop van analoge televisie.

10. Nadat de ontwerpbeslissingen aan de Europese Commissie werden genotificeerd, zoals voorgeschreven bij artikel 7 van de Kaderrichtlijn 2002/21/CE van het Europese Parlement en de Raad van 7 maart 2002, heeft deze aanvankelijk op 31 mei 2011 een vraag om inlichtingen geformuleerd en nadien haar mening meegedeeld bij een brief van 20 juni 2011.

Voordien werden de ontwerpbeslissingen door de drie betrokken voormelde regulatoren ook voor advies meegedeeld aan de inmiddels afgeschafte Raad voor de Mededinging, die op 21 februari 2011 een advies heeft verstrekt over de vier ontwerpbeslissingen samen.

11. De beslissingen van 1 juli 2011 zijn in werking getreden op 1 augustus 2011, tenzij anders is aangegeven voor een bepaalde verplichting.

Ze zijn op 7 februari 2012 door de CRC nog gecorrigeerd met drie besluiten waarbij materiële vergissingen worden rechtgezet.



De bestreden beslissingen geven ook aan, zoals de Kaderrichtlijn oplegt, dat de analyse in de regel gedurende drie jaar van kracht blijft, maar dat zulks niet belet dat wegens ontwikkelingen die zich zouden voordoen op de relevante markt elke beslissing van jaar tot jaar eerder zou kunnen worden herzien.

12. In de beslissingen voor het Franse taalgebied, voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en het Nederlandstalige taalgebied, wordt mutatis mutandis telkens hetzelfde overwogen ten aanzien van dezelfde operatoren, inzonderheid ten aanzien van Telenet die als enige operator in de drie taalgebieden actief is.

Uitzondering hierop vormt Publifin (Tecteo) die in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad geen diensten aanbiedt.

De drie beslissingen hebben eenzelfde opbouw en benadering en verstrekken ook eenzelfde redengeving voor de verplichtingen, waarvan ook het detail niet verschilt, wat de noodzaak en de proportionaliteit ervan betreft, met dien verstande dat voor elk van de beslissingen de specifiek voor het betrokken taalgebied vigerende regelgeving wordt in aanmerking genomen.

13. Nog op 1 juli 2011 heeft de CRC een beslissing genomen met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten (markten 4 en 5 bedoeld in de bijlage bij de Aanbeveling van de Europese Commissie van 17 december 2007), die gesteld is in het Nederlands en het Frans.

Daarbij werd Belgacom aangewezen als SMP-operator en werden haar verplichtingen opgelegd, waaronder een referentieaanbod voor de levering van multicasting.

Tegen deze beslissing werd door Belgacom een beroep ingediend dat onderwerp uitmaakt van een andere Nederlandstalige rechtspleging.

### ***B. De feiten van de analyse en de inhoud van de bestreden beslissingen.***

14. De gemeenschapsregulators voor de audiovisuele media, VRM en de CSA, en het BIPT zagen redenen om de marktgeving te analyseren vertrekkend van de vaststelling dat in België de levering van omroepdiensten aan eindgebruikers vrijwel beperkt is tot televisie via de kabel van de kabeloperatoren en via het IPTV-platform van Belgacom.

De uitkomst van een marktbevraging die in 2008 door de VRM, de CSA en de Medienrat samen werd gevoerd, betreffende breedband, de netwerktoegang en de omroepdiensten op groothandelniveau deed hen besluiten dat er redenen waren om de markten met betrekking tot de omroepdiensten verder te onderzoeken.



Een belangrijk gegeven uit die analyse bleek te zijn dat er een toenemende verwevenheid was gegroeid tussen de omroepmarkt en de markt voor breedbandinternet en telefonie, in het bijzonder door de toename van de "multiple play"-aanbiedingen. Omroepdiensten worden geleverd samen met breedbandinternetdiensten en telefonieproducten.

Zodoende rees de vraag of in geval van problemen op de markt een ex-anteregulering gerechtvaardigd kon zijn en zo ja, welke reguleringsaanpak daarbij het meest geschikt voorkwam.

15. De verschillende kanalen langs dewelke de televisieomroepmarkt in België haar diensten aan de eindgebruikers aanbiedt, zijn: het platform voor kabel-tv, het IPTV-platform en de 'overige platformen': satelliet-tv, terrestrische tv, mobiele tv en web-tv.

In termen van marktpenetratie bleek de kabeltelevisie het belangrijkste televisieplatform in België. Anno 2010 had meer dan 95% van de Belgische bevolking toegang tot kabeltelevisie en bereikte ze ongeveer 80% van het aantal huishoudens in België.

De IPTV-dekking werd geraamd op ongeveer 88% van de huishoudens. Die dekking is intussen gestegen tot ongeveer 95% (nog na te zien).

De algemene tv-penetratie van kabel-tv-abonnees en IPTV-abonnees tezamen bedroeg in 2010 zowat 96% van het totale aantal Belgische huishoudens.

16. De kabeltelevisiediensten werden anno 2010 verstrekt door vijf operatoren. Sedert de datum van de bestreden beslissingen zijn er in werkelijkheid nog slechts vier kabeloperatoren, nadat AIESH heeft beslist om de exploitatie van haar kabelnetwerk toe te vertrouwen aan Brutélé met ingang van september 2012.

De operatoren zijn actief in de verschillende taalgebieden als volgt:

- Telenet is actief in het Nederlandse taalgebied, delen van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en één gemeente in het Franse taalgebied.
- Publifin (voorheen Tecteo en hierna vermeld onder de beide benamingen) is actief in meer dan 75% van het Franse taalgebied, het Duitse taalgebied en één gemeente in het Nederlandse taalgebied.
- Brutélé is actief in 24 gemeenten van het Franse taalgebied en in 6 gemeenten van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.



- Numéricable (Coditel) dekt delen van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en twee gemeenten in het Nederlandse taalgebied.
- AIESH heeft een kabelnetwerk in zeven gemeenten van de provincie Henegouwen in het Franse taalgebied.

De operatoren Brutélé en Publifin hebben hun televisieactiviteiten gegroepeerd onder de commerciële naam VOO en samen dekken zij bijna 95% van het Franse taalgebied en 100% van het Duitse taalgebied.

17. Het IPTV-platform staat voor televisiediensten die over een telecommunicatienetwerk op basis van DSL (koperdraden) worden aangeboden. Het betreft het tweede belangrijkste tv-platform in België in termen van abonnees.

Belgacom biedt haar IPTV-televisiedienst aan onder de productnaam “Belgacom TV”. Zij heeft de omroepmarkt met dit product betreden in 2005 en biedt de diensten aan over het hele land. Haar dochteronderneming Scarlet biedt zijn abonnees eveneens het “Belgacom TV”-product aan.

Alpha Networks, dat diensten aanbiedt onder de merknaam “Billi”, maakt als enige alternatieve operator gebruik van het referentieaanbod van Belgacom (BRUO) om via het netwerk van Belgacom televisiediensten aan te bieden, overigens samen met internetdiensten. Billi werd opgestart in februari 2010 en biedt televisiediensten aan in 19 gemeenten in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en in het Franse taalgebied.

18. Verder worden televisiediensten ook nog aangeboden via satelliet.

Satelliet-tv wordt onderscheiden in twee types: betalende satelliet-tv (SATV), waarbij de eindklant televisiesignalen ontvangt via satelliet door middel van een betalend abonnement en ‘free-to-air satelliet-tv’ (FTA SATV), waarbij de eindklant televisiesignalen ontvangt zonder betalend abonnement (doorgaans publieke zenders). Satelliettelevisie heeft vrijwel nationale dekking.

De voornaamste aanbieder van satelliettelevisie is de ‘M7 Group’ die twee verschillende aanbiedingen voor SATV heeft, met name TV Vlaanderen (voor de Nederlandstalige kijkers) en TélésAT (voor de Franstalige kijkers). Beide aanbiedingen betreffen digitale tv en omvatten naast Belgische televisiekanalen ongeveer 700 televisie- en radiokanalen (waaronder in het bijzonder ook kanalen uit Frankrijk in het TélésAT-aanbod en kanalen uit Nederland in het aanbod van TV Vlaanderen).





Mobistar bood vanaf oktober 2010 eveneens televisie gebaseerd op satelliet signalen, in combinatie met telefonie en breedbandinternet. Sedert september 2013 is dit aanbod, dat twee taalgerichte bundels inhield (overwegend Franstalig of Nederlandstalig), evenwel uit de markt gehaald.

De ontvangst van deze televisiediensten vereist de plaatsing van een satellietontvanger (doorgaans een paraboolantenne) en een decoder. Net als IPTV en digitale kabel-tv biedt SATV *high definition*-tv voor zowel beeld als geluid. Deze diensten bieden eveneens themakanalen aan die de kijker kan kiezen.

19. Een ander platform is de digitale terrestrische televisie. Deze televisiesignalen worden via de ether verspreid met zendmasten. Met uitzondering voor een enkele lokale Franstalige Brusselse zender “Télé Bruxelles”, die zijn programma’s nog analoog uitzendt, betreft het digitale televisie (Digital Video Broadcast Terrestrial of DVB-T).

Via DVB-T kan slechts een beperkt aantal programma’s worden uitgezonden (vergeleken met de platformen kabel, IPTV en satelliet) wegens de beperking van de spectrumruimte. Voor DVB-T is een decoder vereist (die doorgaans ingebouwd is op nieuwe tv-toestellen) en een DVB-T-antenne die binnen- of buitenshuis kan bevestigd worden.

De bestaande DVB-T platformen zenden enkel free-to-air uit en zijn volledig gratis.

In de Franse Gemeenschap zendt RTBF (de Franstalige publieke zender) zijn 3 televisiezenders en Euronews uit, met daarnaast ook de publieke Franstalige en Duitstalige radiozenders.

In Vlaanderen werd een licentie toegekend aan Norkring 50, dat de signalen van de VRT (de Nederlandstalige publieke zender) mag uitzenden. Enkel de televisie- en radiozenders van de VRT worden uitgezonden via DVB-T.

In de Duitstalige Gemeenschap zendt de BRF (de Duitstalige publieke zender) zijn dagelijkse televisiejournaal en de radiozender BRF1 uit.

20. Ook ‘mobiele tv’ vormt een apart platform. Het stelt mobiele gebruikers in staat om tv te kijken op een draagbaar toestel zoals gsm, laptop of smartphone. De eindgebruiker dient zich daartoe binnen het dekkinggebied van het mobiele netwerk van een provider met dergelijke diensten te bevinden. Er zijn momenteel twee mobiele tv- aanbiedingen op basis van het 3G-netwerk van Proximus en Mobistar.

Belgacom Mobile biedt mobiele tv aan sinds september 2005. Haar aanbod omvat live tv (30 tv-kanalen waaronder 12 in het Frans, 5 in het Nederlands en 5 in het Engels) en video-op-aanvraag (VoD).

Mobistar biedt ook een mobiele-tv-dienst aan met 24 tv-kanalen.

PAGE 01-00000046240-0017-0114-01-01-4



21. Ten slotte kunnen omroepdiensten ook geleverd worden via een breedbandinternetverbinding. Het betreft 'web-tv' en 'geconnecteerde tv-omroepdiensten'.

Web-tv wordt aangeboden aan de eindgebruiker via het internet (kabel of DSL) rechtstreeks, vermengd met andere internetinhoud en vergt enkel de gewone internetrandapparatuur (modem, computer). Het wordt meestal aangeboden via video streaming (bvb. youtube en programma's van nieuwsredacties die kunnen worden (her)bekeken.

Geconnecteerde televisie ('Connected TV'-toepassingen) is een verzamelnaam voor toepassingen waarbij traditionele omroepdiensten (geleverd door bv. kabel- en IPTV operatoren) worden gecombineerd met andere media- en randapparatuur, via het breedbandinternet. De traditionele omroepdiensten worden gecombineerd aangeboden met interactieve toepassingen. Omroepinhoud die gewoonlijk via televisie wordt bekeken kan worden ontvangen op een computer of i-pad en omgekeerd kan inhoud die normaal via internet wordt ontvangen ook via televisie worden bekeken (zoals Yelo bij Telenet en TV on PC bij Belgacom).

22. De relevante productmarkt en geografische markt zijn afgebakend op basis van de zes vermelde aanbiedingen van omroepdiensten: digitale tv via kabelnetwerken (CATV); digitale tv via kopernetwerken (IPTV); digitale betaalsatelliet-tv (SATV), digitale terrestrische tv (DVB-T), digitale mobiele tv en web-tv via breedbandnetwerken.

Het onderzoek naar de onderlinge substitueerbaarheid van deze televisiediensten leidde tot de conclusie dat de relevante productenmarkt overeenstemt met de kleinhandelsmarkt voor de levering van tv-signalen, inclusief analoge en digitale signalen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV).

23. De conclusie in verband met de relevante geografische markt luidt dat voor de levering van tv-signalen die markt overeenstemt met de individuele dekkingsgebieden van de kabeloperatoren.

Daarbij wordt het kabelnetwerk van Wolu TV gerekend tot het dekkingsgebied van Telenet.

Als redenen hiervoor geven de bestreden beslissingen aan: de ontstentenis van substitutie aan vraag- en aanbodzijde tussen de omroepaanbiedingen van kabelnetwerken onderling en van een ketensubstitutie-effect tussen kabelnetwerken die zich in verschillende geografische dekkingsgebieden bevinden.



Ook wordt geargumenteed dat er heterogeniteit bestaat in de marktaandelen en de technologische kenmerken van kabelnetwerken, in consumentenvoorkeuren en televisieaanbiedingen in de verschillende dekkingengebieden van kabeloperatoren, in de prijzen in de verschillende dekkingengebieden van kabeloperatoren en qua historische regels en regulering.

24. Vervolgens heeft de marktanalyse de vraag onderzocht of er op de relevante kleinhandelsmarkten voor de leveringen van analoge en digitale televisie operatoren zijn met een aanmerkelijke marktmacht (SMP).

Zodoende is voor ieder van de dekkingengebieden van de betrokken kabeloperatoren (Telenet, Tecteo, Aiesh, Brutélé en Numéricable) vooraf de drie-criteria-test uitgevoerd, die diende te worden uitgevoerd vooraleer tot regulering kon worden beslist.

Voor ieder van de dekkingengebieden van de operatoren heeft zulks geleid tot de bevinding dat die criteria waren vervuld.

Navolgend is ook de conclusie gevolgd dat die operatoren effectief over aanmerkelijke marktmacht beschikken. Deze conclusie wordt gesteund op het grote marktaandeel en de relatief grote prijsonafhankelijkheid die de operatoren in hun dekkingengebied bezitten, hetgeen een vermoeden van aanmerkelijke marktmacht oplevert.

Voor Telenet wordt verder in aanmerking genomen dat ze ten opzichte van Belgacom TV of potentiële toetreders tot de markt op de volgende voordelen kan bogen: controle over niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, waarbij ondermeer de analoge functionaliteit een voordeel oplevert; het bestaan van drempels die de overstap naar andere operatoren bemoeilijken; schaalvoordelen en breedtevoordelen; een zeer geringe mate aan kopersmacht; een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk en ten slotte verticale integratie.

25. Over de uit te voeren 'drie-criteria-test' geven de beslissingen het volgende aan.

De VRM, de CSA en het BIPT oordelen dat de relevante kleinhandelsmarkt in haar dekkingengebied gekenmerkt wordt door hoge toetredingsdrempels, aangezien Telenet en Belgacom TV over een niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur beschikken en aanzienlijke kostenvoordelen kunnen genieten.

Die regulerende instanties menen verder dat de hoge toegangsdrempels ook zullen blijven bestaan tijdens de komende jaren.

Zodoende wordt het eerste criterium vervuld geacht.



26. Voorts oordelen die regulatoren dat de relevante kleinhandelsmarkt voor levering van televisiesignalen niet neigt naar daadwerkelijke concurrentie.

In dit verband wordt betoogd dat analoge televisie een aanzienlijk deel van de markt blijft bedienen, terwijl enkel Telenet voor die dienst kan zorgen en dat ondanks het feit dat Belgacom TV sinds zijn lancering een niet-verwaarloosbaar marktaandeel heeft bereikt (ruim 20%), het marktaandeel van Telenet slechts gestaag is gedaald en hoger blijft dan 70%.

Ook wordt geargumenteed dat de mogelijkheid om klanten van analoge naar digitale televisie te doen migreren en ze voor lange tijd te binden door middel van multiplay aanbiedingen, het dynamisme van de markt verder verzwakt.

Aldus wordt ook het tweede criterium vervuld geacht.

27. De vervulling van het derde criterium, de ontoereikendheid van het mededingingsrecht om de problemen op de relevante kleinhandelsmarkt in het dekkingsgebied van Telenet te verhelpen, wordt afgeleid uit het gegeven dat die regels de concurrenten niet in staat stellen om toegang te krijgen tot elkaars kabelnetwerkdiensten en -infrastructuur.

Zou al kunnen worden aangetoond dat die toegang een essentiële faciliteit betreft, dan nog zouden de mededingingsautoriteiten niet in staat zijn om een prijs voor de toegang vast te stellen en te waarborgen dat tijdig toegang wordt verleend, zo luidt het oordeel.

28. De inhoud van de regulering is ingevuld in functie van de belemmeringen voor de daadwerkelijke mededinging die op de relevante markten werden geïdentificeerd.

Over de prijs aan de eindgebruiker wordt vastgesteld dat het prijsniveau van omroepproducten aangeboden door partijen met aanmerkelijke marktmacht de laatste jaren significant is gestegen, al wordt er geen stelling ingenomen over de vraag of het om buitensporige prijzen gaat.

Het risico op buitensporige prijzen wordt evenwel reëel geacht omdat over het algemeen de operatoren met sterke marktmacht de mogelijkheid en prikkel hebben om hun prijzen naar een excessief niveau te verhogen.

Wegens de hoge toetredingsdrempels en de beperkte dynamiek in de markt, wordt het risico hoog geacht.

29. Toetreding tot de kleinhandelsomroepmarkt vergemakkelijken door de hoge toetredingsdrempels weg te werken werd het objectief om tot daadwerkelijke concurrentie te komen en zodoende wordt ervoor gekozen om groothandelsverplichtingen op te leggen.



Een groothandelsmarkt voor omroepdiensten, waarbij de operatoren toegangsdiensten bieden tot het betrokken platform voor televisieomroep en transmissie van televisieomroepsignalen is evenwel onbestaande. Andere diensten voor toegang tot het platform dan diegene die operatoren leveren voor de eigen levering op de relevante retailmarkten zijn niet voorhanden.

30. Over de ontstentenis van analyse van groothandelsmarkten, had de Europese Commissie in haar standpunt van 20 juni 2011 evenwel opgemerkt dat in dat geval volgens punt (4) van de Aanbeveling over de relevante markten, de nationale regulerende instantie een stroomopwaartse notionele markt zou moeten definiëren en analyseren en moeten bepalen of het zou volstaan om gepaste correctiemaatregelen op groothandelsniveau op te leggen teneinde het op de kleinhandelsmarkt vastgestelde gebrek aan concurrentie te verhelpen. Zodoende formuleerde ze de vraag om te onderbouwen dat de gekozen remedies niet anders zouden zijn indien een groothandelsmarkt was gedefinieerd en geanalyseerd.

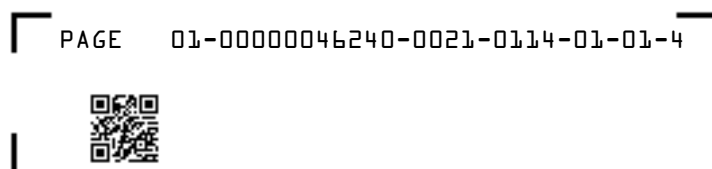
Om hieraan tegemoet te komen hebben de regulatoren aan de ontwerpbeslissingen redengeving toegevoegd waarbij werd gesteld dat onderzoek naar een te definiëren en te analyseren notionele stroomopwaartse groothandelsmarkt tot de conclusie leidde dat er verschillende notionele groothandelsmarkten bestaan voor het groothandelsaanbod van televisiesignalen via kabel waarvan de geografische dimensie overeenstemt met de dekkingszones van de netwerken van Telenet, Tecteo, Brutélé, Numéricable en AIESH.

Zodoende bleven hun bevindingen op het vlak van aanwezigheid van SMP-operatoren en op het vlak van de toepassing van de drie-criteria-test op die notionele markten overeind.

31. De VRM, de CSA en het BIPT kiezen er dan voor om in het dekkingsgebied van Telenet haar als operator met aanmerkelijke marktmacht volgende verplichtingen op te leggen:

- toegang verlenen tot een doorverkoop aanbod om analoge televisie te kunnen aanbieden;
- toegang verlenen tot het digitale televisieomroepplatform;
- toegang verlenen tot een doorverkoop aanbod om breedbandinternet te kunnen aanbieden.

Met betrekking tot het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe, dat door een lokaal kabelnetwerk van Wolu-TV wordt bediend en waarvoor Telenet diensten verstrekt, heeft het BIPT in voetnoten van haar beslissing een aantal opmerkingen geformuleerd over de reikwijdte van de voormelde in het algemeen opgelegde verplichtingen.



Tevens worden verplichtingen tot non-discriminatie, transparantie en prijscontrole opgelegd voor zover deze noodzakelijk zijn om die toegangsverplichtingen effectief te maken. Voor elk van die verplichtingen wordt dan nadere motivering verstrekt.

Over het aanbod van analoge televisie wordt evenwel toegelicht dat de opgelegde verplichting niet inhoudt dat de operator met een machtspositie tegen zijn wil een kleinhandelsaanbod voor analoge tv dient te behouden. De verplichting tot doorverkoop van het analoge-televisieaanbod vervalt automatisch wanneer het eigen kleinhandelsaanbod ophoudt.

32. Aan Telenet wordt opgelegd om een referentieaanbod in zake de doorverkoop van het analoge aanbod voor te stellen. Daarover wordt verder gepreciseerd dat het de alternatieve operatoren dient in staat te stellen enkel die prestaties te kopen die ze nodig hebben en een contract te tekenen binnen een redelijke periode van drie weken wanneer ze geen bijkomende aanvragen hebben.

Over het tijdschema dat door Telenet moet worden gerespecteerd, bepalen de bestreden beslissingen dat het voorstel tot referentieaanbod uiterlijk 6 maanden na hun inwerkingtreding bij de VRM, de CSA en het BIPT dient te worden ingediend, waarna besluiten hierover door de regulatoren dienen te worden genomen met betrekking tot de kwalitatieve en kwantitatieve aspecten van het voorstel voor een referentieaanbod. Het referentieaanbod zal operationeel moeten zijn ten laatste 6 maanden na de inwerkingtreding van het besluit van de VRM, de CSA en het BIPT betreffende tenminste de kwalitatieve aspecten van het voorstel.

33. Over de toegang tot het platform voor digitale televisie wordt aangegeven dat de operator een aanbod zal moeten doen om zijn digitale-tv-signalen te delen, zodat de begunstigde van de toegang zelf het systeem voor de voorwaardelijke toegang van zijn klanten kan beheren, evenals zijn decoders en interfaces.

De begunstigde die toegang heeft tot het digitale platform zal vrij de samenstelling van zijn boeket moeten kunnen definiëren, namelijk bepaalde zenders die de SMP-operator aanbiedt weglaten, of zenders toevoegen die de SMP-operator niet aanbiedt. Het houdt ook in dat de begunstigde de signalen van de betreffende zenders tot aan het digitale-televisieplatform van de SMP-operator dient te brengen.



Wat de toegang tot een doorverkoop aanbod van het aanbod voor breedbandtoegang betreft geven de bestreden beslissingen aan dat de doorverkoop van het aanbod is bedoeld om de alternatieve operatoren de mogelijkheid te bieden om de aanbiedingen van interactieve en geconnecteerde tv-omroepdiensten te reproduceren evenals om de multiplay-aanbiedingen (televisie/breedbandinternet) van de SMP-operator te doen en om zelf de contacten met de eindklant van de betrokken SMP-operator te kunnen onderhouden

34. De conclusies in termen van relevante markten, van aanwijzing van SMP-operatoren en van aan deze opgelegde verplichtingen luiden voor de drie door Telenet bestreden beslissingen -waarvan de eerste twee ook door Belgacom deels worden bestreden- als volgt en de CRC beslist om:

(i) voor wat het Nederlandse taalgebied aangaat:

*“1. voor elke individuele dekkingszone van de kabeloperatoren in het Nederlandse taalgebied [ontbrekende woorden: ‘de markt’] voor televisieomroep te definiëren als de retailmarkten voor de levering van televisiesignalen, analoge en digitale signalen inbegrepen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV);*

*2. als operator met een sterke machtspositie op deze markten respectievelijk Numéricable, Tecteo en Telenet aan te wijzen;*

*3. aan de operatoren met een sterke machtspositie de verplichtingen op te leggen inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, gescheiden boekhouding, prijscontrole, kostentoe rekening in de hierboven beschreven omstandigheden, om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die geïdentificeerd zijn op de markten voor televisieomroep in het Nederlandse taalgebied.”*

(ii) voor wat het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad aangaat:

*“ - voor elke individuele dekkingszone van de kabeloperatoren in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad [ontbrekende woorden: ‘de markt’] voor televisieomroep te definiëren als de retailmarkten voor de levering van televisiesignalen, analoge en digitale signalen inbegrepen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV);*

*- als operator met een sterke machtspositie op deze markten respectievelijk Telenet, Brutélé en Numéricable aan te wijzen;*



*- aan de operatoren met een sterke machtspositie de verplichtingen op te leggen inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, gescheiden boekhouding, prijscontrole, kostentoerekening in de hierboven beschreven omstandigheden, om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die geïdentificeerd zijn op de markten voor televisieomroep in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad.”*

(iii) voor wat het Franse taalgebied aangaat: (vertaling door het hof)

*“1. voor elke individuele dekkingszone van de kabeloperatoren in het Franse taalgebied worden de markten voor televisieomroep gedefinieerd als de retailmarkten voor de levering van televisiesignalen, analoge en digitale signalen inbegrepen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV);*

*2. als operator met een sterke machtspositie op deze markten respectievelijk Tecteo, Brutélé, AIESH en Telenet aan te wijzen:*

*3. aan de operatoren met een sterke machtspositie de verplichtingen op te leggen inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, gescheiden boekhouding, prijscontrole, kostentoerekening in de hierboven beschreven omstandigheden, om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die geïdentificeerd zijn op de markten voor televisieomroep in het Franse taalgebied.”*

*C. De middelen die worden aangevoerd tot vernietiging van de beslissingen.*

35. De navolgende nummers 36. tot en met 39. bevatten enkel een oriënterende weergave van de middelen die door het hof dienen te worden behandeld.

De expliciteatie ervan en de door de CRC voorgestelde argumenten tot verwerping ervan maken deel uit van de overwegingen vanaf randnummer 48.

Hierbij stelt het hof vast dat niet alle middelen die bij het tussenarrest over de vordering tot schorsing prima facie werden behandeld en niet ernstig werden bevonden, gehandhaafd blijven.

Dit is inzonderheid het geval voor wat de aanvankelijk door Telenet voorgestelde middelen betreft aangaande de formele geldigheidsvereisten van de bestreden beslissingen.





i) middelen aangevoerd door Telenet.

36. Telenet voert 11 middelen aan die als volgt summier kunnen worden geformuleerd:

(1) de regelgevende beginselen inzake onpartijdigheid en het onpartijdigheidsbeginsel werden geschonden: er moet niet worden aangetoond dat er effectieve partijdigheid en effectieve beïnvloeding is geweest door mevrouw VdP, de schijn van partijdigheid en de mogelijkheid van beïnvloeding volstaan; die schijn van partijdigheid bestond wegens concrete feiten in hoofde van het lid van de VRM, die de VRM vertegenwoordigd heeft in de CRC en het is aannemelijk dat dit lid de mogelijkheid had om de overige leden van de CRC te beïnvloeden;

(2) schending van de motiveringsplicht op het punt van de afwijking van de Aanbeveling van de Europese Commissie en de hierop gesteunde vraag van de Commissie dat het regulerend resultaat niet anders zou zijn geweest mocht de stroomopwaartse markt zijn geanalyseerd;

(3) bij de afbakening van de relevante productmarkt werd een manifeste beoordelingsfout begaan: i/ de betalende satelliettelevisie werd onterecht uitgesloten uit de relevante markt, ii/ de DVB-T werd eveneens onterecht uit de relevante markt gesloten;

(4) bij de afbakening van de relevante geografische markt werd de motiveringsplicht geschonden en werd een manifeste beoordelingsfout begaan;

(5) in verband met de toepassing van de drie-criteria-test werd de formele en materiële motiveringsplicht geschonden; het criterium in zake toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn werd onjuist gehanteerd en er wordt onterecht aangenomen dat de markt niet naar mededinging neigt;

(6) uit de analyse in zake de aanmerkelijke marktmacht wordt onterecht besloten dat Telenet over SMP beschikt omdat de relevante markt onjuist is afgebakend en omdat er gesteund wordt op onjuiste en niet-pertinente gegevens;

(7) de verplichting om toegang te verlenen tot het digitaal televisieplatform: i/ is niet noodzakelijk en proportioneel wegens de beschikbaarheid van multicasting op de stroomopwaartse markt voor groothandels bitstream, en ii/ ze is in het algemeen disproportioneel en is ook beslist zonder een kosten-baten analyse;

(8) de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie, los van de toegang tot het digitale platform steunt niet op een noodzaak en heeft een disproportioneel karakter;

(9) de mogelijkheid voor Belgacom om gebruik te maken van de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie: het motief om dit te verantwoorden -de mogelijkheid om meerdere tv-toestellen aan te sluiten zonder bijkomende decoder en zonder bijkomende huurkosten evenals de mogelijkheid om tv te kijken terwijl een ander programma wordt opgenomen- is niet doeltreffend;

(10) de verplichting tot doorverkoop van breedbandinternet is onwettig omdat zij wordt opgelegd zonder analyse van de betrokken relevante markten en zodoende ook niet kon worden vastgesteld dat Telenet over aanmerkelijke marktmacht beschikt op die markt en daarenboven is de verplichting niet noodzakelijk en ook niet proportioneel;

(11) de verplichtingen die worden opgelegd met betrekking tot Wolu Tv zijn onwettig: Telenet is niet de aanbieder van analoge televisie en de toepassing van de methode 'retail minus' met betrekking tot analoge doorverkoop houdt geen rekening met de bijzondere situatie in Sint-Lambrechts-Woluwe.

37. Ze besluit in hoofdorde dat de beslissingen integraal dienen te worden vernietigd en ondergeschikt dat ze dienen te worden vernietigd op de punten betreffende de middelen die gegrond worden bevonden.

Haar besluit over de vorderingen van Belgacom luidt dat ze niet ontvankelijk zijn en in elk geval ongegrond.

Verder vraagt ze om de CRC te veroordelen tot alle kosten met inbegrip van de rechtsplegingvergoeding die begroot wordt op 1.320 EUR. Ook ten laste van Belgacom vordert ze 1.320 EUR rechtsplegingvergoeding.

*ii/ middelen aangevoerd door Belgacom.*

38. De 3 middelen die door Belgacom worden aangevoerd, strekken er toe de gedeeltelijke vernietiging van de beslissingen te bekomen op de punten die haar uitsluiten van het voordeel van sommige verplichtingen die aan de kabeloperatoren worden opgelegd.

(1) de verplichting tot openbare raadpleging werd geschonden, evenals de schending van de rechten van verdediging en van het algemeen rechtsbeginsel 'audi et alteram partem': de aanvankelijke ontwerpbeslissingen bevatten geen uitsluitingen, over die wijziging werd geen raadpleging gehouden en evenmin werd de Raad voor de Mededinging geraadpleegd;

(2) de materiële motiveringsplicht wordt geschonden: voor ieder van de uitsluitingen wordt slechts een zeer summiere redengeving verstrekt: (i) Belgacom bevindt zich in een 'speciale positie', (ii) zij commercialiseert al dezelfde diensten en (iii) gebruik van de toegangsverplichtingen waarvan ze wordt uitgesloten zou Belgacom op een lager niveau op de investeringsladder brengen dan diegene waarop ze zich reeds bevindt;

(3) het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van non-discriminatie worden geschonden: anders dan de beslissingen aannemen, bevindt Belgacom zich in een situatie die vergelijkbaar is met de alternatieve operatoren die niet van de verplichtingen worden uitgesloten die aan de kabeloperatoren werden opgelegd; het verschil in behandeling is ook discriminerend aangezien de toegepaste verschillen niet berusten op een objectief criterium van onderscheid, ze niet evenredig zijn met het nagestreefde doel en er geen redelijke proportionaliteit bestaat tussen gebruikte middelen en het beoogde doel;

39. Belgacom verzoekt het hof om vast te stellen dat de bestreden beslissingen op de door haar geïssueerde punten onwettig zijn en besluit dat ze dienen te worden vernietigd in de mate ze Belgacom uitsluiten van het voordeel van de ex ante verplichtingen die aan de kabeloperatoren worden opgelegd in zake toegang tot het platform voor digitale televisie en in zake toegang tot een doorverkoop aanbod van het aanbod voor breedbandtoegang.

Verder verzoekt ze om de gedingkosten ten laste te leggen van de CRC, met inbegrip van de rechtsplegingvergoeding.

*D. De relevante wettelijke bepalingen naar communautair en nationaal recht.*

40. Hierna wordt voor de relevante regelgeving verwezen naar de Europese en nationale voorschriften als volgt:

(i) wat het Europese recht betreft:

- de Richtlijnen 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en - diensten (Kaderrichtlijn), 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en - diensten (Machtigingsrichtlijn) en Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn) zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG van 25 november 2009;



- de Aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen;

- de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische-communicatienetwerken en –diensten (document 2002/C 165/03 van 11 juli 2002).

(ii) wat het nationale federale recht en recht van de gemeenschappen betreft :

- het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 27 maart 2009 betreffende de radio-omroep en televisie (het ‘Mediadecreet’);

- het decreet van de Franse Gemeenschap over de audiovisuele mediadiensten, gecoördineerd op 26 maart 2009 (het ‘SMA-decreet’);

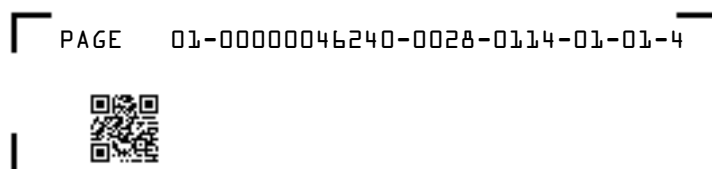
- de wet van 30 maart 1995 betreffende de elektronische communicatienetwerken en -diensten en de uitoefening van omroepactiviteiten in het tweetalige Brussels Hoofdstedelijk Gewest (de ‘Omroepwet’);

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

#### ***E. Het standpunt van de tussenkomende partijen Telenet - Tecteo & Brutélé - Mobistar.***

41. Als tussenkomende partij in de twee gedingen die werden ingeleid door Belgacom werpt Telenet hoofdzakelijk het volgende tegen:

(1) de vordering tot gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissingen is niet ontvankelijk: de beslissingen vernietigen op de twee punten die door Belgacom worden geïsoleerd, zou de verplichtingen van de kabeloperatoren aanzienlijk verzwaken, hetgeen zou ingaan tegen de discretionaire beleidskeuzes van de CRC: wat ten aanzien van Belgacom werd beslist, staat niet op zich, maar vormt een onderdeel van het geheel van de beslissingen; zodoende is volgens haar enkel een volledige vernietiging mogelijk;



(2) de grief geput uit het feit dat Belgacom niet de gelegenheid had om haar mening te formuleren over haar uitsluiting van de verplichtingen kan niet worden gevolgd: er werd haar niet iets ontzegd waarvan ze voordien het voordeel genoot; haar rechtstoestand werd niet in haar nadeel gewijzigd;

(3) de uitsluiting van Belgacom van de toegang tot het digitale platform en van de verplichting tot doorverkoop van breedband internet wordt wel degelijk gemotiveerd op een wijze dat Belgacom in samenhang met andere passages uit de beslissingen weet welke motieven aan die onderdelen ten grondslag liggen; het regelgevend kader staat er ook niet aan in de weg dat de regelgevende instantie aan een operator die zich in een bijzondere situatie bevindt het voordeel ontzegt van specifieke verplichtingen die aan een operator met aanmerkelijke marktmacht worden opgelegd;

(4) de twee uitsluitingen zijn niet discriminatoir en evenmin onredelijk: de situatie van Belgacom is niet vergelijkbaar met die van de andere operatoren; de ontstentenis van uitsluiting van de kabeloperatoren in de beslissing betreffende de breedbandmarkt valt niet te vergelijken met de uitsluiting van Belgacom op de kleinhandel omroepmarkten; de toestand van Belgacom is op relevante vlakken ook verschillend ten aanzien van die van de andere alternatieve operatoren.

42. Publifin en Brutélé hebben inhoudelijk enkel conclusie genomen over de vorderingen ingesteld door Belgacom. Voor het overige ondersteunen ze de vordering van Telenet.

Ze geven vooreerst aan dat het hof niet kan ingaan op de vordering van Belgacom aangezien deze er op aanstuurt om aan de kabeloperatoren bijkomende verplichtingen op te leggen. Dit zou evenwel vergen dat het hof de bevoegdheden van de regelgevende instantie zou uitoefenen en daarbij daarenboven ook dezelfde formaliteiten en voorschriften zou naleven als deze instantie, hetgeen niet tot haar rechtsmacht behoort.

Verder zijn ze het wel met Belgacom eens dat de CRC de consultatieverplichtingen niet is nagekomen, maar stellen dat dit ook het geval is voor twee andere aspecten van de beslissingen op punten waarin ze van de ontwerpbeslissingen verschillen. In zake de grief over de schending van haar recht op verdediging wijzen ze er op dat Belgacom als tussenkomende partij in hun vorderingen net voorhoudt dat dergelijke grief de vernietiging niet kan wettigen.

Over de andere grieven formuleren zij samengevat als standpunt dat ze weliswaar de analyse van de CRC niet delen aangezien ze een vordering hebben ingesteld tot algehele vernietiging van de door Belgacom geviseerde beslissingen, maar dat ze het niettemin eens zijn met de CRC dat niet kan worden ingegaan op de vordering van Belgacom.

De inwilliging zou de onwettigheid die zij zelf in die beslissingen zien immers alleen maar verscherpen door de uitbreiding van het toepassingsgebied van de aan de kabeloperatoren opgelegde verplichting.

43. Aiesh, die inmiddels sedert september 2012 de exploitatierechten van haar kabelnetwerk heeft toegewezen aan Coditel (Numéricable), heeft haar standpunt niet nader geëxpliciteerd na het tussenarrest over de schorsing van 4 september 2012.

Ze ondersteunt het standpunt van Telenet.

44. Mobistar, die vooreerst haar situering in de markt en haar handicaps uiteenzet, stelt in het algemeen dat de toegang tot de kabelnetwerken en tot de multicastfunctie van Belgacom de oplossing biedt voor haar zwakke positie op de detailmarkt van de televisieomroep.

Over de middelen in zake de afbakening van de groothandels- en kleinhandelsproduct markten en van de geografische kleinhandelsmarkt is zij van oordeel dat de definiëring van die markten, zoals de CRC die heeft verstrekt, correct is en strookt met het regelgevende kader. Ze wijst er in dat verband op dat de Europese Commissie geen onderzoeksprocedure heeft geopend, hetgeen ze had kunnen doen in geval van inbreuk op dat kader.

Verder wijst ze er op dat de nationale regelgevende instantie niet verplicht was om gevolg te geven aan het advies van de Europese Commissie om de verbonden groothandelsmarkt te onderzoeken.

Ook stelt ze dat geen enkel voorschrift de regelgevende instantie oplegt om, wanneer ze vaststelt dat daadwerkelijke concurrentie ontbreekt op een kleinhandelsmarkt, eerst een notionele groothandelsmarkt te definiëren om door maatregelen op deze markt het probleem op de kleinhandelsmarkt te remediëren. In dit verband haalt ze artikel 12 van de Toegangsrichtlijn (2002/19/EG) aan.

Waar de Europese Commissie opmerkingen maakte en om methodische en omstandige toelichting vroeg, wordt die volgens Mobistar ook door de CRC verstrekt.

45. Vervolgens licht ze uitgebreid toe waarom naar haar inzien de analyse van de CRC ook niet bekritiseerbaar is vanuit het oogpunt van de afbakening van de relevante productmarkt en inzonderheid ook de uitsluiting van de betalende satelliettelevisie en de DVB-T wegens afwezigheid van substitueerbaarheid.



Zo ook ondersteunt ze met uitgebreide argumentatie de analyse van de geografische relevante markt en licht ze nader toe dat terecht werd aangenomen dat ketensubstitutie-effecten niet worden aangetoond, zodat op die grond niet tot een verruiming van een regionale naar een nationale geografische markt kon worden besloten.

Over de deugdelijke toepassing van de drie-criteria-test argumenteert ze voor ieder van de betrokken criteria dat ze adequaat werden toegepast en verwijst ze ook naar feiten en marktevoluties die dateren van na de beslissingen en die volgens haar die correcte toepassing bevestigen.

Inzonderheid ook vanuit het oogpunt van de ‘modified greenfield’ benadering en de ‘multicast-verplichting’ die bij de analyse van andere markten (‘markten 4 en 5’) werd opgelegd, kan de toepassing naar haar inzien niet in vraag worden gesteld.

Wat de analyse van de marktmacht van Telenet betreft, merkt Mobistar onder meer op dat uit de ontstentenis van kritiek van de Raad voor de Mededinging en van de Europese Commissie, moet worden afgeleid dat ze geheel in overeenstemming is met het regelgevend kader en met de richtsnoeren van de Europese Commissie, zodat alle beginselen correct werden toegepast.

46. Ook betreffende de remedies meent ze dat de middelen van Telenet moeten worden verworpen: de toegangsverplichting tot het digitaal televisieplatform is volgens haar noodzakelijk en proportioneel.

Inzonderheid blijft volgens haar de multicastverplichting die aan Belgacom werd opgelegd op de groothandels breedbandmarkt, die parallel ligt ten aanzien van de notionele groothandelsmarkt van omroepaanbiedingen via kabel, zonder invloed op de regulering van de kleinhandelsmarkt van televisieomroep.

Voor de toegang tot het doorverkoop aanbod van analoge televisie onderstreept ze het belang van de mogelijkheid voor de alternatieve operatoren om toegang te hebben tot de zuiver analoge klantenbasis van de SMP-operator, die ongeveer 1/5 bedraagt van die basis in het verzorgingsgebied van Telenet, om de betrokken abonnees te kunnen laten transiteren naar digitale televisie, zoals Telenet met verschillende ingrepen zelf tracht te bewerkstelligen. In dit verband wijst ze ook op het onderscheid in de situatie van Belgacom en deze van de andere operatoren.

In zake de verplichting tot doorverkoop van breedbandinternet wijst ze er op dat een voorafgaande analyse van de groothandels of kleinhandels breedbandmarkt niet was vereist en ze haalt in dat verband artikel 12 van de Toegangsrichtlijn (2002/19/EG) aan: de verplichting is vereist om een probleem op de kleinhandels omroepmarkt op te lossen en kan om die reden wettig worden opgelegd zonder die analyse.



Ten slotte merkt ze op dat de eventuele vernietiging van de beslissing ten aanzien van één operator of verschillende operatoren, zonder incidentie kan blijven voor de opgelegde verplichtingen ten aanzien van de andere operatoren, aangezien de verplichtingen voor ieder van hen afzonderlijk werd afgewogen. Ze geeft aan dat ook toegang tot een kabelnetwerk dat slechts een deel van het Belgische grondgebied omvat voor haar belangrijk blijft.

47. Ze besluit in het algemeen dat de vordering tot vernietiging van Telenet moet worden verworpen en dat de kosten ten laste van laatstgenoemde moeten komen.

In het debat over de vorderingen van Belgacom mengt ze zich niet.

## ***F. Beoordeling van de middelen.***

### **§ 1. middelen aangevoerd door Telenet.**

#### **a) het middel in zake de partijdigheid.**

48. De feiten die aan het middel ten grondslag liggen betreffen een persoonsgebonden aspect in het beslissingsproces van de bestreden beslissingen.

Zoals reeds aangegeven, heeft de CRC haar beslissing betreffende het Nederlandse taalgebied genomen op basis van een ontwerpbeslissing die door de algemene kamer van de VRM werd goedgekeurd.

Mevrouw VdP was lid van die kamer en haar aanwezigheid bij de beraadslaging door de voormelde kamer stelt volgens Telenet een probleem op het vlak van de onpartijdigheid: er bestaat volgens haar een schijn van partijdigheid in hoofde van deze persoon.

De reden hiervoor is dat zij werkzaam is als juriste bij de beheersvennootschappen SACD en SCAM, die sinds 2006 tegenpartij zijn van Telenet in een geschil dat ingeleid werd voor de rechtbank van eerste aanleg te Mechelen en handelt over het al dan niet verschuldigd zijn van auteursrechten. De beheersvennootschappen verweten Telenet misbruik van een machtspositie.

In eerste aanleg is een vordering van SACD en SCAM verworpen en naar aanleiding hiervan hebben laatstgenoemden publiek kritiek geuit op het bedoelde vonnis, terwijl mevrouw VdP in dat verband als contactpersoon werd vermeld.





49. Volgens Telenet is de objectieve onpartijdigheid geschonden wegens het feit dat mevrouw VdP als juriste bij de beheersvennootschappen een persoonlijk belang had bij de oriëntatie van de beslissing van de VRM: de uitkomst van de analyse van de omroepmarkt zou voor haar niet neutraal zijn geweest.

De subjectieve onpartijdigheid is volgens Telenet geschonden omdat een schijn van partijdigheid is verwekt: mevrouw VdP had de mogelijkheid om de vier andere leden van de algemene kamer van de VRM te beïnvloeden.

Volgens het reglement van orde van de VRM worden de taken bij de voorbereiding van de beslissing gelijkmatig verdeeld onder de leden van de kamer, zodat moet worden aangenomen dat mevrouw VdP heeft bijgedragen aan de besluitvorming.

Ook op het niveau van de CRC ligt de partijdigheid volgens Telenet niet anders: mevrouw VdP was één van de twee leden die voor de VRM zitting namen in de CRC en heeft deelgenomen aan de voorbereiding en goedkeuring van de beslissingen.

Telenet betoogt dat de schending van het beginsel van de onpartijdigheid niet enkel de beslissing van de CRC aantast, maar ook alle voorbereidende handelingen. Ze leidt daaruit onder meer af dat het hele beslissingstraject moet worden overgedaan. Nu met de marktanalyse de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid is gemoeid, zou het hof niet een onpartijdige beslissing in de plaats kunnen stellen.

50. Het beginsel van de onpartijdigheid waartoe krachtens artikel 3, lid 3 van de Kaderrichtlijn (2002/21/EG) de nationale regelgevende instanties gehouden zijn, moet volgens punt (11) van de preambule van die Richtlijn begrepen worden in functie van het vereiste van de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie. Aldus wordt naar Gemeenschapsrecht de waarborg van onpartijdigheid gezien als een uitvloeisel van de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie.

Naar nationaal recht geldt de onpartijdigheid als een algemeen rechtsbeginsel waartoe de bestuurlijke overheid is gehouden op het vlak van haar organisatie, tijdens het verloop van de procedures en bij het nemen van beslissingen waar beleidskeuzes mee gemoeid zijn (Cass. 9 januari 2002, zaak P. 00855F).

Evenwel moet worden opgemerkt dat, anders dan bij de uitoefening van de rechterlijke functie, het beginsel van de onpartijdigheid de administratieve overheid niet belet om bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheden een voorkeur uit te drukken en dat het actief bestuur inhoudt dat de overheid noodzakelijkerwijs ook optreedt in aangelegenheden waarin ze een te behartigen belang ziet.



51. Met toepassing van het motief dat aan artikel 3, derde lid van de Richtlijn ten grondslag ligt, moet worden aangenomen dat een nationale regelgevende instantie, die onafhankelijk kan opereren, geacht wordt onpartijdig te zijn tot bewijs van het tegendeel.

Er is geen aanwijsbare reden om betreffende de onpartijdigheid die van deze instantie wordt gevergd, een andere toetsingsnorm te hanteren dan bvb. ten aanzien van het loyaliteitsbeginsel.

Zoals een openbaar ministerie wordt de onafhankelijke instantie ook vermoed loyaal te zijn tot bewijs van het tegendeel (vgl. Cass. 30 oktober 2001, P.011239 N).

Zodoende behoort diegene die partijdigheid verwijt, aan te tonen dat een gekoesterde vrees voor het partijdig functioneren van de regelgevende instanties objectief gerechtvaardigd is. Die rechtvaardiging kan enkel berusten op concrete en precieze feiten die het orgaan kunnen worden toegerekend.

Betreft het een collegiaal functionerend orgaan, dan moet op basis van concrete omstandigheden aannemelijk worden gemaakt dat het partijdig bevonden lid het orgaan in zijn geheel heeft kunnen beïnvloeden.

52. Mevrouw VdP, is één van de vijf leden van de algemene kamer van de VRM en werkte in dienstverband voor twee beheersmaatschappijen voor auteursrechten (SACD/SCAM) toen de algemene kamer de ontwerpbeslissing nam over de analyse van de markt in zake televisieomroep. Overigens combineert zij die activiteit met een academische taak aan een universiteit en een hogeschool.

Tussen Telenet en die beheersmaatschappijen was een geschil hangende voor de rechtbank over de betaling van auteursrechten, het enige domein dat tot de werkingsfeer van die beheersmaatschappijen behoort.

De enkele voormelde hoedanigheid in hoofde van mevrouw VdP -door een arbeidsovereenkomst verbonden te zijn met de beheersmaatschappijen- heeft niet voor gevolg dat zij 'objectief partijdig' was ten aanzien van Telenet in een regulatoire aangelegenheid, die trouwens niet Telenet als zodanig betrof, maar een segment van de telecommunicatiemarkt waarop Telenet actief is, terwijl de werkgever van mevrouw VdP op geen enkele wijze als speler op die markt betrokken was.

Zodoende kan niet worden aangenomen dat het wordingsproces van de marktanalyse op het niveau van de algemene kamer van de VRM aangetast is door een objectieve partijdigheid in hoofde van één van leden ervan en a fortiori niet in hoofde van het beslissingsorgaan als zodanig.



53. In zoverre Telenet een schijn van subjectieve partijdigheid ontwaart in hoofde van mevrouw VdP, moet worden vastgesteld dat zij geen enkel concreet feit aanvoert dat aan deze laatste kan worden toegeschreven waarvan naar rede zou kunnen worden aangenomen dat het als een vermeende blijk van partijdigheid of een schijn ervan kan worden ervaren.

Evenmin wijst zij enige passus aan in de ontwerpbeslissingen of een vermeende gekleurde aanpak in de samenstelling van het administratief dossier die zouden kunnen wijzen op een partijdige inbreng vanwege mevrouw VdP.

Overigens verschillen de drie ontwerpbeslissingen die ten grondslag liggen aan de beslissingen van de CRC niet van elkaar wat de aanpak van de analyse en de appreciatie van de marktgegevens betreft, voor ieder van de op die markt actieve ondernemingen.

Nu mevrouw VdP geen zitting had in twee van de drie betrokken regulatoren die ieder een ontwerpanalyse uitvoerden (CSA en BIPT), levert dit integendeel op zich een gewichtige aanwijzing dat ten laste van mevrouw VdP geen enkele vrees voor partijdig optreden of een perceptie van schijn van partijdigheid gerechtvaardigd is.

54. Ook ten aanzien van het beslissingscollege zelf waarvan mevrouw VdP lid was kan geen rechtvaardigbare vrees voor subjectieve partijdigheid worden aangenomen.

Nu geen vrees voor subjectieve partijdigheid gerechtvaardigd voorkomt ten aanzien van mevrouw VdP, kan op grond van het bovenstaande evenmin worden aangenomen dat er gewettigde vrees voor partijdigheid kan bestaan in hoofde van het college waarvan ze lid was, gesteund op vermeende mogelijke beïnvloeding tot partijdigheid.

55. Ten aanzien van de CRC, waar mevrouw VdP aanwezig was toen de bestreden beslissingen werden genomen, ligt de beoordeling niet anders.

Immers, de vertegenwoordiging van de VRM door twee van haar leden van de algemene kamer in de CRC, is krachtens artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord aldus georganiseerd dat zij zich dienen te onthouden om een mening te formuleren indien er tussen hen geen eensgezindheid bestaat.

Verder worden de beslissingen van de CRC genomen bij consensus.

Nu boven werd aangenomen dat er geen gerechtvaardigde vrees voor partijdigheid bestaat in hoofde van de algemene kamer van de VRM, bij ontstentenis van vrees voor beïnvloeding door mevrouw VdP naar partijdigheid toe, kan die vrees ook niet gerechtvaardigd gekoesterd worden ten aanzien van de CRC.



Immers, nu de vertegenwoordigers van de VRM hebben bijgedragen aan de besluitvorming binnen de CRC, waren zij het onderling eens, zonder dat er partijdige beïnvloeding kon voorhanden zijn wat hen beide betreft.

Aangezien de CRC verder bij consensus heeft beslist, waaruit volgt dat mevrouw VdP op dezelfde lijn zat als de overige leden van de CRC, ten aanzien van wie geen schijn van partijdigheid wordt voorgehouden, kan ook ten aanzien van die besluitvorming geen objectief gerechtvaardigde vrees voor partijdigheid gekoesterd worden.

56. Zodoende is er geen grond om aan te nemen dat er op het vlak van de organisatie van de betrokken regulatoren of tijdens de voltrekking van de voorbereidende besluitvorming en van de beslissingen zelf het beginsel van de onpartijdigheid werd miskend.

Het middel geput uit de schending van het beginsel van de onpartijdigheid moet worden verworpen.

**b) de opmerkingen van de Europese Commissie en de analyse van de notionele groothandelsmarkt voor de levering van televisiesignalen via de kabel.**

57. Op dit punt luidt de grief van Telenet vooreerst dat de CRC tekort is gekomen aan artikel 7, 7° van de Kaderrichtlijn (zoals gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG van 25 november 2009 - voorheen artikel 7,5° van Richtlijn 2002/21/EG) volgens hetwelk de nationale regelgevende instantie gehouden is om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Commissie (evenals van andere nationale regelgevende instanties en BEREC).

Telenet betoogt dat de CRC is afgeweken van de voorschriften uit paragraaf 4 van de Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector, dat een volwaardige analyse van de stroomopwaartse groothandelsmarkt aanbeveelt en dat ze in gebreke is gebleven om gevolg te geven aan de vraag van de Commissie om een volledige en methodische motivering te verstrekken om aan te tonen dat, mocht zij een analyse van de stroomopwaartse markten hebben verricht, het regelgevend resultaat niet anders zou zijn geweest.

Inzonderheid kwam het de CRC volgens haar toe met objectieve en verifieerbare feitelijke gegevens aan te geven waarop zij haar standpunt steunt terwijl die gegevens volgens Telenet ontbreken.

De toevoegingen als gevolg van de brief van de Commissie zouden niet aan die normen voldoen: er werd geen nieuwe openbare raadpleging gehouden en notificatie verricht aan de Commissie, de afbakening van de relevante markt op groothandelsniveau is gebrekkig en dit heeft gevolgen voor de deugdelijkheid van de afbakening van de geografische markt en de drie-criteria-test.

58. Zoals voorgeschreven bij artikel 7 van de Kaderrichtlijn (2002/21/EG) heeft de CRC haar ontwerpen van beslissing meegedeeld aan de Europese Commissie, die ze op 28 mei 2011 heeft ontvangen en op 31 mei 2011 om bijkomende inlichtingen heeft gevraagd. De CRC heeft inlichtingen verstrekt, waarna de Commissie per brief van 20 juni 2011 haar opmerkingen heeft geformuleerd.

De opmerkingen van de Commissie betreffen 5 punten (vermeld onder rubriek III van de brief): (1) het ontbreken van analyse van nauw verbonden groothandelsmarkten, (2) de test van de drie criteria, (3) de proportionaliteit van de verplichting tot doorverkoop van een aanbod tot toegang tot internet met hoog debiet (breedband), (4) de proportionaliteit van de verplichting tot doorverkoop van toegang tot analoge televisie en (5) het risico dat het behoud van uitzending voor analoge televisiesignalen de investeringen in digitale infrastructuur en de ontwikkeling van innoverende diensten zou kunnen hinderen.

Omtrent punt (1) stelde de Commissie vast dat groothandelsverplichtingen als remedie werden voorgesteld die normaal op de desbetreffende markten zouden moeten worden toegepast, terwijl een analyse van die markten niet werd verricht. Betreffende die breedbandverplichting (punt 3) heeft ze dezelfde algemene vaststelling geformuleerd over de ontstentenis van analyse van groothandelsmarkten.

Evenwel heeft ze de inhoud van de ontwerpbeslissingen zelf op zijn consistentie en deugdelijkheid als zodanig niet verworpen, waaruit volgt dat ze het reguleringsresultaat ervan principieel niet strijdig heeft bevonden met de Kaderrichtlijn en de Aanbeveling.

Voor de punten (1), (3) en (4) heeft de Commissie verzocht om te verduidelijken en om de definitieve beslissing beter te motiveren; voor de twee overige punten nodigde ze uit tot nauwgezette observatie van de markt (2) en om de verplichting in te trekken zo gauw de structuur van de markt concurrentiëler zou geworden zijn (5).

59. Zoals reeds aangegeven in het tussenarrest van 4 september 2012 moet in het algemeen worden opgemerkt dat de obligatoire kracht van de opmerkingen van de Commissie, die gevisieerd worden met artikel 7, lid 7 van de Kaderrichtlijn, niet van die aard is dat een nationale regulerende instantie verplicht is om die opmerkingen op alle punten te volgen.



Het voorschrift om ‘zoveel mogelijk rekening te houden’ kan aldus worden begrepen dat wanneer de eindbeslissing van de regulerende instantie de opmerkingen en de aanbeveling niet geheel volgt, ze behoort aan te geven waarom hiervoor werd gekozen.

Op de door Telenet geïncrimineerde punten heeft blijkens de brief van 20 juni 2011 de CRC op een vraag om inlichtingen geantwoord dat mocht zij een fictieve groothandelsmarkt hebben geconstrueerd en geanalyseerd -zoals bedoeld in overweging 4 van de Aanbeveling- haar beslissingen in zake de remedies niet anders zou zijn geweest. Op dit laatste punt heeft de Commissie verzocht om de definitieve beslissing ‘*methodisch en volledig, gestaafd met feitelijke afdoende bewijskrachtige elementen*’ nader te motiveren.

60. Navolgend is de motivering van de drie ontwerpbeslissingen uitgebreid door de VRM (nrs. 730-775), door de CSA (nrs. 751-787) en het BIPT (728-768), waarbij op basis van de feitelijke elementen die werden vastgesteld op de kleinhandelsmarkt voor elk van de te analyseren punten -ware een werkelijke groothandelsmarkt voorhanden geweest- , met name: de relevante productenmarkt, de geografische markt, de drie-criteria-test en de vaststelling van aanmerkelijke marktmacht, een conclusie wordt geformuleerd die niet verschilt van diegene die werd geformuleerd voor de analyse van de kleinhandelsmarkt.

Ook in zake de breedbandverplichting is de motivering van de beslissingen op dat punt door de drie betrokken regulatoren aangevuld (nrs. 732-733 voor de VRM, nrs. 755-756 voor de CSA en nrs. 733-734 voor het BIPT) ondermeer met verwijzing naar het resultaat van de marktanalyse in zake breedbandmarkten, die gelijktijdig met de analyse in zake televisieomroep werd verricht maar binnen het kader van een andere procedure. Hieromtrent werd ook nader aangegeven dat de verplichting essentieel is voor de doeltreffendheid van de verplichting van toegang tot het digitale platform opgelegd op de kleinhandelsmarkten voor televisieomroep.

61. In wezen betoogt Telenet met haar grief dat de betrokken regulatoren de marktanalyse voor de stroomopwaartse groothandelsmarkten voor de levering van televisiesignalen diende te ontwikkelen op dezelfde wijze en volgens eenzelfde beslissingstraject als reeds werd ondernomen voor de kleinhandelsmarkt.

Evenwel is die eis door de Commissie niet gesteld: zij heeft de CRC niet genoopt om een groothandelsmarktanalyse uit te voeren zoals bedoeld in de Aanbeveling.

Die groothandelsmarkt bestond ook niet voor televisiesignalen omdat er geen ondernemingen zijn die toegang tot een televisieomroepplatform als dienst aanboden.



Overigens bekritiseert Telenet wel dat onderdelen van een analyse van die notionele markt niet extensief werden behandeld, maar maakt ze niet aannemelijk dat mocht de CRC de door haar als lacunair bestempelde motivering op haar punten van kritiek nader hebben ontwikkeld, zij haar thesis ten overstaan van de Commissie, met name dat het reguleringsresultaat niet anders zou zijn geweest mocht enkel die notionele markt onderwerp zijn geweest van haar analyse, niet kon overeind houden.

Zij ontwikkelt haar desbetreffende inhoudelijke kritiek trouwens met argumentatie die niet verschilt van diegene die ze ontwikkelt ten aanzien de marktanalyse van de kleinhandelsmarkt, die hierna wordt behandeld.

62. Formeel beschouwd voldoet de voormelde motivering aan de opmerkingen van de Commissie: ze is methodisch opgebouwd -volgens hetzelfde stramien als datgene wat voor de kleinhandelsmarkt werd gebruikt-, dekt alle te behandelen aspecten die door de Commissie werden aangegeven en steunt op vastgestelde feitelijke elementen.

Zodoende kan hierover alleen maar worden besloten dat de CRC zich niet heeft verwijderd van het voorschrift om zoveel mogelijk rekening te houden met de Aanbeveling en de opmerkingen van de Commissie en dan ook niet had te motiveren waarom ze dit niet deed.

Overigens vindt deze conclusie steun in de vaststelling dat de Europese Commissie geen beslissing heeft genomen zoals bedoeld in artikel 7, 5° a. van de Kaderrichtlijn, dat haar de bevoegdheid verleent om een besluit te nemen waarmee zij van de betrokken nationale regelgevende instantie verlangt dat deze de ontwerpmaatregel intrekt.

63. Over het procedurele traject dat de CRC had te volgen nadat ze de opmerkingen van de Commissie had verwerkt, overweegt het hof het volgende.

Volgens de algemene gang van het beslissingsproces beschreven in artikel 7 van de Kaderrichtlijn gebeurt de notificatie aan de Commissie na de sluiting van de openbare raadpleging en eens de notificatie van de ontwerpbeslissing aan de Commissie bedoeld in artikel 7, 3° is voltrokken, behoort een nieuwe openbare raadpleging enkel te worden gehouden indien de Commissie de intrekking heeft geëist van een ontwerp van maatregel en de nationale regelgevende instantie als gevolg hiervan een gewijzigde ontwerpbeslissing voorstelt.

Daarentegen, indien de regelgevende instantie een ontwerpbeslissing wijzigt in de door de Commissie gewenste zin, om rekening te houden met haar opmerkingen, maar zonder de maatregel te wijzigen waarvan de Commissie de intrekking ook niet heeft geëist, staat geen enkel voorschrift eraan in de weg dat zij de eindbeslissing zonder meer neemt.



In het geval van de drie bestreden beslissingen heeft de CRC haar motivering aangepast in de door de Commissie verlangde zin, zonder aan de voorgestelde remedies te raken.

Zodoende kon zij op 1 juli 2011 de beslissingen nemen zonder een nieuwe openbare raadpleging en ze navolgend op 28 juli 2011 meedelen aan onder meer de Commissie, die overigens geen reden heeft gezien om nog verder een standpunt in te nemen.

Geen van de door Telenet aangewezen voorschriften van het nationale recht, die overigens dienen te worden uitgelegd in een met de richtlijnen overeenstemmende zin, en met name ook niet artikel 40/13 §3 van de Omroepwet legt een dergelijke verplichting op.

64. Uit al die overwegingen volgt dat Telenet niet kan worden gevolgd in haar stelling dat de CRC na de toevoeging in de eindbeslissingen van haar bevindingen in zake de notionele groothandelsmarkt gehouden was om over die beslissingen een openbare raadpleging te houden en ze navolgend op hun beurt te notificeren aan de Commissie.

Het tweede middel van Telenet is ongegrond.

**c) de vier middelen betreffende de relevante productmarkt, de geografische markt, de drie-criteria-test en de aanmerkelijke marktmacht.**

**(1) de relevante producten- en dienstenmarkt.**

65. De beslissingen hanteren voor de beantwoording van de vraag naar de substitueerbaarheid van de verschillende technieken die worden benut om televisiesignalen aan de consument te leveren, indicatoren die als zodanig niet in vraag worden gesteld.

Maatgevend voor de substitueerbaarheid aan de vraagzijde is de bereidheid van de consument om de betrokken dienst te vervangen door een andere.

De beslissingen nemen op grond van onderzoek naar de substitueerbaarheid langs aanbod- en vraagzijde aan dat de relevante productenmarkt overeenstemt met de kleinhandelsmarkt voor de levering van televisiesignalen, analoge én digitale, via de kabel en het IPTV-platform (DSL). Alle overige kanalen via dewelke televisiesignalen de eindgebruiker kunnen bereiken worden uitgesloten van de relevante productenmarkt.





66. De kritiek van Telenet op de afbakening van de relevante productmarkt betreft de uitsluiting van twee kanalen via dewelke televisiesignalen kunnen worden geleverd: de satelliettelevisie en de terrestrische televisie (DVB-T: digital video broadcast terrestrial: televisiesignalen worden gecapteerd uit de ether).

In zake de uitsluiting van satelliettelevisie bekritiseert Telenet dat de SNNIP-test niet adequaat werd uitgevoerd en dat met name ook de weerslag van het ‘kritische verlies’ niet correct werd ingeschat. Verder zouden de functionele verschillen tussen satelliettelevisie enerzijds en kabel- en IPTV anderzijds niet aan de vraagsubstitutie in de weg staan.

Ze wijst er verder op dat in Nederland OPTA de satelliettelevisie tot de relevante markt heeft gerekend en dat de Europese Commissie die conclusie heeft aanvaard.

De uitsluiting van DVB-televisie is volgens haar onterecht omdat aan de respondenten van een bevraging niet de correcte vraag werd gesteld en daarenboven het belang van de respondenten die zich bereid verklaarden om over te stappen naar DVB-T (19%) werd onderschat. Ook zouden de inconveniënten van de functionele beperkingen van DVB-T (interactiviteit) zijn overschat en de toekomstmogelijkheden onderschat.

67. De productgebonden gelijkenissen en verschillen tussen satelliettelevisie enerzijds en de televisie via kabel en IPTV anderzijds worden door de beslissingen geanalyseerd.

Op het vlak van de prijszetting wordt gelijkennis vastgesteld en op twee functionele aspecten wordt een substantieel verschil vastgesteld: de interactiviteit en reglementaire beperkingen voor de plaatsing van schotelantennes.

Anderzijds wordt aangegeven dat de satelliet ook specifieke kenmerken heeft zoals: de zeer uitgebreide capaciteit, de veel grotere inhoud van het basispakket (tot honderden televisiekanalen), het feit dat meerdere tv-kijk- en opnamemogelijkheid een extra decoder vergt, de vereiste van zowel een satellietparabool als een decoder en het feit dat er landelijke dekking is voor de satelliet.

De interactiviteit vergt dat benevens de uitrusting voor de satellietontvangst ook DSL en een hybride set-top box beschikbaar is om op basis van een breedbandinternetverbinding een retourkanaal te gebruiken (beschikking over catch-up televisie (inhalen van programma’s) en VoD (video op aanvraag).

De reglementaire beperkingen hebben in elk geval voor gevolg dat het een hinder oplevert waar TV-kijkers kunnen tegen opzien: tijdens het marktonderzoek is gebleken dat de plaatsing van een satellietantenne als de voornaamste hinderpaal werd beschouwd om over te stappen naar satelliettelevisie.

Over het gewicht van die verschillen kan wellicht discussie bestaan, maar er kan niet worden gesteld dat de CRC dat kennelijk heeft overdreven en op dat punt een kennelijke beoordelingsfout zou hebben begaan.



68. De bereidheid van de eindgebruiker om naar omstandigheden over te stappen van het ene platform naar het andere is onderzocht middels marktonderzoek.

Het marktonderzoek uit 2010, dat door Telenet wordt bekritiseerd, doet blijken dat 85% van de gebruikers die geen satelliet-tv hebben, nooit hebben overwogen om over te stappen van hun huidige tv-aanbod naar SATV en dat ze de plaatsing van de satellietantenne aanhalen als voornaamste reden hiervoor.

Verder is gebleken dat slechts 13% van de ondervraagden bereid was om over te stappen naar satelliettelevisie indien deze significant goedkoper zou zijn dan hun lopend tv-abonnement (VRM punt 232, BIPT N punt 235, CSA punt 230 ) en is de conclusie getrokken dat in geval van een kleine maar significante duurzame prijsverhoging de consument waarschijnlijk niet zal neigen om te migreren naar satellietaanbieding (VRM punt 233, BIPT N punt 236, CSA punt 231).

Er kan niet worden beaamd dat tijdens dat marktonderzoek niet de juiste vraag zou zijn gesteld: er zijn met name geen redenen om aan te nemen dat de ondervraagden hun bereidheid om over te stappen niet hebben geformuleerd vanuit de premisse dat het om een inhoudelijk vergelijkbaar aanbod zou gaan.

Ook kan geen onvolkomenheid worden gezien in het feit dat het 'critical loss' niet werd becijferd: het gaat om een test die aangeeft of een SNIPP de hypothetische monopolist al dan niet voordeel brengt, hetgeen op zich niet rechtstreeks de bereidheid betreft van de consument om een product of een dienst te vervangen door een ander.

69. Uit het geheel van die gegevens blijkt dat de CRC de vraag naar de substitueerbaarheid van satelliettelevisie heeft onderzocht volgens de richtsnoeren van de Europese Commissie van 17 juli 2002 (2002/C 165/03, punt 44) en dat de gedachtegang waarop haar conclusie steunt geen kennelijke beoordelingsfout inhoudt.

In dat verband moet trouwens worden opgemerkt dat noch de Raad voor de Mededinging, noch de Europese Commissie de analyse op dat vlak in vraag hebben gesteld.

Haar conclusie kreeg trouwens ook bevestiging in de feiten die dateren van na de beslissingen. Daar waar in juli 2011 bij de conclusie in zake de substitueerbaarheid aan de vraagzijde nog voorzichtig werd gewag gemaakt over het Mobistar-aanbod (VRM punt 230) - met de vermelding dat sedert de lancering van dit aanbod, de overstap van digitale kabel naar satelliet niet gevoelig was verhoogd-, is drie jaar na de analyse gebleken dat het aanbod van Mobistar een commerciële mislukking is geworden: het aanbod werd op 15 september 2013 uit de markt gehaald.



Er zijn dus ook geen recente feitelijke gegevens waaruit moet blijken dat sedert de datum van de beslissingen de neiging van de consument om over te stappen naar satelliettelevisie is geëvolueerd op een wijze die wettigt dat het betwiste onderzoek in vraag kan worden gesteld.

70. De grief betreffende de uitsluiting van terrestrische televisie uit de relevante dienstenmarkt wordt door Telenet gestoeld op de stelling dat onterecht werd aangenomen dat DVB-T slechts een niche-markt bedient van klanten die vrede nemen met een beperkt aantal zenders of dat aanbod complementair gebruiken.

De functiemogelijkheden (interactiviteit) van DVB-T en kabeltelevisie zouden ook gelijkaardig zijn omdat de 8 meest belangrijke kanalen 80% van de kijkcijfers vertegenwoordigen en ten tijde van de beslissingen stond die capaciteit al vast, zo luidt de kritiek.

Ook de afwezigheid van een voldoende aantal eindgebruikers zou niet kunnen doorwegen om terrestrische televisie uit de dienstenmarkt te sluiten.

71. De uitsluiting van DVB-T van de productmarkt is gebaseerd op drie elementen: het beperkt aantal zenders die in DVB-T worden aangeboden, het geringe aantal gebruikers waarvoor het DVB-T aanbod bestemd is en de beperkte functiemogelijkheden (interactiviteit en HDTV).

Het staat buiten betwisting dat het DVB-T slechts een beperkt aantal zenders kan aanbieden en Telenet -dat een beperkt aanbod in de markt heeft geplaatst- betwist niet dat drie jaar na de beslissingen geen enkele aanbieder de top 8 kanalen aanbiedt.

Over het beperkte publiek, gaf Telenet tijdens het openbaar onderzoek zelf aan dat deze dienst gericht is op kijkers in “afgelegen woonplaatsen, caravans, vakantiewoningen en auto’s ...”. Het gaat dus wel degelijk om een nichemarkt van een zeer kleine groep kijkers (er is sprake van 1% van de bevroagden).

En ook al gaf 18% van de bevroagden aan dat ze zouden overwegen om over te stappen naar DVB-T in geval significante stijging van de prijs van hun huidig abonnement, dan blijft dit nog altijd een eerder kleine minderheid, die daarenboven geen zicht had op het pakket zenders dat zou kunnen gecapteerd worden op het ogenblik waarop ze een overstap zouden moeten overwegen.

72. Over het ‘prospectieve’ in de analyse, kan verder worden opgemerkt dat Telenet haar investering in een niet-exclusieve licentie voor gebruiksrechten die ze van Norkring had bekomen en waarvoor ze in 2010 30 miljoen EUR had betaald, einde 2011 totaal heeft afgeschreven.



Ze heeft aangegeven dat ze geen toekomst zag in het product: de kwaliteit van het product liet te wensen over en de door de zenders gevraagde uitzendrechten bleken excessief.

Wel heeft ze in juli 2012 een beperkt aanbod in de markt geplaatst (Teletenne: met de gratis publieke zenders, maar zonder de populaire zenders van VMMA VTM en 2BE), maar in haar jaarverslag van 2012 aangegeven geen reden te zien om haar afschrijving terug te nemen. Het valt dus niet uit te sluiten dat het aanbod niet in de markt zal blijven.

Bij de toelichting bij haar aanbod heeft ze overigens gewezen op de beperkte mogelijkheden van de formule en met name wat de interactiviteit betreft, die een aparte breedbandinternet aansluiting vergt.

Verder wijst ze ook niet aan hoe andere operatoren dan zijzelf het platform tot een succes kunnen ontwikkelen.

Zoals het hof reeds opmerkte in het tussenarrest, verstrekt Telenet geen enkele aanwijzing dat haar thesis over substitueerbaarheid van het platform en de toekomst ervan plausibeler is dan die welke door de beslissingen wordt aangenomen.

73. Het middel in zake de foute afbakening van de relevante productenmarkt wordt verworpen.

## **(2) de afbakening van de geografische markt.**

74. Over de afbakening van de geografische markt stelt Telenet samengevat dat het niet volstaat dat het dekkinggebied van de kabeloperatoren geografisch beperkt is -hetgeen op zich aan directie substitutie aan vraag- en aanbodzijde in de weg staat- maar dat dient nagegaan te worden of de concurrentievoorwaarden niet op een ruimer gebied voldoende homogeen zijn. Ze verwijst hiervoor naar de reeds vermelde Richtsnoeren.

Volgens haar zijn er voldoende homogene concurrentievoorwaarden op nationaal vlak als gevolg van de aanwezigheid van spelers op nationaal vlak, die een uniform prijsbeleid voeren, en van het ketensubstitutie-effect.

75. De ketensubstitutieanalyse van de CRC schiet volgens haar tekort omdat zij gebruik maakt van onjuiste, niet pertinente en niet controleerbare variabelen en zodoende zou de geografische markt onterecht zijn beperkt tot het dekkinggebied van het kabelnetwerk.



Inzonderheid voert ze hierover volgende twee punten aan, die ze nader stoffeert aan de hand van een studierapport 'Profacts', betreffende een onderzoek dat ze na de beslissingen liet uitvoeren over de marktanalyse van de CRC en waaruit moet blijken dat de prikkels voor Belgacom om een prijsverlaging te volgen veel sterker zijn dan in de beslissingen wordt aangenomen:

(i) de factor prijsgevoeligheid werd bepaald op basis van gegevens die niet kenbaar, controleerbaar en pertinent zijn;

(ii) bij de bepaling van het margeverlies per klant (van Belgacom) werd ten onrechte geen rekening gehouden met het toenemend belang van multiple play, terwijl dit een fundamentele impact kan hebben op het resultaat van de analyse.

De beknopte ontwikkeling hiervan is de volgende:

(i) het percentage 'prijsgevoelige klanten' werd volgens de beslissingen vastgesteld op basis van marktonderzoek en ook vier andere elementen (publiek gemaakte 'churnrates' van Telenet, een marktanalyse van OPTA en twee papers), maar er wordt niet aangegeven hoe deze elementen zijn meegenomen in de afweging; de aanname dat slechts 50% van de prijsgevoelige klanten bij een prijsverlaging effectief zou overstappen, is arbitrair vastgesteld; overigens is bij het marktonderzoek niet de juiste vraag gesteld om de prijsgevoeligheid te bepalen; volgens het rapport Profacts zou ruim 28% van de Belgacomklanten overstappen in geval van prijsverlaging met 2 EUR door concurrenten;

(ii) bij de bepaling van het margeverlies van Belgacom per klant werd onterecht geen rekening gehouden met het belang van multiple play; volgens het rapport Profacts nemen 85% van de klanten meer dan één dienst af van dezelfde leverancier en bij Belgacom zou dit zelfs oplopen tot 95%; van de bevroegden antwoordde méér dan 75% dat indien ze zouden veranderen van aanbieder van TV, ze ook zouden veranderen voor de andere diensten; hieruit volgt dat Belgacom een veel sterkere prikkel zou hebben om een prijsverlaging door een kabelmaatschappij te volgen, dan wanneer alleen maar rekening wordt gehouden met het margeverlies verbonden aan de televisiedienst.

76. Telenet stelt ook dat aan de relatieve prijshomogeniteit tussen de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren onterecht geen gewicht wordt toegemeten voor het bestaan van indirecte prijsdruk en van een nationale markt en dat de overige factoren die de CRC aanhaalt evenmin wijzen op een gebrek aan voldoende homogeniteit van de concurrentievoorwaarden (prijzen, inhoudelijke samenstelling van het aanbod, technische kenmerken, regelgeving, e.a.).



Verder bekritiseert Telenet dat de beslissingen ook een argument putten uit een arrest van 17 mei 2011 van dit hof, dat in een mededingingsprocedure de analyse bevestigt volgens dewelke de geografische marktafbakening aansluit bij de dekkingsgebieden van de kabelmaatschappijen. Feiten en overwegingen die aan een bepaalde conclusie te grondslag liggen in zaken van mededinging, kunnen in een marktanalyse met het oog op regulering ex ante anders beoordeeld worden, zo luidt haar stelling.

77. De CRC komt tot het besluit dat de geografische markt voor de levering van tv-signalen moet worden afgebakend als zijnde het gebied dat door elk netwerk van een kabeloperator wordt gedekt op basis van de twee vaststellingen:

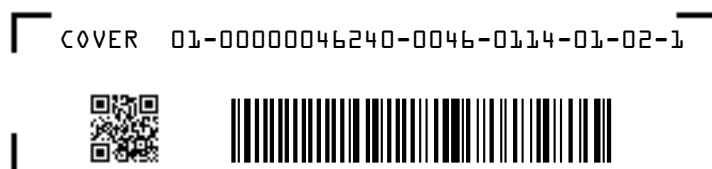
(i) dat er geen substitutie aan vraag- en aanbodzijde is tussen de omroepaanbiedingen van de kabelnetwerken en dat er geen aantoonbaar ketensubstitutie-effect is tussen kabelnetwerken die zich in verschillende geografische dekkingsgebieden bevinden;

(ii) dat er heterogeniteit is (a) in marktaandelen en technologische kenmerken van kabelnetwerken, (b) in consumentenvoorkeuren en televisieaanbiedingen in de verschillende dekkingsgebieden van kabeloperatoren, (c) in prijzen in de verschillende dekkingsgebieden van kabeloperatoren en (d) in de historische regels en regulering.

Op dat besluit wordt in de beslissing over het tweetalige gebied Brussel Hoofdstad een uitzondering gemaakt voor de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe, waar Wolu-TV als eigenaar van het lokale als operator een aparte positie bekleedt (zie hierover verder onder nr. 167 e.v.).

78. Om tot die afbakening te komen, nemen de beslissingen als uitgangspunt het bepaalde in punt 56 van de Richtsnoeren, volgens hetwelk een relevante geografische markt het gebied omvat *“waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Voor de afbakening van de geografische markt wordt niet vereist dat de mededingingsvoorwaarden tussen de handelaars of dienstenaanbieders volstrekt homogeen zijn. Het volstaat dat ze op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn, zodat alleen zones waarin de concurrentievoorwaarden „heterogeen” zijn, niet als een uniforme markt kunnen worden beschouwd”*.

Ze sluit ook aan bij het bepaalde onder punt 59 van de Richtsnoeren waar wordt aangegeven dat de geografische relevante markt traditioneel wordt afgebakend op basis van de volgende twee criteria: (1) het gebied dat door een netwerk wordt bestreken en (2) het bestaan van wettelijke en andere regelgevinginstrumenten.



79. In het algemeen moet worden vastgesteld dat de beoordeling door de CRC op het besproken punt in de lijn ligt van wat regulatoren in andere landen hebben beslist (Nederland en Groothertogdom Luxemburg) evenals bij het standpunt van de ERG.

Het 'ERG Gemeenschappelijk Standpunt over de geografische aspecten' (ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), ERG (08) 20 final, October 2008) bevat de algemene aanvaardde positie dat de geografische markt overeenkomt met het dekkinggebied van het netwerk van de historische operator. In de landen waar verschillende historische operatoren binnen het nationale grondgebied actief zijn maar ieder in een afzonderlijk geografisch deelgebied, worden volgens de algemeen aanvaarde opvatting afzonderlijke relevante geografische markten onderscheiden waarbij iedere markt overeenstemt met het dekkinggebied van het netwerk van een historische operator.

Overigens moet worden vastgesteld dat de Raad voor de Mededinging de conclusie over de geografische marktafbakening niet in vraag heeft gesteld.

Dit gegeven ligt in de lijn van punt 37 van de richtsnoeren (document 2002/C165/03), die voorschrijven dat de nationale regelgevende instantie en de mededingingsautoriteit streven naar coherentie tussen marktdefinitie voor toepassing van de mededingingsregels en voor regulering ex ante.

Ook heeft de Europese Commissie, die er in haar brief van 20 juni 2011 een expliciete passus heeft aan gewijd, er geen probleem in gezien.

Ze heeft met name ook geen toepassing gemaakt van de mogelijkheden die de artikelen 7.4 en 7.5 van de Kaderrichtlijn haar bieden, om desgevallend intrekking te vragen van de voorgenomen beslissing.

80. Er bestaat geen discussie over dat tussen de dekkinggebieden van de kabelnetwerken geen rechtstreekse substitutie aan vraag- en aanbodzijde bestaat tussen de omroepaanbiedingen.

De hieruit volgende conclusie dat de relevante geografische markt dan behoort afgebakend te worden volgens die dekkinggebieden, kan slechts in vraag worden gesteld indien zich ketensubstitutie voordoet.

Volgens punt 62 uit de richtsnoeren (document 2002/C 165/3) is er sprake van 'ketensubstitutie' wanneer kan worden aangetoond dat, *"hoewel de producten A en C geen directe substituten zijn, product B toch een substituut is voor zowel product A als product C, en dat product A en C dus binnen dezelfde productmarkt kunnen vallen aangezien hun respectievelijke prijsstelling kan worden begrensd door de substitueerbaarheid van product B. Dezelfde redenering geldt ook voor de omschrijving van de geografische markt."*



De richtsnoeren geven hierover nog aan: *‘gezien het inherente risico dat de omvang van de relevante markt al te ruim wordt genomen, moeten bevindingen inzake het bestaan van ketensubstitutie-effecten grondig worden onderbouwd’.*

De aldus geformuleerde restrictie houdt in dat het bestaan van ketensubstitutie slechts kan worden aanvaard indien er geen redelijke twijfel kan over bestaan.

81. In de bijlage 3 van de beslissingen wordt nadere toelichting verschaft over de wijze waarop het onderzoek werd gevoerd naar de onderlinge prijsdruk tussen de kabeloperatoren in verschillende dekkingsgebieden wegens het bestaan van een gemeenschappelijke concurrent met een nationaal dekkingsgebied.

Het onderzoek gebaseerd op feitelijk vaststelbare marktgegevens kon geen conclusie inzake prijsdruk wettigen: er zijn aanzienlijke prijsverschillen tussen de kabeloperatoren en onderlinge reacties op prijsdalingen zijn niet voorhanden; de prijzen zijn nooit significant gedaald, ook niet tot vandaag.

Vanuit het oogpunt van de onderbouwing van de ketensubstitutie moet bijgevolg al worden vastgesteld dat ze geen steun kan vinden in een empirische marktrealiteit, maar in een hypothetisch draaiboek: substitutie is nooit kunnen vastgesteld worden.

82. Zodoende is de onderlinge reactie van de kabeloperatoren theoretisch geconstrueerd rond de abstracte omweg van de waarschijnlijke reactie van Belgacom, die te beslissen heeft over de vraag of ze een prijsdaling van kabeloperator A al dan niet volgt en de vraag naar de reactie van kabeloperator B op een prijsdaling door Belgacom.

Daarbij worden twee links voorgesteld waarbij in de eerste stap (link 1) wordt gepeild naar de druk die uitgaat van een prijsverlaging door kabeloperator A op Belgacom (die volgt of niet) en navolgend in een tweede stap (link 2) de druk die uitgaat van Belgacom op kabeloperator B (die volgt of niet) (bijlage 3 bij de bestreden beslissingen: VRM 1106-1125 ; BIPT-N 1110-1128, CSA 1-19).

Enkel indien de twee links worden vervuld, kan ketensubstitutie theoretisch aangenomen worden.

Aan de orde is de vraag of de beslissing van Belgacom om de prijsverlaging van kabeloperator A te volgen (link 1) mee bepaald wordt door het gegeven hoe operator B zal reageren op de prijsverlaging.

Wegens de substitueerbaarheid tussen kabel-TV en IPTV wordt aangenomen dat bij een prijsdaling met 5 à 10% door Belgacom de kabeloperator B effectief zal volgen. Deze link wordt niet bekritiseerd.





De uitkomst van link 2 luidt dat operator B de verlaging zal volgen indien het verlies aan klanten (die naar Belgacom overstappen) groter is dan de procentuele prijsdaling die hij ondergaat.

De uitkomst van link 1 luidt dat Belgacom operator A niet zou volgen: de redenen hiervoor zijn aangegeven in punt 1114 (VRM) van de vermelde bijlage 3 en ze betreffen hoofdzakelijk het gegeven dat het effect van een prijsverlaging niet enkel de abonnees in het dekkingsgebied van operator A betreft, maar haar hele klantenbestand treft wegens de nationale dimensie van haar aanbod.

Deze aanname wordt weliswaar door Telenet verworpen. Niet op goede gronden evenwel.

83. Vooreerst kan de aangehaalde strijdigheid tussen de ontwerpen van beslissing en de eindbeslissingen geen grief van belang opleveren. De wijziging is een gevolg van reacties tijdens de openbare raadpleging en bijgevolg niet ongewoon in zoverre ze gevolg geeft aan een terechte opmerking. De aangebrachte wijziging bleef overigens zonder incidentie op de uitkomst van de hypothese met de twee links.

Verder kan Telenet niet worden gevolgd waar ze het heeft over oncontroleerbare cijfergegevens: het gaat om vastgestelde tarieven, door operatoren meegedeelde cijfers over abonnees en geraamde percentages volgens een aangenomen waarschijnlijkheidsgraad (onvermijdelijk aangezien het om een niet-empirische werkhypothese gaat). Ook in de Profacts-studie worden overigens ramingen (noodzakelijkerwijs) toegepast, waar het gaat over abonnees die zouden wisselen van operator bij een prijsdaling.

84. Over de foute conclusie die door de CRC zou getrokken worden, verbonden met het feit dat bij het peilen van de houding van Belgacom geen rekening werd gehouden met het feit dat 95% van haar abonnees meer dan één dienst van haar afnemen (multiple play) , werpt de CRC op goede grond tegen dat dit gegeven haar standpunt net zo goed kan versterken als verzwakken.

Volgens Telenet zou het klantenverlies bij 'niet volgen' een aanzienlijk groter margeverlies veroorzaken wegens de ruimere massa dan de TV-dienst die betrokken is: de abonnee zou zich niet beperken tot de opzegging van maar één dienst.

Evenwel, zoals de CRC poneert, zou het volgen van de kabeloperator en het daarmee verbonden prijsverlies op nationaal vlak net zo goed kunnen voor gevolg hebben dat het voordeliger is om de prijsdaling niet te volgen. Aangezien de kabeloperator B (link 2) kabeloperator A volgt bij een prijsdaling, indien Belgacom de prijs laat dalen, kan zij evenwel geen klanten weghalen bij B.



Verder is het resultaat van die oefening ‘operator A – Belgacom –operator B’ ook mee bepaald door het aantal abonnees dat Belgacom in de betrokken dekkingsgebieden heeft en heeft de multiple-play ook een ‘lock in’ effect. De neiging om een operator te verlaten neemt af wanneer, om de diensten gebundeld te kunnen houden, voor alle diensten moet worden overgestapt: de levensduur van een klant neemt toe naarmate hij meer diensten van een operator afneemt.

Verder moet hierover worden opgemerkt dat de ontwikkeling en het toenemend belang van multiple play voor de Raad voor de Mededinging geen reden vormde om tijdens de driejarige reguleringsperiode de voorgestelde afbakening van de geografische markt in vraag te stellen.

85. Zodoende kan worden besloten dat in zake de prijsgevoeligheid van de klanten er geen kennelijke beoordelingsfouten worden aangetoond. Onredelijke keuzes uit cijfers of onredelijke ramingen, bij ontstentenis van empirische gegevens, worden niet aangetoond.

De door de CRC aangenomen heterogeniteit in de prijszetting blijkt uit exacte cijfers die weergegeven zijn in tabellen (VRM punt 304.1, BIPT N punt 307.1, CSA punt 302.1) en de overige factoren van heterogeniteit kunnen niet ernstig worden betwist.

Er liggen geen eenduidige aanwijzingen voor dat de factor ‘multiple play’ a priori als variabele in een bepaalde zin in rekening diende te worden gebracht en overigens in de door CRC gevolgde benadering ontoereikend in rekening werd gebracht om de ketensubstitutie adequaat in te schatten.

86. De algemene conclusie in zake de ketensubstitutie luidt dan dat er zeer zeker ernstige twijfels bestaan of die substitutie er zou zijn en bijgevolg kan ze niet worden aangenomen als grond om de geografische afbakening volgens de dekkingsgebieden van de kabelnetwerken te betwisten.

Overigens horen studies met draaiboeken over stellingnames van de regulator, wanneer ze tijdens de openbare raadpleging kunnen worden ingediend, veeleer thuis in deze fase van het beslissingstraject, dan wel voor het eerst in de procesgang over de genomen beslissing. Het behoort binnen het wettigheidstoezicht van de voorliggende rechtspleging en de toetsingsnorm van de kennelijke beoordelingsfout niet tot de taak van het hof om het pro en contra van post factum gerealiseerde studies af te wegen en aldus het spoor van de toetsing van de kennelijke beoordelingsfout verregaand te verlaten.



### **(3) de drie-criteria-test**

87. De eerste grief van Telenet omtrent de toepassing van de drie-criteria-test betreft een tekortkoming aan de motiveringsplicht: na de brief van de Europese Commissie van 21 juni 2011 werd de toepassing van de test niet geherevalueerd en zodoende werd niet zoveel mogelijk rekening gehouden met die opmerkingen.

De Europese Commissie heeft een aantal bedenkingen geformuleerd omtrent de toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard en de invloed die de technologische evolutie op die belemmeringen zou kunnen hebben, onder meer ook wegens de multicastverplichting die Belgacom wordt opgelegd. Daarom heeft de Europese Commissie de regulerende instanties uitgenodigd om de evoluties op de markt van nabij te volgen op het vlak van infrastructuur en dienstenconcurrentie en zo nodig voor het verstrijken van de geregleerde periode de marktanalyse opnieuw te maken indien die evoluties het resultaat van de drie-criteria-test zouden beïnvloeden.

De Commissie heeft op het vermelde punt de CRC enkel uitgenodigd tot nauwgezette observatie van de markt.

Deze opmerking vergde geen andere amendering van de ontwerp beslissingen dan de tekst die werd toegevoegd (VRM 472, BIPT 478 en CSA 471), met name dat de evolutie van de markt van de omroepsignalen van jaar tot jaar zou worden opgevolgd.

De grief is ongegrond.

88. Op het vlak van de toegangsbelemmeringen geeft de CRC verder aan: controle over niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, waarbij vooral de analoge functionaliteit een voordeel geeft, het bestaan van overstapdrempels die de migratie naar andere operatoren bemoeilijken, schaalvoordelen, breedtevoordelen, en een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk.

Telenet betwist dat de CRC kon besluiten tot de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die van niet-voorbijgaande aard zijn. Als die belemmeringen er dan al zijn, zouden ze in elk geval van voorbijgaande aard zijn.

Hierover voert ze aan dat er geen noodzaak aangetoond is om de infrastructuur van Telenet te dupliceren, hetgeen ze afleidt uit de markttoetreding op de omroepmarkt door Belgacom en andere operatoren en uit de regelgevende verplichtingen opgelegd op stroomopwaartse markten, met name het geregleerde groothandelsaanbod en de multicastfunctionaliteit die aan Belgacom werd opgelegd.



De onmogelijkheid voor alternatieve operatoren om analoge televisie aan te bieden zou geen hoge toegangsbelemmering opleveren van niet-voorbijgaande aard en de verschillende schaal- en breedtevoordelen en verticale integratie waarnaar de CRC verwijst zouden evenmin doorwegen als toegangsdrempels.

89. Er kan geen twijfel over bestaan dat het dupliceren van kabelnetwerk van Telenet zeer hoge onkosten zou vergen -waaronder hoge verzonken kosten, die dus zouden verloren zijn mocht de infrastructuur niet rendabel blijken en tevens op technische en stedenbouwkundige hindernissen zou stoten. De verwerving op de markt van een netwerk als diegene die Telenet en Belgacom verwierven is uitgesloten.

Een toetreder tot de markt die een eigen infrastructuur wil ontwikkelen heeft tot dusver geen andere mogelijkheid dan gebruik te maken van de IPTV-diensten van Belgacom, die evenwel op de datum van de beslissing tot geen ander gereguleerd groothandelsaanbod verplicht was dan BRUO (ontbundeling), en zoals de beslissingen aangeven is de ontbundeling van het aansluitnetwerk op grote schaal erg duur. Daarenboven blijkt de VDSL-technologie geschikter voor een aanbod van omroepdiensten dan ADSL2, maar vergt dit een subloopontbundeling, waarvan door het BIPT werd aangetoond dat ze economisch niet rendabel is voor een alternatieve operator en die sedert de beslissingen van 1 juli 2011 tot regulering van de markten 4 en 5 ook niet meer mogelijk zou zijn.

Slechts één operator (Alpha Networks met Billi) gebruikt het ontbundelingsaanbod van Belgacom (BRUO) op een zeer beperkt geografisch gebied (3 gemeenten in het dekkingsgebied van Telenet).

Overigens wordt in een door Mobistar geciteerd rapport (Goldman Sachs van 13 juni 2013) aangegeven dat Telenet zelf van oordeel is dat nieuwe toetreders een basis van meerdere honderdduizenden klanten vereisen om niet verlieslatend te zijn, hetgeen SNOW volgens haar eigen informatie helemaal niet bereikt (er is sprake van 15.000 klanten), zodat van een 'succes' dat de infrastructuur van de kabeloperatoren als toetredingsbelemmering zou tegenspreken vooralsnog geen sprake is. Naar Telenet volgens dat rapport zelf communiceerde zou de lancering van SNOW haar trouwens nauwelijks 1.000 klanten hebben doen verliezen.

90. Zoals Mobistar aangeeft, kan de "modified greenfield" benadering ook geen steun bieden voor het standpunt van Telenet in zake de voorgehouden voorbijgaande aard van de toegangsbelemmering.

Die onderzoeksmethode houdt in dat de relevante kleinhandelsmarkt wordt beschouwd in een toestand zonder regulering maar rekening houdend met eventueel reeds bestaande regulering op stroomopwaartse groothandelsmarkten (Toelichting van de Commissie bij haar Aanbeveling over de relevante product- en dienstenmarkten - blz. 8).

Bij de keuze van regulering wordt de voorkeur gegeven aan de stroomopwaartse markten om de regulering op de retailmarkt zo beperkt mogelijk te houden indien op die wijze het mededingingsprobleem kan worden opgelost.

Dit is evenwel niet de werkhypothese die voorhanden is: de multicast als onderdeel van het BROBA/WBA-referentieaanbod betreft in dit geval geen stroomopwaartse markt, maar een parallelle markt.

Het geheel operationeel maken van de multicastfunctie, die Belgacom werd opgelegd binnen het BROBA, vergt trouwens aanzienlijke tijd en tot dusver heeft Belgacom slechts met één alternatieve operator (KPN) een (niet gereguleerde) overeenkomst voor toegang tot de multicastfunctie gesloten.

Uit geschriften van Telenet zelf (waarin ze haar aanbod vergelijkt met dat van Belgacom en van KPN- Snow), blijkt overigens dat ze het omroepaanbod van de vermelde operatoren als kwalitatief niet evenwaardig bestempelt.

Verder bevestigt de onmogelijkheid voor Mobistar om een niet gereguleerd groothandelsaanbod te bekomen van Belgacom en van de kabeloperatoren en het verdwijnen van haar TV-aanbod uit de markt, alleen maar dat de ontsluiting van de kabelnetwerken een onoverkomelijke toetredingsbelemmering wegneemt.

De bewering dat tijdens de gereguleerde periode of later de multicastfunctie het probleem van het dupliceren van een netwerk neutraliseert, kan niet worden beaamd en er kan met name ook niet worden uit afgeleid dat de toegangsbelemmering van voorbijgaande aard zou zijn.

91. Telenet trekt ook in twijfel dat het exclusieve aanbod van analoge televisiesignalen een toetredingsbelemmering van niet voorbijgaande aard zou vormen.

Ze wijst er op dat 62% van de huishoudens enkel analoge televisie keek in 2008, dat dit cijfer per einde 2013 allicht zal gedaald zijn tot 10% en dat het belang ervan alleen maar zal afnemen en zelfs verdwijnen.

Omtrent het belang van analoge televisie bij de overstap naar digitale televisie stelt ze dat inadequaat cijfermateriaal van meer dan 2 jaar oud werd gebruikt dat evenwel niet meer relevant was.



Ook de mogelijkheid om verschillende toestellen aan te sluiten zou geen voordeelfactor van betekenis meer zijn: die mogelijkheid bestaat ook bij IPTV en de consumenten zouden ook toenemend gebruik maken van alternatieve applicaties zoals Yelo (Telenet), Stevie (VRT, VMMA, SBS) en -voorheen- ook TV Nomade (RTBF).

In dit verband wijst ze ook op het succes van Belgacom, die op 8 jaar tijd een marktaandeel van 1.428.000 televisiekijkers verwierf zonder te beschikken over analoge televisie en op het feit dat in België het aantal analoge kijkers is gedaald tot een lager niveau dan datgene dat de OPTA in Nederland voldoende achtte om af te zien van regulering van de omroepmarkt.

92. Over het belang van de analoge televisie, dat overigens door Telenet ook wordt aangeboden zonder meerprijs bij een digitaal abonnement, halen de beslissingen voornamelijk aan dat 40% van de Belgische huishoudens beschikt over 2 of meer tv-toestellen en dat dit een significante overstapdrempel vormt aangezien bij Belgacom TV een aparte decoder nodig is voor elk extra tv-toestel. Ze wijzen er ook op dat analoge televisie de klanten van Telenet in staat stelt om televisie te kijken terwijl tegelijkertijd een ander programma wordt opgenomen. Ook wordt aangehaald dat Telenet de analoge troef nadrukkelijk commercieel uitspeelt.

Het marktonderzoek van het BIPT, volgens hetwelk 40% in 2010 van de huishoudens over meer dan 1 TV-toestel beschikt, wordt bevestigd door een resultaat van het Profacts-onderzoek, dat in 2013 dit percentage op bijna 52% raamt.

Zoals in het tussenarrest van 4 september 2012 reeds werd vermeld, heeft Telenet in haar reclame het voordeel van het analoge aanbod aangeprezen door er op te wijzen dat verschillende TV-toestellen tegelijk kunnen worden aangesloten, zonder meerkost en beklemtoonde haar bedrijfsleider in publieke verklaringen (mei 2010) dit voordeel met de toevoeging dat analoge televisie in Vlaanderen nog wel een voordeel zou hebben tijdens de komende jaren.

Ook nog in 2012 stelde Telenet publiekelijk dat van een verplichte overstap van analoge naar digitale televisie geen sprake zou zijn en uit haar project "Digital Wave 2015" blijkt dat Telenet met name ook tijdens de reguleringsperiode van drie jaar een belangrijke plaats blijft geven aan haar analoog televisieaanbod. Ze vermeldt geen plannen om vóór 2015 het aantal analoge tv-kanalen aanzienlijk te verminderen.

Zelfs indien het zo is dat de aansluiting van verschillende toestellen bij een IPTV abonnement niet onmogelijk is, dan blijft nog dat er een meerkost aan verbonden is voor de abonnee en dat die mogelijkheid niet veralgemeend beschikbaar is, maar slechts volgens de mogelijkheden van het netwerk in functie van de geografische localisering van de betrokken abonnee, met name ook wat HD-televisie betreft en de mogelijkheid om gelijktijdig te kunnen kijken en op te nemen.

Ook op dit punt blijft er dus in elk geval een overstapbelemmering.

93. Een toetsbaar cijfer over het exacte niveau waarop het aantal analoge abonnees van Telenet sedert de beslissingen van juli 2011 is gedaald, ligt overigens niet voor. In haar laatste conclusie van oktober 2013 heeft ze het over ongeveer 15% indien de dalende trend zich voortzet en geeft ze aan dat ze op 30 juni 2013 71.300 abonnees minder had die enkel analoge televisie afnamen dan op 31 december 2012. Volgens het door haar meegedeelde dalingspercentage tijdens de eerste zes maanden van 2013 (12,9%), bedroeg het aantal uitsluitend analoge abonnees dan nog steeds ten minste een aantal van ongeveer 550.000, hetgeen overigens tegelijk een indicatie geeft over de omvang en het grote belang als hefboom van haar historische klantenbasis.

Mobistar wijst er in dat verband op dat het jaarverslag van 2012 van Telenet, zelf aangeeft dat ruim een kwart (26%) van haar abonnees nog uitsluitend analoog keek. Het BIPT maakte in zijn Mededeling van 30 mei 2013 gewag van 23% uitsluitend analoge TV-kijkers voor de ganse omroepmarkt per einde 2012 (het bedroeg meer dan 40% in 2010).

Er kan dus bezwaarlijk worden aangenomen dat de bestreden beslissingen zich op het punt van het belang van de analoge televisie steunen op achterhaald cijfermateriaal, zelfs indien het in 2011 meer dan twee jaar oud was, en dat cijfers werden in aanmerking genomen die voor de reguleringsperiode niet pertinent waren, aldus begrepen dat ze elk prospectief karakter zouden missen.

Geen van de door Telenet aangevoerde cijfers ontzenuwen het belang dat door de beslissingen gehecht wordt aan het voordeel van de analoge televisie, ook niet de gegevens uit het Profacts marktonderzoek die trouwens overwegend beperkt zijn tot uitgedrukte voorkeur of intenties van de bevrageden.

Overigens levert Telenet geen afdoende cijfergegevens waaruit zou kunnen afgeleid worden dat het toenemende gebruik van alternatieven voor het tweede TV-toestel (tablet of smartphone) dat aan de consumenten wordt toegeschreven al een dermate ontwikkeling heeft gekend dat de validiteit van de door de CRC aangenomen hypothese tijdens de reguleringsperiode is aangetast.

94. De beoordeling van het analoge aspect ligt niet anders wanneer het wordt beschouwd vanuit het oogpunt van de overstap van analoge naar digitale televisie.

Belgacom wijst er met reden op dat indien een analoge klant moet beslissen over een overstap naar digitaal zijn keuze tegelijk ook een heel wat ruimere dimensie heeft dan alleen maar 'het digitale of niet'.

Tegelijk zal hij moeten kiezen of hij een bestaande operator zou verlaten of niet, of hij van technologie zou veranderen of niet, of hij eventueel binnenshuis werken zou verrichten of niet en of hij ook de analoge dienstverlening van zijn bestaande kabeloperator wil verliezen of niet.



De bestreden beslissingen geven aan dat 88% van de analoge televisiekanten van Telenet bij een overstap naar digitale televisie beslisten om bij Telenet te blijven, hetgeen het belang van dit historische klantenbestand treffend onderstreept: kunnen overstappen zonder te hoeven veranderen van operator blijkt van overwegend belang.

Met het behoud van de operator wordt verder ook vermeden dat verbrekingsvergoeding dient te worden betaald.

95. Zodoende is er geen grond om aan te nemen dat met het belang dat werd gehecht aan de factor 'analoge TV' zoals hij door de CRC in aanmerking werd genomen een kennelijke beoordelingsfout is gemoeid.

96. Ook de schaal- en breedtevoordelen die door de CRC worden meegenomen in de afweging van de toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard, worden door Telenet bekritiseerd.

In zoverre die kritiek viseert dat gewicht wordt gegeven aan de uitgaven in zake infrastructuur, die door nieuwkomers zouden dienen te worden gedaan, verschilt hij in wezen niet van de grief inzake de moeilijk te dupliceren infrastructuur, die boven al ongegrond is bevonden.

Waar de beoordeling van het voordeel verbonden aan de 'contentrechten' wordt bekritiseerd, kan verwezen worden naar het gegeven dat tijdens een hoorzitting in het Vlaamse Parlement werd aangegeven dat Belgacom vier- tot vijfmaal meer betaalt per abonnee dan Telenet voor de aankoop van programma's en rechten. De redelijke verklaring hiervoor ligt hem in het feit dat Telenet als kabeloperator marktmacht put uit het feit dat ze een hoog aantal kijkers kan bieden. Het schaalvoordeel blijkt dus niet voor redelijke betwisting vatbaar.

Hetzelfde geldt voor de uitgaven in zake marketing, waar de beslissing inzake het Vlaamse taalgebied (VRM nr. 452) aangeeft dat de reclamebudgetten in de telecomsector erg hoog liggen en dat niet valt in te zien hoe een nieuwkomer dergelijke advertentie-uitgaven het hoofd zou kunnen bieden.

Met betrekking tot het voordeel van 'cross selling' en multiple play als toegangsdrempel ligt de appreciatie niet anders. De mogelijkheid om televisieaanbiedingen gebundeld te verkopen aan klanten die reeds telefonieproducten en breedbandinternet afnemen, levert een substantieel concurrentieel voordeel op: de gebundelde verkoop houdt het verloop van de klanten, die overwegend eenzelfde leverancier wensen voor al die producten, laag.





De tegenwerping van Telenet dat mobiele operatoren net zo goed kunnen ‘cross sellen’ aan hun klanten ziet over het hoofd dat mobiele telefonie niet het bindmiddel vormt voor de overige producten, hetgeen ondermeer ook blijkt uit de mislukking van het TV-aanbod van Mobistar.

97. Die gegevens wettigen de conclusie dat ook op het punt van de schaal- en breedtevoordelen aan de CRC geen kennelijke appreciatiefout kan worden verweten.

Het voordeel verbonden aan de verticale integratie exploitatie van een televisieplatform waarvoor de inhoud wordt aangekocht en de toegang tot het platform die aan de eindgebruiker wordt geboden ligt voor de hand en behoeft geen verdere behandeling.

98. Samenvattend moet worden besloten dat de door Telenet aangereikte gegevens de conclusie van de CRC over de toepassing van het eerste criterium van de drie-criteria-test niet kunnen ontkrachten.

99. Over het tweede onderdeel van de drie-criteria-test, die de vraag betreft of de marktstructuur al dan niet naar daadwerkelijke mededinging neigt, betoogt Telenet dat het negatieve antwoord ter zake van de CRC door vijf factoren wordt tegengesproken: (i) het aanhoudend belang van analoge televisie wordt fout ingeschat, (ii) de evolutie van de marktaandelen wijst uit dat het marktaandeel van Telenet sedert jaren daalt, (iii) de prijsdruk op de kabeloperatoren kan alleen maar toenemen, (iv) de impact van multiple play is fout beoordeeld en (v) de markt kent een toenemende dynamiek wegens toetredingen, innovatie en convergentie.

Onderdelen van deze punten worden ook beantwoord binnen het bestek van de kritiek die door Telenet wordt geformuleerd over de rubriek ‘marktmacht’ en in de mate ze hierna niet in het bijzonder worden behandeld, verwijst het hof ook naar de desbetreffende redengeving.

100. In het algemeen geven de bestreden beslissingen aan dat het dynamisme in de relevante markt schaars is en ze vermelden in dat verband dat de marktaandelen van de kabeloperatoren met aanmerkelijke marktmacht maar langzaam afnemen, dat de kabeloperatoren geen prijsdruk van betekenis ondergingen met de komst van Belgacom en dat de multiple play aanbiedingen het klantenverloop doen vertragen.



Over het belang van de analoge functionaliteit is boven onder de randnummers 92 - 93 al aangegeven dat ze een toetredingsdrempel vormt omdat Telenet de enige operator is in het Nederlandse taalgebied die ze aanbiedt en ze de basisdienst vormt voor abonnees met verscheidene toestellen, dat die abonnees talrijk zijn en dat ze in de komende jaren (beschouwd vanuit 2011) zeer waarschijnlijk talrijk in aantal zullen blijven.

Deze laatste passus houdt in dat de CRC dit aspect wel degelijk prospectief heeft benaderd.

Die inschatting is overigens bewaarheid door de situatie die de relevante markt te zien geeft tijdens de reguleringsperiode: volgens het jaarrapport van Telenet zelf keek per einde 2012 nog meer dan 25% van haar abonnees uitsluitend analoog. Verder is uit de analyse van de CRC posterieur marktonderzoek (Profacts) gebleken dat een meerderheid van die abonnees aangeeft dezelfde operator te verkiezen in geval van overstap naar digitale televisie, hetgeen bevestigt dat ze uit dien hoofde over een aanzienlijke potentiële 'digitale klantenportefeuille' beschikt. Zou Telenet beslissen om het analoge aanbod niet langer te handhaven, dan zouden haar analoge abonnees massaal (moeten) overstappen naar een aanbod van digitale televisie en zou zij die klanten niettemin overwegend bewaren.

Verder neemt een zeer grote meerderheid van de digitale kijkers deze dienst af met een of meer andere vaste diensten of mobiele telefonie, waardoor een overstap wordt afgeremd.

101. Betreffende de daling van het marktaandeel van Telenet moet worden vastgesteld dat de toetreding van Belgacom tot de markt in 2005, niet heeft belet dat Telenet in 2011 nog een aandeel van 70% tot 80% kon behouden en dat er ten tijde van de bestreden beslissingen geen onmiskenbare redenen waren om aan te nemen dat tijdens de gereguleerde periode, die in principe slechts tot 1 juli 2014 reikte, de daling van dat marktaandeel zou versnellen.

De beslissingen (VRM, 617, BIPT-N 623, CSA 676) geven voor de dekkingszone van Telenet een concentratiegraad aan van 7738 (Herfindahl-Hirschman index), hetgeen aangeeft dat het om een zeer geconcentreerde markt gaat (een indexwaarde boven de 2000 volstaat al om van een geconcentreerde markt te gewagen).

Overigens verhindert een dalend marktaandeel van een dominante onderneming, zoals Telenet, niet de vaststelling dat de kleinhandelsmarkt voor televisieomroepdiensten niet neigt naar daadwerkelijke mededinging. In dit verband wordt nogmaals verwezen naar de reeds geciteerde Richtsnoeren inzake aanmerkelijke marktmacht [document 2002/C 165/03 van 11 juli 2002, punt 75] en de Toelichting bij de Aanbeveling 2007 [document SEC (2007) 1483 final, p.10].

Ook werd al vastgesteld dat tot dusver enkel van Belgacom significante concurrentiedruk op Telenet uitgaat, zij het zonder tot dusver prijsdruk van betekenis te veroorzaken.



Immers Alpha Networks (Billi) bedient slechts 3 gemeenten uit het dekkingsgebied van Telenet en het Snow-aanbod van KPN is kwalitatief inferieur en bracht voor Telenet ook nauwelijks klantenverlies (rapport van Goldman Sachs, 13 juni 2013, die de CFO van Telenet citeert).

Mobistar van haar kant is met haar satellietaanbod sedert september 2013 zelfs van de markt verdwenen en van DVB-T en OTT, die tijdens de door de CRC beschouwbare periode een geringe betekenis hebben, ging tot dusver helemaal geen druk uit op Telenet.

102. Over de prijsdruk op Telenet heeft de CRC met reden vastgesteld dat niettegenstaande de toetreding van Belgacom tot de markt, de prijzen van alle kabeloperatoren niet zijn gedaald, maar integendeel zijn blijven stijgen, zowel voor het digitale aanbod als voor het analoge basispakket. Indien er toetreding is van een nieuwkomer, zou men verwachten dat de operator met marktmacht zijn prijs niet verder kan verhogen indien van die toetreding terdege concurrentie uitgaat, tenzij met die verhoging substantieel verlies van marktaandeel gepaard gaat. Dit laatste is evenwel niet het geval gebleken.

De prijsregulering waarvan Telenet gewag maakt, betreft trouwens enkel haar basisabonnements. Voor alle overige diensten, die door de abonnee naar keuze kunnen worden afgenomen, zet ze haar prijs vrij.

Verder voert Telenet wel aan dat de prijsstijgingen tijdens die beschouwde periode enkel gelijke tred hebben gehouden met de inflatie en daaruit voortvloeiende kostenstijgingen (12% stijging van de prijs van het abonnement tegenover 13,4% inflatie), maar zelfs indien dit juist zou blijken, doet het niets af aan de vaststelling dat de toetreding van Belgacom dan in elk geval haar niet heeft belet om prijzen in reële termen constant te houden.

De voorbije drie reguleringsjaren hebben de vooruitzichten van de CRC bevestigd: de andere platformen hebben alleszins onvoldoende druk gebracht om Telenet van welke prijsstijging ook te doen afzien: ook voor 2014 kondigde Telenet trouwens nog een prijsverhoging aan voor haar vaste diensten.

103. Over het door de CRC aangenomen vertragend effect van het aanbod van 'multiple play' op het concurrentieel worden van de markt, betoogt Telenet hoofdzakelijk dat alternatieve operatoren eveneens multiple play bundels aanbieden met televisie, internet en telefonie en dat economisch onderzoek heeft uitgewezen dat verhoging van het aantal multiple play aanbieders de concurrentie versterkt.



De betekenis van andersluidende verklaringen van haar managers hierover, die het hadden over het geringere klantenverloop in verband met succes van multiple play, zou ernstig moeten worden gemilderd.

Tot staving van haar thesis stelt ze ook nog dat, mocht de stelling van de CRC worden gevolgd, een toename van het aantal multiple play-klanten voor gevolg zou moeten hebben dat Telenet minder televisieklanten gaat verliezen, terwijl uit haar bedrijfsgegevens blijkt dat dit verlies grotendeels constant is gebleven.

104. De aldus geformuleerde thesis is in zoverre niet pertinent dat de evolutie in het verlies van klanten niet in een uitsluitend verband hoeft te staan met het aanbod van 'multiple play'. Aannemelijk is dat een deel van de verloren klanten Telenet heeft kunnen verlaten voor redenen die geen enkel verband houden met het aanbod multiple play; zonder multiple play had ze net zo goed meer abonnees kunnen verliezen.

Verder merkt de CRC met reden op dat multiple play geen markt op zich vormt en die aanbiedingen in het voorliggende verband enkel relevant zijn in de mate ze een TV-aanbieding bevatten. Nu gebleken is dat de TV-component daarbij de belangrijkste factor vormt, beschikken de kabeloperatoren in het multiple playaanbod ook over sterkere troeven dan de alternatieve operatoren.

Overigens lijkt het belang van het economisch onderzoek waarvan Telenet gewag maakt, te moeten worden gerelativeerd, aangezien ook onderzoek voorhanden blijkt dat tot de conclusie van het tegendeel van haar thesis besloot (voetnoten: 743 conclusie CRC en 812 conclusie Belgacom: J. PRINCE en S. GREENSTEIN, "*Does Service Bundling Reduce Churn?*", april 2013 ).

Ten slotte vindt haar stelling over aangescherpte concurrentie ook geen steun in het gegeven dat Telenet en Belgacom met multiple play strijden om elke klant. Mobistar merkt hierover terecht op dat de strijd tussen de twee belangrijkste omroepoperatoren niet betekent dat alle operatoren op gelijke wijze in staat worden gesteld om multiple play formules aan te bieden, maar bevestigt het integendeel dat indien ze geen toegang krijgen tot de kabel- of IPTV-infrastructuur, ze concurrentieel kansloos zijn.

105. De marktdynamiek ten slotte, waarover Telenet stelt dat hij tijdens de reguleringsperiode al voldoende vormt krijgt om aan te nemen dat de markt naar mededinging neigt, betreft drie factoren die al werden beschouwd en niet van voldoende belang werden geacht: toetreding tot de markt, technologische innovatie en convergentie in de aanbiedingen.



Over de toetreding van operatoren tot de markt, werd al aangegeven dat Telenet in haar dekkingsgebied in werkelijkheid maar één concurrent heeft: Belgacom.

Vergeleken met de aantallen abonnees die door Belgacom en Telenet worden bediend, gaat het met de alternatieve operatoren Alpha Networks (Billi) en KPN (Snow) over marktaandeelen van amper enkele procenten, die staan voor territoriaal gelocaliseerde of zelfs kwalitatief minder aantrekkelijke aanbiedingen. Voor geen van die aanbiedingen waren er anno 2011 redelijke verwachtingen te koesteren dat ze zouden kunnen doorbreken. Voor Mobistar werd anderzijds zelfs een verwachting uitgedrukt dat ze van de kleinhandelsomroepmarkt kon verdwijnen.

Voor de impact van de multicastfunctionaliteit -opgelegd aan een operator met aanmerkelijke marktmacht op een parallelle groothandelsmarkt van de notionele groothandelsomroepmarkt-, waarvan trouwens met reden ook niet werd aangenomen dat ze al voldoende operationeel zou zijn tijdens de reguleringsperiode, kan logischerwijze maar moeilijk worden aangenomen dat ze een grondslag zou kunnen vormen om de operatoren die dominant zijn op kleinhandelsmarkt omroepmarkt zelf van groothandelsverplichtingen te ontslaan en aldus de competitiviteit op de kleinhandelsmarkt te bereiken.

De factor OTT (online televisie) ten slotte heeft wel zijn belang als ontwikkeling, maar behoort volgens de analyse per 1 juli 2011 niet tot de relevante markt.

De commerciële toepassingen ervan hebben tijdens de reguleringsperiode ook geen omvang van betekenis gekregen: één ervan is stopgezet (Nomade) en een ander (Steevie) is tegen de geplande datum van december 2013 niet gestart.

Die aanbiedingen houden voor de gegadigde trouwens ook een factor van onzekerheid in wegens de afhankelijkheid van een internetabonnement en de kosten verbonden aan maximaal toegelaten data verbruik bij dat abonnement.

106. Uit al die elementen blijkt dat de CRC wel degelijk een prospectieve inschatting heeft gemaakt, waarbij ze zich met reden voorzichtig heeft opgesteld en redelijke, niet-speculatieve vooruitzichten heeft aangenomen.

Ze behoorde geen theoretische mogelijkheden over gebeurtenissen in haar afweging te betrekken maar kon volstaan met te steunen op verifieerbare en aannemelijke elementen.

Er kan dan ook niet worden aangenomen dat de CRC bij de behandeling van het tweede criterium een manifeste beoordelingsfout heeft gemaakt.



Ze heeft dan ook met reden besloten dat de relevante markt tijdens de te beschouwen en thans verstreken reguleringsperiode niet neigt naar daadwerkelijke mededinging.

Hierover kan trouwens nog worden opgemerkt dat de Europese Commissie de beoordeling door de CRC over het neigen naar daadwerkelijke mededinging niet in vraag heeft gesteld. Integendeel heeft ze in haar opmerkingen van 8 augustus 2013 over de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie aangegeven dat deze verplichting eerst behoorde te worden ingetrokken *‘zo gauw de marktstructuur meer neigt naar competitieve dynamiek’* (vertaling uit het Engels). Daarmee bevestigde ze tegelijk impliciet dat dit toen nog niet het geval was.

107. Over de toets van het derde criterium, dat het mededingingsrecht op zich ontoereikend is om de marktverstoring te verhelpen, wordt op zich geen betwisting gevoerd.

De bestreden beslissingen verklaren dit nader voor ieder van de kabeloperatoren.

Het probleem dat met het mededingingsrecht op zich niet kan worden verholpen, bestaat er essentieel in dat concurrenten geen toegang kunnen afdwingen tot de kabelinfrastructuur en de kabelnetwerkdiensten.

108. De algemene conclusie met betrekking tot de drie-criteria-toets luidt dan ook terecht voor ieder van de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren, dat de drie criteria zijn vervuld, zodat er rechtvaardiging bestaat voor regulering ex-ante.

#### **(4) de aanmerkelijke marktmacht**

109. Onder haar zesde middel betoogt Telenet dat uit de analyse van de drie criteria niet kon worden besloten dat ze een aanmerkelijke marktmacht bezit. Een aantal punten van kritiek wettigen volgens haar de conclusie dat wegens aangenomen onjuiste feitelijke premissen de geanalyseerde aanmerkelijke marktmacht niet wordt aangetoond.

De conclusie over de aanmerkelijke marktmacht steunt volgens haar hoofdzakelijk op het gegeven over haar marktaandeel en op de afwezigheid van prijsdruk. Indien de markt juist ware afgebakend, bedroeg haar marktaandeel niet meer dan 40% tot 45% en kon geen vermoeden van aanmerkelijke marktmacht worden aangenomen, zo luidt de thesis. Daarenboven slinkt dit aandeel voortdurend: tussen januari 2009 en 30 juni 2013, verloor Telenet 305.000 abonnees.



Ook het in aanmerking nemen van de andere ondersteunende gegevens bij die twee hoofdargumenten zou berusten op een foute inschatting van hun betekenis: de infrastructuur hoeft niet gedupliceerd te worden en dus bestaat er geen moeilijk te dupliceren infrastructuur, het belang van analoge televisie neemt af en de multicastfunctionaliteit is ter beschikking van de alternatieve operatoren.

110. De appreciatie door de CRC van de feiten die door haar in aanmerking worden genomen om tot aanwezigheid van aanmerkelijke marktmacht te besluiten, verschilt materieel niet van deze die ze heeft geformuleerd bij de analyse van de drie criteria.

Werden de feiten van die analyse niet kennelijk foutief beoordeeld, dan kan hun aanvoering in verband met aanmerkelijke marktmacht op zich evenmin fout zitten.

Wat de toegangsdrempels betreft waarvan de CRC gewag maakt, moet worden overwogen dat deze op zich geen doorslaggevende betekenis hebben voor de vaststelling van de aanmerkelijke marktmacht, maar in het geval van Telenet, bijkomende argumenten leveren voor het bestaan van die macht.

Zodoende, zelfs indien de CRC op dat punt bekritiseerbare appreciaties zou hebben verwoord, dan nog zou dit de draagkracht van haar standpunt in zake marktmacht niet ondergraven.

Evenwel werd boven al aangenomen dat geen van de feiten die binnen het bestek van de analyse werden onderzocht een kennelijke beoordelingsfout oplevert.

De enige vraag blijft dan of het geheel van de aanvoeringen de conclusie in zake aanmerkelijke marktmacht kunnen wettigen.

111. Met verwijzing naar artikel 14 van de kaderrichtlijn wordt in de Richtsnoeren (punt 75) gesteld dat een onderneming wordt geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij *'(...) een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen'*. Verder wordt onder punt 75. gesteld dat het bestaan van een machtspositie wordt *aangetoond 'aan de hand van een aantal criteria en een dergelijke beoordeling is gebaseerd op een prospectieve marktanalyse uitgaande van de geldende marktvoorwaarden.'*

Volgens punt 75 van de richtsnoeren is marktaandeel van boven de 50% op zichzelf in de regel toereikend om tot aanmerkelijke marktmacht te besluiten. Ze vermelden verder een reeks bijkomende criteria die kunnen gebruikt worden om te bepalen of een onderneming een machtspositie heeft. Deze kan voortvloeien uit een combinatie van deze criteria, terwijl ieder daarvan afzonderlijk niet noodzakelijk bepalend hoeft te zijn (punten 75-79).



112. De CRC heeft haar redengeving in zake de aanmerkelijke marktmacht opgebouwd vanuit de vaststelling dat alle kabeloperatoren in hun dekkingsgebied over zeer hoge marktaandelen beschikten, die ondanks enige afname gedurende de laatste jaren, nog steeds boven de 70% zijn gebleven. Andere operatoren op de relevante markt hebben daarentegen een veel kleiner marktaandeel,

Daarnaast heeft ze vastgesteld dat de toetreding tot de markt van Belgacom en Alpha Networks (Billi) vanaf 2005, slechts een verwaarloosbare prijsdruk heeft uitgeoefend: alle kabeloperatoren hebben verschillende prijsverhogingen van hun analoog en digitaal TV-abonnement doorgevoerd.

Vervolgens heeft de CRC nog vijf andere relevante factoren in de afweging betrokken, die cumulatief alle kunnen wijzen op het bestaan van aanmerkelijke marktmacht: (1) de beschikking over infrastructuur die niet valt te dupliceren, hetgeen een belemmering tot markttoetreding betekent, (2) de aanwezigheid van verschillende overstapdrempels waaronder de mogelijkheid om meerdere TV's aan te sluiten zonder bijkomende kosten, administratieve en technische drempels, de opkomst van multiple playaanbiedingen waarbij de TV-component vaak de beslissende factor is, en de grote historische TV-klantenbasis, (3) de beschikking over een reeks van schaal-en breedtevoordelen, (4) de afwezigheid van aankopersmacht in hoofde van de afnemers en (5) het feit dat alle kabeloperatoren reeds over een bestaand distributie-en verkoopnet beschikken. Ook zijn alle kabeloperatoren verticaal geïntegreerde bedrijven.

113. Over de marktaandelen van de operatoren en de betekenis die er wordt aan gegeven, wordt door Telenet aangevoerd dat de cijfers foutief werden samengesteld en dat onvoldoende rekening werd gehouden met de dalende trend ervan evenals met de concurrentiële druk die uitgaat van alternatieve platformen.

In zoverre die grief steunt op de voorgehouden onjuiste geografische afbakening van de relevante markt, kan hij niet worden beaamd nu die afbakening niet bekritiseerbaar is.

Verder werden de marktaandelen bepaald volgens het aantal abonnees (volume) van de operatoren en niet volgens de gerealiseerde omzet (waarde van de afgenomen diensten), hetgeen strookt met de richtsnoeren van de Europese Commissie (punt 76), nu het bestaan van een markt voor gebundelde producten of diensten niet werd aangenomen en het gaat om homogene producten wanneer abstractie wordt gemaakt van het onderscheid tussen digitale en analoge televisiesignalen.

Ook op dit punt treft de kritiek geen doel.





114. Volgens de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie levert een marktaandeel van meer dan 40% op zich een ernstige aanwijzing voor het bestaan van aanmerkelijke marktmacht en volgens het Europees Hof van Justitie wordt uit een marktaandeel van méér dan 50% in de regel het bestaan van aanmerkelijke marktmacht afgeleid, behoudens bij uitzonderlijke omstandigheden (richtsnoeren, punt 75), en voor zover dit aandeel stabiel is gebleven.

Ook staat het enkele verlies van marktaandeel niet in de weg aan het bestaan van aanmerkelijke marktmacht. Zodoende behoorde de CRC uit de daling van het marktaandeel van Telenet, dat in 2013 nog 70% van de markt bereikte -en voordien tussen 70% en 80% lag- niet af te leiden dat de marktmacht niet meer bestond.

Die conclusie wordt overigens niet beïnvloed door de mogelijke incidentie van de multicastverplichting, die trouwens drie jaar na de beslissing van 1 juli 2011 nog niet operationeel is. De CRC rekent voor dat zelfs indien alle huidige klanten van de alternatieve operatoren naar die functionaliteit zouden overstappen, het marktaandeel van Telenet nog altijd tot boven de 50% zou reiken.

Verder heeft de CRC vastgesteld dat de toetreding van nieuwe operatoren tot de markt vanaf 2005, de kabeloperatoren niet heeft belet om verschillende prijsverhogingen van hun analoog en digitaal TV-abonnement door te voeren en in conclusies geeft ze aan dat Telenet ook in 2013 haar prijzen nog heeft verhoogd.

Hieruit heeft ze terecht afgeleid dat er door de nieuwkomers geen prijsdruk van betekenis kon worden uitgeoefend en dat de kabeloperatoren op verre gaande prijsafhankelijkheid kunnen bogen.

115. De bepaling van het marktaandeel van Telenet, houdt rechtstreeks verband met de geografische afbakening van de relevante markt tot haar dekkingsgebied.

Boven is al aangenomen dat de bestreden beslissingen op dit punt niets kan worden verweten. Zodoende volgt de conclusie dat het marktaandeel van Telenet sinds 2006 met 90% tot 70% op een zeer hoog niveau blijft.

Verder is de bevinding inzake de aanmerkelijke marktmacht van Telenet gestoeld op een combinatie van verschillende feitelijke elementen, die ieder adequaat werden ingeschat.

In zake de prijszetting die Telenet toepast, heeft de CRC vastgesteld dat haar prijzen voor een digitaal abonnement tijdens de periode 2005-2010 hoger lagen dan die van haar concurrent en dat ze verschillende malen zijn gestegen en ze niettemin een zeer hoog marktaandeel kon behouden.

Het bestaan van relatieve prijsafhankelijkheid bleek aldus een logische conclusie.



Over de analoge televisie, die Telenet in haar dekkingsgebied als enige kan aanbieden, werd vastgesteld dat het een factor van substantieel belang blijft wegens de klantenreserve die ze Telenet biedt, ook bij het bewegen tot overstap naar digitale televisie.

Betreffende de multicastfunctionaliteit werd boven ook al gesteld dat ze als zodanig bij de beoordeling niet kon doorwegen, zonder de 'modified greenfield'-benadering te miskennen, nu ze wel tot een stroomopwaarde maar parallelle markt behoort en post factum beschouwd tijdens de reguleringsduur niet eens operationeel kon worden.

116. Er zijn geen uitzonderlijke omstandigheden die de conclusie in zake aanmerkelijke marktmacht, afgeleid uit het marktaandeel en de ondersteunende omgevingsfactoren, kunnen ondergraven.

117. Uit al die gegevens moet worden besloten dat de CRC op goede gronden kon aannemen dat het marktaandeel van Telenet en haar relatieve prijsafhankelijkheid op zich wijzen op aanmerkelijke marktmacht in het dekkingsgebied van Telenet zodat de toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard die ze heeft onderkend, de conclusie in zake die aanmerkelijke marktmacht alleen maar bijkomend onderbouwen, voor zover ze dit nog behoorden te doen.

Zodoende heeft de CRC op wettige wijze kunnen besluiten dat Telenet aanmerkelijke marktmacht bezit.

**(d) over de remedies.**

118. In het algemeen dient vooraf te worden aangegeven dat het boven aangegeven reglementair kader de regelgevende autoriteit noopt tot maatregelen ex ante wanneer de analyse van de markt leidt tot de conclusie dat een operator aanmerkelijke marktmacht bezit (artikel 16. 4 Kaderrichtlijn)

Gegeven dat die marktmacht werd vastgesteld in hoofde van Telenet, staat buiten kijf dat remedies vereist zijn.

In zoverre kan de wettigheid van de maatregelen niet worden betwist.

Ook kan worden vastgesteld dat sedert de datum van die beslissingen op de door de beslissingen gereguleerde markt geen enkele evolutie is waargenomen zodat vanuit dat oogpunt geen steun te vinden valt voor de stelling dat de vastgestelde problemen zich oplossen zonder regulering.



**(1) de verplichting om toegang te verlenen tot het digitaal platform.**

119. Over deze verplichting stelt Telenet vooreerst dat de beschikbaarheid van de multicastfunctionaliteit op de stroomopwaartse markt voor toegang tot bitstream op groothandelniveau maakt dat deze verplichting niet noodzakelijk is en evenmin proportioneel.

Onder verwijzing naar de artikelen 9, 4° van de Toegangsrichtlijn en 8 van de Kaderrichtlijn luidt de argumentatie in dit verband hoofdzakelijk dat de noodzaak en proportionaliteit moeten ingevuld worden vanuit een 'greenfield' benadering (er wordt niet gereguleerd op kleinhandelniveau als het na te streven doel op de stroomopwaartse groothandelsmarkt kan worden gerealiseerd).

Ze haalt aan dat de bestreden beslissingen aangeven dat de toegang vereist is om alternatieve operatoren de mogelijkheid te geven om digitale omroepdiensten te kunnen aanbieden in het kader van multiplay-aanbiedingen. Anderzijds gaf de ontwerpbeslissing betreffende de markten 4 en 5 aan dat de multicastverplichting beoogde om de levering van televisiediensten via bitstream door alternatieve operatoren aan eindgebruikers technisch en economisch haalbaar te maken.

120. De verwijzing naar de multicastfunctionaliteit, die stoelt op de beslissing van de CRC in zake 'de markten 4 en 5', die dateren van dezelfde datum als de bestreden beslissingen, berust in wezen op de stelling dat de eerstgenoemde beslissing de toegang tot het digitaal platform voor het aanbieden van televisiediensten overbodig maken.

Daargelaten de vraag of een beslissing die een op een kleinhandelsmarkt vastgesteld probleem in zake televisieomroep beoogt te verhelpen binnen het bestek van een 'greenfield'-benadering dient rekening te houden met de beslissing die gelijktijdig is genomen over een niet verticaal gesitueerde groothandelsmarkt in zake bitstream, maar die nog niet aan daadwerkelijke uitvoering toe is, kan in elk geval niet worden aangenomen dat het enkele bestaan van die beslissing volstaat om te stellen dat de kleinhandelsmarkt geen regulering behoeft.

Ook geringe toetreding die zich tijdens de reguleringsperiode zou kunnen voordoen, volstaat niet (cfr. Toelichting van de Commissie bij haar Aanbeveling 2007 over de relevante product- en dienstenmarkten p. 8).

Daarmee is niet gezegd dat de uitwerking van de beslissing over de groothandelsmarkt een grootschalig effect dient bereikt te hebben vooraleer een impact in de afweging kan worden meegenomen, maar in ieder geval dient naar rede aannemelijk te zijn dat binnen de loop van de reguleringsperiode de markttoetreding in die mate effectief zal zijn dat er concurrentiedruk zal ontstaan.



Overigens moet worden opgemerkt dat de beide verplichtingen volkomen gescheiden netwerken reguleren (DSL versus kabel). De breedbandmarkten zijn ook niet stroomopwaarts gesitueerd van de notionele wholesalemarkt van de levering van televisiesignalen via kabel, waarvan ze geheel onafhankelijk zijn. De kabeloperatoren gebruiken op de kleinhandelsmarkt overigens geen enkel gereguleerd product van Belgacom in hun relaties met niet-professionele abonnees.

121. De CRC heeft over het belang van de uitwerking van de multicastfunctie reserves geformuleerd voor de lopende reguleringsperiode (VRM 558, BIPT-N 564, CSA 557) zowel wegens de duur om operationeel te worden als de noodzaak een zekere kritische massa te bereiken- en hierover kan post factum beschouwd alleen maar worden vastgesteld dat ze terecht waren aangezien markttoetreding op basis van gereguleerde toegang tot de multicastfunctie er tot dusver nog niet is geweest.

Zelfs indien zou worden aangenomen, zoals Telenet voorhoudt, dat wegens de plaats van de multicastfunctionaliteit op de volgens haar stroomopwaarts gelegen groothandelsmarkt van televisiesignalen via DSL en de regulering hiervan, de regulering op de volgens haar stroomafwaartse gelegen kleinhandels omroepmarkt niet op zijn plaats is, dan zou het niettemin een foute inschatting geweest zijn om aan te nemen dat van de principiële beslissing om Belgacom de multicastverplichting op te leggen er tijdens de reguleringsperiode enige concurrentiedruk zou ontstaan op het vlak van de kleinhandelsmarkt inzake omroepdiensten.

De regulering van die beweerde stroomopwaartse markt kon bijgevolg niet volstaan, zodat niet kan worden aangenomen dat de greenfield-benadering werd miskend door de kleinhandelsomroepmarkt te reguleren.

122. De CRC merkt in haar conclusies verder met reden op dat multicast geen oplossing biedt voor het analoge televisieaanbod en evenmin voor een separaat televisieaanbod, aangezien multicast precies berust op de breedbandtoegang, terwijl de beide vermelde groepen abonnees samen tot 50% van de televisieomroepmarkt vormen, hetgeen door Telenet niet wordt tegengesproken. Regulering van de kabel en multicast kunnen dus geen equivalent bieden.

Ze beargumenteert verder met cijfers dat ook voor de multiplay aanbiedingen de multicast slechts een beperkte impact zou kunnen hebben en wordt ook op dit punt niet tegengesproken.

De gevolgde gedachtegang luidt dat de alternatieve operator de abonnee tot de multiplayaanbieding zou moeten bewegen door hem aan te trekken op basis van de televisie die geleverd wordt via multicast. Volgens een redelijke verwachting op korte termijn zou in geval van verdubbeling van het aantal klanten van de alternatieve operatoren op basis van multicast een verschuiving van 240.000 klanten voor gevolg hebben dat het totale aantal abonnees dat de kabeloperatoren zou verlaten -bestaande klanten van internetoperatoren inbegrepen- niet meer bedragen dan 400.000, wat minder bedraagt dan 10% van het totale aantal TV-aansluitingen.

De weerslag van de eventuele competitieve reactie van de kabeloperatoren, die zouden beogen om de weerslag van de multicast op de omroepmarkt te verminderen, wordt in dat geval niet eens in de rekening betrokken.

123. Een tweede kritiek van Telenet slaat op de disproportionaliteit en in verband hiermee het gebrek aan motivering. Het betreft de toepassing van artikel 8 §1 van de kaderrichtlijn.

Ze haalt inzonderheid aan dat de beslissingen geen gewag maken van een kosten-batenanalyse en dat ook het administratief dossier deze analyse niet bevat.

Met verwijzing naar de Toelichting bij de Aanbeveling (p.14) betoogt ze dat slechts het minimum kan worden opgelegd dat noodzakelijk is om het te realiseren doel te bereiken ('de minimale interventie').

Evenwel zouden de beslissingen in het midden laten of de verplichting een gunstig effect voor de mededinging zou hebben. Zelfs zou onzeker zijn of er effectief vraag is naar toegang tot het digitaal platform: alle alternatieve operatoren zouden een voorkeur hebben voor IPTV.

Die onzekerheden zouden negatief doorwegen op de proportionaliteit van de verplichting.

Verder maakt ze gewag van het ongunstig effect van de verplichting op de investeringsprijkkels voor de alternatieve operatoren en op de ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie.

124. Vooreerst dient te worden opgemerkt dat de Richtsnoeren van 11 juli 2002 over het punt van de evenredigheid (punt 118) aangeven dat dit beginsel inhoudt '*dat de middelen die worden gebruikt om een bepaald doel te bereiken, zich dienen te beperken tot hetgeen passend en noodzakelijk is om dat doel te realiseren*'. Over de middelen die legitiem kunnen worden ingezet om het doel te bereiken, wordt verder aangegeven dat ze dienen '*niet alleen noodzakelijk maar ook zo min mogelijk belastend te zijn, d.w.z. zich te beperken tot het minimum dat noodzakelijk is om het doel te bereiken*'.



Aldus geformuleerd, vergt de naleving van het beginsel dat de nationale regelgevende instantie die een doelstelling heeft gesteld, verantwoordt waarom ze een bepaalde regulering noodzakelijk en doeltreffend acht en aangeeft hoe naar redelijke normen beschouwd de veroorzaakte belasting ervan niet kan worden vermeden.

Het gaat daarbij niet om een rekenkundige afweging maar om een doelgebonden verantwoording die niet per se berust op cijfermatige gegevens.

Er is dus geen algemeen voorschrift dat het maken van een ‘kosten-baten’ analyse in de technische betekenis van een financiële evaluatiemethode als onderdeel voor de afweging van de remedies bij een marktanalyse oplegt.

125. Over de doelstelling bij het opleggen van verplichtingen geven de beslissingen aan dat ze beogen de vastgestelde marktbelemmeringen weg te werken en met name de toetredingsdrempels weg te werken en aldus met nieuwe toetreding en dynamisme op de relevante markten te bevorderen (VRM 777-779).

Met het stimuleren van daadwerkelijke concurrentie wordt als prioritaire doelstelling beoogd om de dienstenconcurrentie te stimuleren en aldus de belangen van de eindgebruikers te bevorderen wat de keuze, prijs en kwaliteit betreft.

Volgens de CRC vergt zulks dat de potentiële toetreders en de aanwezige operatoren op de relevante kleinhandelsmarkt in staat moeten gesteld worden om een volwaardig concurrerend aanbod op de markt te brengen waarmee ze een duurzame klantenrelatie kunnen uitbouwen (VRM 782).

Er bestaat geen betwisting over dat deze doelstelling haar legitieme plaats heeft in het reglementair kader.

126. Betreffende de proportionaliteit van de verplichting om toegang te verlenen tot het digitaal platform geven de bestreden beslissingen aan dat de alternatieve operatoren toegang dienen te krijgen om te kunnen concurreren met de SMP-operator en dat deze operatoren slechts een zeer geringe bandbreedte zullen gebruiken, zelfs indien er kanalen zouden worden toegevoegd. Zou de SMP-operator het netwerk toch moeten upgraden, dan zou dit niet alleen toe te schrijven zijn aan de komst van een alternatieve operator en zouden eventuele innovaties hoe dan ook door de eerstgenoemde zijn toegepast.

Verder wordt gesteld dat de verplichting beantwoordt aan een markt vraag, dat Belgacom van de toegang wordt uitgesloten, nu deze over een infrastructuur beschikt die het dekkinggebied van alle operatoren omspannt, en dat onredelijke verzoeken tot toegang kunnen worden geweigerd.



Ook de uitvoeringstermijn voor de opgelegde verplichting is volgens Telenet disproportioneel kort en zou haar bedrijfsorganisatie in het gedrang brengen.

127. Mobistar bevestigt dat ze vragende partij is om toegang te krijgen tot het digitale platform van de kabeloperatoren en licht toe dat ze al geruime tijd digitale televisie aan haar aanbod wilde toevoegen in een poging om haar klantenbestand te behouden.

Bij ontstentenis van een commercieel aanbod hiertoe heeft ze gepoogd om een gebundeld aanbod met satelliet-TV in de markt te plaatsen, maar zonder succes.

Er kan dan ook geen twijfel over bestaan dat de opgelegde verplichting aan een behoefte van de markt beantwoordt.

128. Over de kosten die met het daadwerkelijk realiseren van die toegang gepaard gaan, moet worden opgemerkt dat ze enerzijds gedeeltelijk eenmalig zijn voor de investeringskost en anderzijds, wat de ermee verbonden exploitatiekost betreft, ook niet geheel op de kabeloperator drukken, aangezien met het formuleren van een referentieaanbod ook een kostprijs verbonden is ten laste van de alternatieve operator.

Aldus dienen zowel de kabeloperator als de alternatieve operator zich efficiënt te gedragen.

De omvang van die investeringskost wordt door de CRC gesitueerd in een vork van 5 tot 16 miljoen per operator. Telenet betwist dit bedrag, maar laat in het ongewisse hoeveel hij daadwerkelijk belooft. Met de CRC kan opgemerkt worden dat Telenet in geen enkele van haar financiële publicaties heeft melding gemaakt van de ernst die deze kost voor haar zou veroorzaken, zodat moet worden aangenomen dat haar financiële draagkracht er niet wordt door aangetast.

Verder dient te worden overwogen dat, zo het operationeel maken van het aanbod tot toegang een belangrijke impact zou hebben op de capaciteit van het netwerk, aldus begrepen dat investeringen vereist zijn om bijkomende capaciteit te creëren met het oog op toevoeging van zenders en dienstverlening op verzoek van de alternatieve operatoren en het beheer van de hiermee verbonden systemen, die uitbreiding ook de eigen dienstverlening van de kabeloperator ten goede komt.

Die bijkomende capaciteit lijkt overigens in eerste instantie geen verband te zullen houden met een toename van het aantal te bedienen abonnees, die door de alternatieve operator zouden worden meegebracht naar het kabelnetwerk aangezien mag worden aangenomen dat het deze laatsten er in de eerste plaats om te doen is klanten van Telenet te doen overstappen naar een ander aanbod op dezelfde kabel.



129. Telenet ziet voorts ook onevenredigheid in de bedrijfsstoornis die haar wordt berokkend, wegens capaciteitsproblemen, veiligheidsproblemen, verlies van flexibiliteit en ook interoperabiliteitsproblemen.

In het algemeen moet ook op dit punt worden opgemerkt dat drie jaar na de datum van de bestreden beslissingen, Telenet niet voorbij het stadium van de geuite vrees komt, maar drie jaar na de beslissingen van geen reeds effectief ontmoete implementatieproblemen gewag maakt. Zodoende is de termijn van zes maanden voor de implementatie van de opgelegde verplichting niet onredelijk kort gebleken.

Mochten die problemen alsnog voorvallen, dan staat niets eraan in de weg dat een verzoek om toegang desgevallend als onredelijk zou worden verworpen of dat de termen van het kwalitatieve referentieaanbod ter heroverweging aan de regulator zou worden voorgelegd. Inzonderheid op het vlak van de interoperabiliteit leggen de bestreden beslissingen geen standaarden of technische oplossingen op, maar laten zij aan de operatoren de vrijheid om de oplossing voor te stellen die doeltreffend is in functie van hun uitrusting (VRM 909), precies om onevenredige verplichtingen te vermijden.

Uit al deze elementen moet worden besloten dat zo de bestreden beslissingen technische problemen met zich brengen, er geen concrete aanwijzingen zijn dat ze dermate zouden kunnen doorwegen dat ze een onevenredige last opleggen.

130. Overigens dient in aanmerking te worden genomen dat de bestreden beslissingen Telenet niet enkel verplichtingen met een kostprijs ten laste leggen maar haar ook recht verleent op toegang tot de netwerken van de andere kabeloperatoren, hetgeen haar perspectief geeft op uitbreiding van haar geografisch klantenbestand.

Het is immers één van de doelstellingen van de regulering om een gunstig effect te creëren voor de eindgebruikers, die een ruimer aanbod zouden moeten kunnen krijgen op het vlak van prijs, inhoud en kwaliteit. Dit laatste is trouwens als expliciete doelstelling verwoord door wetgevers (artikel 6, 1° van de wet van 13 juni 2005; artikel 96, tweede lid SMA-decreet).

131. Ten slotte kunnen de bestreden beslissingen ook niet worden bekritiseerd waar ze met het oog op het opvoeren van de mededinging tijdens een eerste stadium mikken op een dienstenconcurrentie, waardoor investeringsmiddelen kunnen worden gegenereerd voor infrastructuurconcurrentie op een hoger investeringsniveau.

Eerder werd immers al beaamd dat het dupliceren van de infrastructuur een vrijwel niet te realiseren opdracht vormt en aldus overigens een hoge toetredingsdrempel veroorzaakt. Het valt dus niet in te zien hoe infrastructuurconcurrentie prompt voor de eindgebruikers gunstige gevolgen zou kunnen opleveren.





De regulatoren dienen trouwens een veelheid van doelstellingen te realiseren, die niet alle even gemakkelijk te verenigen vallen en waarvan het belang ook varieert naargelang de evoluties in de te reguleren markt.

132. Zodoende kan niet worden gesteld dat de bestreden beslissingen het beginsel van de noodzakelijkheid en proportionaliteit in de boven aangegeven zin kennelijk zouden miskennen in verband met de verplichting om toegang te verlenen tot het digitale platform.

**(2) de zelfstandige verplichting om analoge televisie door te verkopen.**

**i/ ten aanzien van de andere operatoren dan Belgacom.**

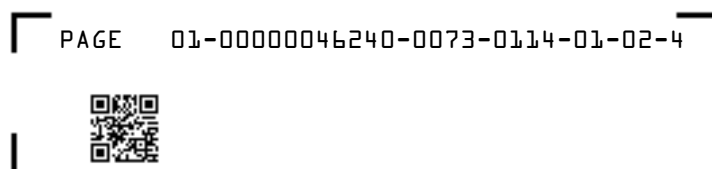
133. De bestreden beslissingen beschrijven uitgebreid welke de draagwijdte is van de verplichting en geven aan welke criteria dienen te worden voldaan (rubriek 6.3.1.1 VRM, BIPT-N en CSA).

Zo wordt onder meer aangegeven dat de doorverkoop van het analoge-televisieaanbod bedoeld is *‘om de alternatieve operatoren die over rechten beschikken in verband met de inhoud van televisiesignalen vervat in het analoge aanbod van de SMP-operator, de mogelijkheid te bieden om het analoge aanbod van de SMP-operator te reproduceren en het op de markt te brengen onder hun eigen merknamen’*.

De verplichting legt de SMP-operator niet op om tegen zijn wil een aanbod voor analoge televisie aan de eindgebruiker te behouden, zodat ze meteen vervalt wanneer het aanbod aan de kijker ophoudt.

Over het groothandelsaanbod wordt verder aangegeven dat het technisch niet haalbaar is om versleuteling van kanalen in te stellen en alternatieve operatoren toe te laten slechts een gedeelte van de kanalen over te nemen, zodat het groothandelsaanbod altijd slaat op de totaliteit van de zenders die de SMP-operator aan de abonnees aanbiedt. Deze globale verplichting is volgens de beslissingen ook vereist om de technische impact op het netwerk van de SMP-operator minimaal te houden.

134. Om de redenen die boven ook al aangegeven zijn, beschouwt de CRC de analoge televisie als een belangrijke dienst op de markt in België en neemt ze aan dat ze voor veel klanten de enige televisiedienst blijft, maar ook nog steeds een aantrekkelijke functionaliteit blijft voor klanten die voor digitale televisie kiezen:



*‘Het is een product dat iedereen kent, dat gemakkelijk te gebruiken is en in vele huiskamers voorhanden is. Het is eenvoudig om op basis van analoge tv meerdere toestellen in huis van omroepinhoud te voorzien en de aangeboden beeldkwaliteit blijft goed tot zeer goed. Dat maakt het ook mogelijk om zonder bijkomende apparatuur of kosten de meest bekeken televisiekanalen te ontvangen met een geschikte ontvangstkwaliteit’.*

De regulator meent dat een analoge doorverkoopverplichting noodzakelijk is om tot een situatie van daadwerkelijke mededinging te komen: andere operatoren hebben niet de mogelijkheid om analoge televisie te leveren, niet als aanvulling en evenmin als enige dienst zoals bvb. een ‘stand-alone’ in het kader van een promotie van elektronische communicatiediensten (VRM 812, BIPT-N 806, CSA 827).

Er wordt gewezen op het grote aandeel van klanten met analoge televisie in het totaal van de omroepklanten: zonder een doorverkoopmaatregel zouden de abonnees van louter analoge televisie evenals de abonnees die hun toegang tot analoge zenders niet willen verliezen bij een overstap naar digitale tv, zoals mogelijk is bij de hybride aanbiedingen van de kabeloperatoren, een markt vormen die enkel aan de kabeloperatoren is voorbehouden.

135. Verder wordt de verplichting onderbouwd met een motief gesteund op het voordeel van zowel de analoge televisie op zich als van de combinatie van analoge televisie met digitale televisie.

In dat verband wordt aangehaald dat verscheidene televisietoestellen tegelijk kunnen worden aangesloten, met of zonder decoder, zonder bijkomende kosten, en is het mogelijk om tegelijk programma's te bekijken en op te nemen. De kabeloperatoren onderlijnen dat voordeel zelf in hun commerciële communicatie. Ook wordt vermeld dat er een aanzienlijk verschil bestaat tussen het aantal klanten met meerdere tv-sets bij de kabeloperatoren enerzijds en bij Belgacom TV anderzijds, die de belangrijkste concurrent is op de relevante markt.

Het door het BIPT gevoerde marktonderzoek in 2010 gaf aan dat van de ondervraagden 22% de mogelijkheid om meerdere TV-sets aan te sluiten als belangrijkste reden zag om analoge televisie te behouden.

Verder wordt gewezen op het belang van analoge tv voor het aanbieden van digitale tv-diensten: het gaat om de historische klantenbasis van de kabeloperatoren die bij overstap naar digitale televisie niet van leverancier moeten veranderen, wat hen een voordeel oplevert in de conversiestrategie van analoge televisie naar digitale televisie en bijhorende interactieve diensten. Tegelijk kunnen zij aan de geconverteerde klanten de analoge functionaliteit blijven aanbieden.



Met de doorverkoopverplichting worden andere operatoren in staat gesteld om op dezelfde wijze analoge klanten te winnen en vervolgens een conversiestrategie te ontwikkelen.

Omdat praktisch gezien de analoge signalen niet kunnen worden gescheiden van digitale signalen -waartoe de operatoren toegang zullen krijgen-, tenzij beduidende meerkosten door de SMP- operator worden gemaakt, wordt een verplichting tot doorverkoop van het analoge abonnement noodzakelijk geacht om andere operatoren in staat te stellen gebruik te maken van de verplichting tot het aanbieden van toegang tot het digitale televisieplatform.

136. In termen van verwachte effecten halen de beslissingen aan dat dankzij de doorverkoop van het aanbod alternatieve operatoren in staat zullen zijn om de hele commerciële relatie met de eindgebruiker te verzorgen en vernieuwende tariefaanbiedingen in de markt te plaatsen met betrekking tot analoge televisie, bijvoorbeeld in combinatie met internettoegang en/of een abonnement op mobiele telefonie.

Beoogd wordt aldus toetreding tot de televisieomroepmarkt te bevorderen, zowel voor analoge als voor digitale diensten en de situatie van niet-daadwerkelijke mededinging te remediëren.

Ook wordt als doelstelling geformuleerd om de dienstenconcurrentie te bevorderen en aldus het aanbod aan de consument te verbeteren qua prijs, innoverende keuze en kwaliteit. De verwachting wordt uitgedrukt dat de overgrote meerderheid van de consumenten werkelijk baat zal vinden bij het niveau van de tarifiering van het basisaanbod dat wordt voorgesteld aan de abonnee en inzonderheid dat de totale factuur voor elektronische communicatie zal dalen door de opkomst van "low cost"-aanbiedingen.

137. Over het evenredig karakter van deze verplichting wordt aangegeven dat het om een maatregel gaat die op technisch vlak betrekkelijk gemakkelijk en snel kan worden uitgevoerd: de SMP-operator levert aan de alternatieve operator op dezelfde wijze als hij aan zijn abonnee levert. Het vergt van de SMP-operator geen enkele technische ingreep.

De verplichting zal maar tijdelijk van toepassing zijn en wordt teruggetrokken wanneer de SMP-operator de analoge omroepsignalen niet langer aanbiedt. Het einde hiervan wordt evenwel niet voorzien voor het einde van de duurtijd van de reguleringsperiode (juli 2014). Ze zal desgevallend ook worden terug getrokken indien ze niet meer noodzakelijk is om een, situatie van daadwerkelijke mededinging te realiseren. Aldus wordt voorkomen dat de dynamische effecten en investeringen op de omroepmarkt zouden worden belemmerd ten nadele van omroeppaanbiedingen en bijhorende innoverende diensten die geen gebruik maken van de analoge tv-functionaliteit.



Ten slotte kan elke aanvraag tot doorverkoop worden onderworpen aan de redelijkheidstoets.

138. Telenet formuleert als grieven tegen deze opgelegde verplichting dat er geen noodzaak bestaat voor een zelfstandige doorverkoopverplichting en dat de verplichting ook een disproportioneel karakter heeft.

Over de ontstentenis van noodzaak geeft ze aan dat er geen onmogelijkheid bestaat om daadwerkelijk te concurreren zonder analoge televisie, hetgeen ze afleidt uit beweerde succesvolle toetredingen tot de markt.

Ook het gewicht dat gehecht wordt aan het aantal analoge televisiekijkers en aan de mogelijkheid die analoge televisie biedt om de signalen te ontvangen op verschillende toestellen tegelijk, is volgens haar fout ingeschat. Ze wijst in dit verband op de bevindingen in het Profacts-onderzoek.

In elk geval kan er volgens haar geen noodzaak bestaan voor een zelfstandige verplichting aangezien analoge en digitale televisie tot dezelfde productenmarkt behoren, hetgeen betekent dat er rechtstreekse prijsdruk bestaat tussen digitale en analoge televisie: de prijsdruk op de digitale televisie veroorzaakt aldus ook prijsdruk op het analoge aanbod.

Ze verwijst in dat verband ook naar de specifieke opmerking van de Europese Commissie in haar brief van 20 juli 2011, waar om cijfergegevens wordt gevraagd nopens het belang dat televisiekijkers hechten aan de mogelijkheid om verschillende toestellen aan te sluiten, terwijl deze niet werden verstrekt. Ook haalt ze aan dat Belgacom zelf heeft aangegeven dat ze niet geïnteresseerd is in een analogo televisieaanbod.

Wordt de toegang tot het digitale platform als verplichting opgelegd, dan kunnen alternatieve operatoren de analoge televisie alleszins aan hun klanten aanbieden, zo luidt de stelling. Een zelfstandige verplichting is dan niet noodzakelijk.

139. Haar tweede grief luidt dat de verplichting disproportioneel is om drie redenen: (i) de verplichting vertraagt de investering in digitale infrastructuur en efficiënt spectrumgebruik, (ii) het nadeel dat zou voortvloeien uit de onmogelijkheid om analoge televisie aan te bieden is noodzakelijk afnemend en (iii) er is maar een gering te verwachten effect op de kleinhandelsomroepmarkt.

Inzonderheid werpt ze ook tegen dat de regulator niet prompt zal kunnen reageren op de evolutie op de omroepmarkt omwille van de kenmerken en vereisten van de beslissingsprocedure.



140. Het is onbetwist dat de kabeloperatoren als enigen op de relevante markt analoge televisie kunnen aanbieden en het staat vast dat een substantieel deel van de huishoudens nog steeds analoge televisie kijkt.

Marktonderzoek in 2010 heeft uitgewezen dat 78% van alle televisiekijkers digitale televisie kon kijken en dat 43% van het totale aantal kijkers nog enkel analoge televisie keek en zelfs indien dat percentage in 2012 zou gezakt zijn met 18%, dan blijft dit nog altijd belangrijk genoeg voor Telenet om in 2013 aan het basisabonnement populaire zenders toe te voegen.

Publieke verklaringen van haar bedrijfsleider in 2011 bevestigden dat analoge televisie tijdens de komende jaren belangrijk zou blijven en ongeveer 22% van het abonneebestand (of ongeveer 500.000 abonnees, geactualiseerd cijfer per september 2013) blijft effectief een belangrijk aandeel. De CRC citeert voorspellingen van analisten -zonder op dat punt te worden tegengesproken- dat dit aantal per einde 2015 nog 400.000 abonnees zou bedragen. De blijvende vraag naar deze dienst, ook zelfstandig afgenomen, wordt verklaard door de aspecten van analoge televisie die als aantrekkelijk worden ervaren en boven al zijn vermeld.

Alternatieve operatoren kunnen de dienst niet aanbieden zonder een belangrijke meerkost aan te rekenen voor verschillende decoders en aanpassing van de bekabeling binnenshuis.

141. Zodoende blijven de analoge-televisiekijkers een doelgroep die voor de toetreding en de opbouw van een plaats met betekenis op de relevante markt van wezenlijk belang is, zowel op zich beschouwd als met het oog op het verwerven van een digitale televisie converteerbaar marktsegment.

Die conclusie wordt niet tegengesproken door de succesvolle toetreding tot de kleinhandelsomroepmarkt van Belgacom-TV. Het betreft een concurrent die vanuit het oogpunt van wervingskracht tegenover de kabeloperatoren zijn gelijke niet heeft onder alternatieve operatoren wegens het bezit van haar eigen platform, waarmee als gevolg van technologische ontwikkeling een positie op een bestaande telefoniemarkt kon uitgebreid worden naar een andere markt.

Over de andere door Telenet geciteerde toetreders kan vooralsnog niet van 'succes' worden gewaagd wanneer hun wervingskracht wordt in verhouding gebracht tot de marktmacht van Telenet.

Ze wordt evenmin tegengesproken door het gegeven dat analoge en digitale televisie tot eenzelfde productenmarkt behoren en de prijsdruk die dientengevolge zou uitgaan van de toename van mededinging op het vlak van digitale televisie.



Afgezien van het feit dat tijdens de periode vermeld in de marktanalyse de prijzen voor analoge televisie evenzeer zijn gestegen als deze voor digitale televisie, niettegenstaande de toetreding tot de markt door Belgacom, doet die verwachte prijsdruk niets af aan de feitelijke elementen die maken dat de analoge abonnees een naar conversie te bewegen segment van de relevante markt blijven.

Er blijkt dus een marktsegment te onderscheiden voor analoge televisie, waarop toegang mogelijk moet zijn.

142. Evenmin kan er tegen de verplichting een beletsel bestaan vanuit het oogpunt van de technologische evolutie.

De beslissingen nopen Telenet immers niet om het analoge aanbod als zodanig te handhaven en bijgevolg zou zij het bestaan van dat segment in de relevante markt zondermeer kunnen doen ophouden. Alleen heeft zij hiertoe tot dusver niet beslist.

143. Betreffende de noodzaak van een zelfstandig aanbod tot doorverkoop van analoge televisie voert de CRC met reden aan dat ze ook beoogt economische ruimte te creëren voor de aanbieding van vernieuwende tariefformules, waarvoor de groothandelstarieven voldoende marge zouden moeten kunnen laten. Ze licht in dat verband toe dat het referentieaanbod waartoe de kabeloperatoren zullen gehouden zijn op dat vlak de nodige tariefkortingen zullen dienen in te houden.

Tegelijk stelt de autonome verplichting de alternatieve operatoren -die hun diensten onder een eigen merk aanbieden- in staat om zelf een contractuele relatie aan te gaan met cliënteel van de kabeloperator, vooraleer de beslissing om over te stappen naar digitale televisie moet worden genomen.

Op vlak van beginselen in het regelgevend kader kan er aldus geen bezwaar bestaan tegen het opleggen van een autonome doorverkoopverplichting.

144. Wat de evenredigheid van de verplichting inzake analoge televisie aangaat, moet vastgesteld worden dat deze inhoudelijk beperkt is tot eenvoudige doorverkoop van het eigen aanbod van Telenet. Aldus beslist de kabeloperator zelf en als enige over de inhoud van het aanbod (samenstelling van het boeket zenders), zonder de alternatieve operatoren om instemming te moeten vragen.

De alternatieve operator is dus verplicht om in zijn aanbod aan de eindgebruiker alle door Telenet geselecteerde zenders op te nemen.

Aldus kan de kostprijs verbonden aan het operationeel maken van het alternatieve aanbod geen omvang van betekenis hebben en met name geen investering in bandbreedte of een systeem van toegang vergen, hetgeen trouwens door Telenet ook niet wordt beweerd. Wel verliest Telenet op contractueel vlak de rechtstreekse band met zijn abonnee, maar dit effect is inherent aan wat de doelstelling van de regulering.

Verder heeft de analoge-doorverkoopverplichting een tijdelijk karakter en blijft ze niet langer van kracht dan het analoge aanbod van Telenet zelf.

Als enige beperking geldt dat Telenet het aanbod eerst kan stopzetten mits het naleven van een opzeggingstermijn van zes maanden, maar op dit punt mag worden aangenomen dat, mocht Telenet tot stopzetting beslissen, zij ten overstaan van haar klanten een vergelijkbare termijn zou in acht nemen.

145. Zodoende kunnen de grieven van Telenet die de noodzakelijkheid van een doorverkoop aanbod van analoge televisie en de evenredigheid ervan betreffen, geen doel treffen.

De Europese Commissie mag bij het onderdeel ‘analoge televisie’ van de analyse dan al bekommernissen hebben geformuleerd, ze heeft het principe van de verplichting zelf niet in vraag gesteld.

## **ii/ ten aanzien van Belgacom.**

146. Met een ander middel vecht Telenet de wettigheid aan van het onderdeel van de opgelegde verplichting om de analoge televisie door te verkopen aan Belgacom.

Ze voert hierover aan dat de verplichting uitsluitend wordt gemotiveerd met de overwegingen betreffende de mogelijkheid om verschillende toestellen tegelijk aan te sluiten en om tegelijkertijd programma's op te nemen en te bekijken.

Omdat wegens de mogelijkheden die het IPTV platform van Belgacom op die punten biedt het belang van deze aspecten werd overschat, betoogt zij dat de onmogelijkheid om de analoge functionaliteit aan te bieden geen substantieel concurrentienadeel oplevert.

Ze wijst in dit verband op de groei die Belgacom heeft gekend tijdens de voorbije jaren en op het feit dat Belgacom zelf in juni 2013 heeft aangekondigd dat ze geen plannen heeft voor een aanbod van analoge televisie.



147. De bestreden beslissingen behandelen de vraag naar de reikwijdte van de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie tot de verschillende operatoren, inzonderheid wat Belgacom betreft, vanuit het oogpunt van de redelijkheid van een verzoek tot doorverkoop.

In termen van noodzakelijkheid van de verplichting en het verwachte effect ervan op de mededinging wordt geen onderscheid gemaakt tussen Belgacom en de andere operatoren die voor een beroep op de verplichting in aanmerking komen aangezien er vanuit het oogpunt van de relevant geachte motieven tot rechtvaardiging van de verplichting ook geen objectieve grond bestond om Belgacom van het voordeel van de verplichting uit te sluiten.

De hierna toegelichte beperkingen van DSL ten aanzien van de kabel houden verband met de capaciteit (bandbreedte) van een DSL koperkabel om een televisiesignaal tot bij de eindgebruiker te brengen en met de afstand van het contactpunt van het netwerk (DSLAM) tot het concrete kijkpunt waar het signaal wordt afgegeven.

Ook de handicaps van het kopernetwerk ten aanzien van een kabel met de capaciteit om de dubbele faciliteit te bieden via de kabel, worden aangegeven (VRM 830-839, BIPT-N 832-841, CSA 844-850): een deel van de huishoudens blijft beperkt tot het aansluiten van slechts één televisietoestel, en/of tot een eerder beperkte vorm van parallelle opname tijdens het kijken naar andere programma's (slechts voor een beperkt aantal zenders en met opnamebewaring voor maximaal 30 dagen). Daarenboven vermindert het percentage van huishoudens dat meerdere televisietoestellen kan aansluiten naargelang het aantal toestellen dat men effectief wil aansluiten en naargelang de aard van het signaal dat men wil gebruiken (SD/HD).

Belgacom heeft anno 2010 te kennen gegeven, net als vier andere operatoren, geïnteresseerd te zijn in een aanbod tot doorverkoop. De vraag rees dan of het beschouwd vanuit de bijzondere toestand van Belgacom als belangrijkste concurrent -en toen enige van betekenis- redelijk kon zijn om Telenet te verplichten op een aanvraag tot doorverkoop in te gaan.

148. Op basis van de door de CRC in aanmerking genomen technische beperkingen waarmee het IPTV-platform van Belgacom inherent is behept en de complicaties die hieruit voortvloeien, is aangenomen dat Belgacom een concurrentiële troef mist wat het ontbrekende aanbod van analoge televisie betreft op de kleinhandelsomroepmarkt.

Ze heeft ondermeer ook vastgesteld dat Belgacom de bandbreedte op haar netwerk zal kunnen laten toenemen door technologische vooruitgang ('vectoring' en 'pair bonding'), maar dat een uitrol van een FttH (glasvezel: Fiber to the Home), met mogelijke bijhorende analoge functionaliteit niet tot de plannen behoorde.





Op die grond is per 1 juli 2011 aangenomen dat Belgacom het voordeel verlenen van de doorverkoopverplichting geen ongerechtvaardigd concurrentievoordeel oplevert.

Tegelijk is aangegeven dat de technologische evolutie zou opgevolgd worden en indien het eigen IPTV-netwerk geen significante nadelen meer zou vertonen ten opzichte van de kabelnetwerken de toestand op de relevante omroepmarkt zou worden geherevalueerd (VRM 838, BIPT-N 840, CSA 849).

149. Boven is al aangegeven dat in de beoordeling van de CRC over het belang van de analoge televisie geen kennelijk foute benadering kan worden gezien.

Aangezien de situatie van Belgacom niet verschilde van die van de alternatieve operatoren vanuit het oogpunt van de bedoelde handicap, liet het toekennen van de analoge doorverkoop aan Belgacom toe eenzelfde handicap te elimineren.

Die vaststelling wordt niet tegengesproken door de groei die Belgacom gekend heeft tijdens de periode 2005-2010 en die zij goeddeels kon realiseren dankzij haar multiple play-aanbiedingen op basis van haar klantenbestand in de telefonie en internet: in haar dekkingsgebied behield Telenet immers tot 80% aandeel op de kleinhandelsomroepmarkt.

Die beoordeling wordt ook niet beïnvloed door de concrete plannen die de operatoren maken als gevolg van een marktanalyse: wat volgens de regelgevende instantie vereist is om de markt meer naar mededinging te doen neigen, wordt immers bepaald door het resultaat van de analyse.

Er kan in dit opzicht bvb. worden aangegeven dat de kabeloperatoren ieder ten opzichte van de andere gebruik kunnen maken van de verplichtingen die worden opgelegd met het oog op meer mededinging en dat het feit dat ze dit voornamelijk niet doen niet het bewijs levert dat de verplichtingen niet gerechtvaardigd zijn (vgl. de opmerkingen van de Europese Commissie van 8 augustus 2013, document C (2013) 5384 final).

150. Op zich beschouwd is dus ook niet relevant dat Belgacom heeft te kennen gegeven dat ze niet langer van plan was om van het recht op doorverkoop van het analoge kabelaanbod gebruik te maken.

Ze heeft op dit vlak overigens gecommuniceerd dat de toegang tot die doorverkoop voor haar niet interessant is als ze geen toegang krijgt tot het digitaal platform van de kabeloperatoren, dat de uitvoering van de bestreden beslissingen jaren op zich laat wachten en dat intussen het analoge kijkersbestand ook is gedaald.

Overigens valt niet uit te sluiten dat haar inzicht op dat punt kan evolueren, mocht ze toegang krijgen tot het digitaal platform van de kabeloperatoren.

Zij heeft immers zelf ook een beroep ingesteld tegen de bestreden beslissingen die haar van dit voordeel uitsluiten.



151. Zodoende dient de kritiek van Telenet wat de doorverkoopverplichting van analoge televisie betreft ook ten aanzien van Belgacom te worden verworpen.

In de mate zij de motivering ervan anno 2011 bekritiseert is dit ongegrond; in de mate Belgacom handhaaft dat zij in het gebruik van die verplichting geen heil meer ziet, is de grief ook zonder voorwerp geworden.

### **(3) de doorverkoop van breedband internet.**

152. Over de grondslag voor deze verplichting, die inhoudelijk uitgebreid wordt beschreven, stelt de CRC dat ze bedoeld is om de alternatieve operatoren de *'mogelijkheid te bieden om de aanbiedingen van interactieve en geconnecteerde tv-omroepdiensten te reproduceren alsook de multi- playaanbiedingen omroep/breedband van de SMP-operator en om zelf de contacten met de eindklant van de betrokken SMP-operator te onderhouden'*. (VRM 983).

Die mogelijkheid is volgens de bestreden beslissingen vereist omdat wordt vastgesteld (i) dat de digitale-televisieomroepdiensten snel convergeren met de breedbandinternetdiensten, zodat de eindgebruiker een volledig geïntegreerde dienst kan worden geboden op zijn tv-toestel, en (ii) dat de eindgebruiker steeds meer belang hecht aan de multiple-play dermate dat een operator die niet het volledige gamma van diensten aanbiedt, het risico loopt een bijzonder nadelige concurrentiële positie te hebben (VRM 979, BIPT-N 980, CSA 1009).

Geoordeeld wordt dat het opleggen van de verplichting tot doorverkoop van het breedbandaanbod een essentieel karakter heeft voor de efficiëntie van de verplichting inzake toegang tot het digitale platform die wordt opgelegd om het mededingingsprobleem te verhelpen dat geïdentificeerd is op de kleinhandelsmarkt voor televisieomroep derwijze dat de concurrentie kan ontwikkelen via de ontwikkeling van multiple play, hetgeen een onvermijdelijkheid is gebleken (VRM 981, BIPT-N 982, CSA 1011).

153. Met verwijzing naar de Toelichting bij de Aanbeveling 2007 geeft de CRC aan dat, wanneer een nationale regelgevende instantie optreedt tegen een gebrek aan mededinging wegens een dominante positie van een operator op een geïdentificeerde markt, volgens de Europese Commissie en de ERG het noodzakelijk zijn om niet enkel verplichtingen op te leggen op de desbetreffende markt maar ook buiten deze markt.

Met name kunnen volgens de Europese Commissie en de ERG onder bepaalde voorwaarden verplichtingen opgelegd worden in een gebied dat verbonden is met de relevante markt.



Dit is het geval indien het opleggen van een dergelijke verplichting: (i) een essentieel element vormt ter ondersteuning van de verplichtingen die zijn opgelegd op de onderzochte relevante markt, zonder welke dergelijke verplichtingen inefficiënt zouden zijn of nog indien een dergelijke verplichting (ii) tegelijk de meest geschikte, evenredige en efficiënte is om het mededingingsprobleem te verhelpen op die relevante markt (VRM 977, BIPT-N 978, CSA 1007).

154. De kritiek van Telenet betreffende de verplichte doorverkoop van breedbandinternet omvat twee luiken: (i) vooreerst betoogt ze hierover dat die verplichting het regelgevend kader schendt aangezien ze wordt opgelegd zonder dat de betrokken notionele breedband doorverkoopmarkt werd geanalyseerd en zodoende evenmin kon worden vastgesteld dat Telenet er aanmerkelijke marktmacht uitoefent; (ii) vervolgens meent ze dat de verplichting niet noodzakelijk is en evenmin een proportioneel karakter heeft.

De noodzaak is volgens haar onbestaande vanuit het oogpunt van het aanbod van geconnecteerde televisiediensten, aangezien uit marktgegevens blijkt dat die diensten worden aangeboden door partijen die zelf geen breedband internet aanbieden (bvb. TV Nomade aangeboden door rtbf en Stievie aangeboden door de Vlaamse omroepen Vrt, SBS, VMMA). Het volstaat dat de eindgebruiker over een breedbandinternetverbinding beschikt, ongeacht wie de aanbieder hiervan is, zo luidt het argument.

De noodzaak zou er evenmin zijn in het licht van de ontwikkeling van de multiple play-aanbiedingen: volgens de 'modified greenfield' benadering moet aangenomen worden dat de stroomopwaartse aan Belgacom opgelegde multicast-verplichting afdoende tegemoet komt aan de behoeften van de alternatieve operatoren om multiple play aan te bieden.

De disproportionaliteit ziet ze op drie vlakken: (i) de buitenmatige belasting die opgelegd wordt aan haar kabelnetwerk, (ii) de ontoereikende periode voor implementatie en (iii) de tarifiering volgens de retail-minusregel.

155. Over de vermeende onwettigheid van de opgelegde verplichting, afgeleid uit het ontbreken van een analyse van een groothandelsmarkt (breedband toegang) overweegt het hof het volgende.

In zoverre Telenet aanvoert dat het regelgevend kader en inzonderheid ook het Mediadecreet (art. 190§1,) de Omroepwet (art. 40/11) en het SMA-decreet (art. 91§1) er zich tegen verzetten dat een nationale regelgevende instantie met het oog op het remediëren van een mededingingsprobleem verplichtingen oplegt die niet de relevante markt zelf betreffen en waarop niet de aanmerkelijke marktmacht van de geviseerde operator is vastgesteld, leidt zij hieruit onterecht af dat ook niet in samenhang met verplichtingen die worden opgelegd op een geanalyseerde markt, accessoire verplichtingen kunnen worden opgelegd op een andere markt dan diegene waar een mededingingsprobleem werd vastgesteld.



Immers, artikel 12.1 van de Toegangsrichtlijn (richtlijn 2002/19/EG van 7 maart 2002) laat een nationale regelgevende instantie toe om een groothandels toegangsverplichting op te leggen wanneer ze *“van mening is dat het weigeren van toegang of het opleggen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkeling van een door duurzaam concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.”*

156. Verder wordt in de toelichting bij de Aanbeveling van 2007 expliciet aangegeven dat, zo in beginsel de voorgestelde verplichtingen moet gaan over de markt waar een machtspositie werd vastgesteld, het noodzakelijk kan blijken om verplichtingen op te leggen die betrekking hebben op diensten die zich zowel buiten als binnen die markt situeren. Voorwaarde daarbij is dat die externe markt dichtbij de relevante markt is gesitueerd en de op te leggen verbintenis (i) de meeste geschikte, evenredige en doeltreffende maatregel is om het gebrek aan mededinging op de relevante markt te bestrijden en (ii) hij een essentieel bestanddeel vormt in de ondersteuning van een verplichting op de relevante markt, zonder dewelke deze laatste onwerkzaam zou blijven (doc. SEC 2007-1486, final, punt 2.6 - remedies : laatste alinea p. 14 en 15 ).

Zodoende, wordt de ontstentenis van daadwerkelijke mededinging op de relevante kleinhandels omroepmarkt vastgesteld en ook dat een operator aanmerkelijke marktmacht heeft op die markt, dan kan de regelgevende instantie met het oog op de oplossing van het vastgestelde probleem op de kleinhandelsmarkt ook groothandelsverplichtingen opleggen aan de betrokken SMP-operator op een externe markt, zonder dat de betrokken groothandelsmarkt aan analyse is onderworpen.

De reden waarom een marktanalyse overbodig is, is dat de maatregel op de nabij gesitueerde markt vereist is, ongeacht of zich op deze markt al dan niet een mededingingsprobleem zou voordoen.

157. De bestreden beslissingen stellen vast dat de digitale-televisieomroepdiensten snel convergeren met de breedbandinternetdiensten en dat de eindgebruiker steeds meer belang hecht aan de multiple-play, hetgeen de concurrentiële positie van de verschillende operatoren substantieel beïnvloedt, derwijze dat een operator die niet het volledige gamma van diensten kan aanbieden in de mogelijkheid moet gesteld worden om aanbiedingen van interactieve en geconnecteerde tv-omroepdiensten te reproduceren alsook om multi-playaanbiedingen met omroep en breedband aan te bieden.

Het aanbieden van multi-play veronderstelt dat de operator op verschillende markten actief kan zijn, zodat de maatregel op de markt waar hij (nog) niet actief is, vereist is opdat hij op de andere markt niet zou weggeconcentreerd worden.



Op basis van die vaststelling kon de CRC een groothandelsverplichting van doorverkoop opleggen op de nabije breedband internet markt, als doeltreffende maatregel ter ondersteuning van de maatregel op de relevante markt om toegang te krijgen tot het digitaal platform van de kabeloperatoren, waarvan hij essentieel bestanddeel vormt.

158. In lijn hiermee wordt de doorverkoop van het aanbod van breedbandtoegang effectief als een *accessorium* van de toegang tot het digitale-televisieplatform opgelegd (het ene gaat niet zonder het andere) en is onmisbaar voor de efficiëntie van de toegang tot het digitale-televisieplatform, meer bepaald gelet op het belang van de multiplayaanbiedingen en de toename van nieuwe dragers (VRM 1000, BIPT-N 1001, CSA 1030 ).

Opgemerkt dient trouwens te worden dat de Europese Commissie in haar brief van 20 juni 2011 op dit punt geen enkel bezwaar heeft geformuleerd.

Bijgevolg stelt er zich geen probleem van onwettigheid in de door Telenet voorgehouden zin en dient het eerste onderdeel van haar kritiek te worden verworpen.

159. Over de noodzakelijkheid beschouwd vanuit het oogpunt van de convergentie van de omroepdiensten en de breedbanddiensten, dient vooreerst te worden vastgesteld dat de realiteit van die convergentie door Telenet niet wordt in vraag gesteld. Omroepinhoud wordt in toenemende mate niet enkel meer op een televisiescherm bekeken, maar eveneens op pc en tablets.

Met Yelo biedt ze trouwens zelf dergelijke convergerende diensten aan, met name biedt ze digitale tv- signalen aan die kunnen worden ontvangen op smartphones en tablets.

De bestreden beslissingen geven aan dat de ontvangst van die signalen vergt dat de eindgebruiker een omroepabonnement en breedbandabonnement neemt bij dezelfde operator en tot staving hiervan wordt verwezen naar een mededeling van Telenet zelf.

Op dit laatste punt liggen de zaken trouwens niet anders bij Belgacom (VRM 1005 en 1006, BIPT-N 1006-1007, CSA 1035-1036).

De andersluidende bewering van Telenet in haar conclusies is dus onjuist.

De noodzaak om toegang tot het digitale kabelnetwerk te kunnen aanvullen met een recht op doorverkoop van breedband internet bij dezelfde operator is dan ook reëel.



160. Beschouwd vanuit het oogpunt van het toenemende belang van de multiplay-aanbiedingen, is technisch gesproken de combinatie van infrastructuur voor breedband internet van een andere operator met diegene die toegang verleent tot het digitale platform wel mogelijk, maar niet zonder aanzienlijke nadelige effecten, met name wegens verhoging van de kostprijs, complexere en minder comfortabele installatie bij de eindgebruiker evenals administratief beheer van twee groothandelsaanbiedingen (VRM 1014 - 1015, BIPT-N 1015 - 1016, CSA 1044-1045).

Het is voor de alternatieve operator dan ook niet optimaal om voor de beide diensten, die bij hypothese gebundeld worden in één aanbieding, niet te kunnen kiezen voor de infrastructuur van één enkele kabeloperator, die zowel omroep- als breedbandinternetdiensten kan aanbieden op eenzelfde netwerk.

161. Zodoende dient ook vanuit het oogpunt van de doeltreffendheid van de verplichting om toegang te bieden tot het digitaal platform te worden aangenomen dat de doorverkoop van breedband internet van wezenlijk belang is.

162. Het evenredig karakter van de verplichte doorverkoop blijkt ondermeer hieruit dat de aan te bieden dienst niet verschilt van deze die de operator zichzelf aanbiedt en deze zodoende niet kan genoopt worden tot investeringen in bandbreedte die enkel zijn groothandelsklant zou ten goede komen.

Ook vormt de remedie slechts een accessorium van de verplichting om toegang te verlenen tot het digitale kabelnetwerk.

De vrees voor overbelasting die de uitvoering van de verplichting zou veroorzaken op haar netwerk, gepaard gaand met wisselende dimensionering, is ongegrond in zoverre Telenet ervan uitgaat dat de alternatieve operatoren op het vlak van snelheid en volume abonnementsformules zouden kunnen aanbieden met afwijkende specificaties: ze hoeft aan die operatoren niet te verschaffen wat ze zichzelf niet biedt.

Voor het overige geeft Telenet geen concrete elementen aan die vrees voor overbelasting zouden kunnen staven. Ze ontzenuwt inzonderheid ook niet de stelling van de CRC dat in termen van capaciteit en planning het groothandels doorverkoopaanbod niets verandert aan de behoeften ten opzichte van het kleinhandelsaanbod: een groothandelsklant heeft niet meer bandbreedte te verbruiken dan de eindgebruikers.

163. Er is boven al op gewezen dat de 'modified greenfield' geen grond biedt om te stellen dat de tot de multicast- functionaliteit uitgebreide toegang tot bitstream als verplichting moet kunnen volstaan als maatregel op een stroomopwaartse markt.



Overigens merkt de CRC nog met reden op dat er geen grond van evenredigheid zou kunnen bestaan om het ganse gewicht van de regulering naar Belgacom toe te schuiven wat de doorverkoop van breedband internet betreft, nu beoogd wordt een probleem op te lossen op de televisieomroepmarkt waar Belgacom niet de historische operator is en niet over aanmerkelijke marktmacht beschikt.

Ook zou elke andere oplossing dan de doorverkoop van breedband internet door de operator die toegang moet verlenen tot het digitaal platform de nieuwe toetreders ertoe nopen ofwel het IPTV-platform van Belgacom te kiezen voor breedband en digitale televisie, ofwel tegelijk een kabelnetwerk te gebruiken voor digitale televisie en het IPTV-platform voor breedband, terwijl dit laatste een kostenhandicap oplevert en verlaagd comfort voor de eindgebruiker.

164. Ten slotte moet worden opgemerkt dat er ook op twee andere door Telenet bekritiseerde punten geen onevenredigheid kan worden vastgesteld.

Betreffende de termijn van zes maanden die werd toegemeten om een referentieaanbod uit te werken ten einde de verplichting operationeel te maken en die volgens Telenet ruim ontoereikend is, wordt geen enkel verifieerbaar gegeven tot staving van de kritiek verstrekt. Die termijn is inmiddels sinds lang verstreken en blijkbaar heeft hij volstaan om een referentieaanbod in te dienen. Alleszins wordt geen enkel concreet gegeven meegedeeld waaruit zou moeten blijken dat het aanbod niet tijdig kon worden ingediend en Telenet om die reden werd beboet.

Zodoende heeft die grief zijn belang hoe dan ook verloren.

165. Verder ziet Telenet een onevenredigheid in het gegeven dat de bestreden beslissingen voor de tarifiering de methode 'retail minus' instellen, maar in het ongewisse laten hoe de groothandelsprijs moet worden berekend.

De retail-minus methode stelt een verschil vast tussen de prijs van een kleinhandelsdienst en de prijs van een overeenstemmende groothandelsdienst door van de eerstgenoemde prijs bepaalde niet-relevante kosten af te houden.

De beslissingen bepalen evenwel dat de tenuitvoerlegging van de retail- minusmethode het voorwerp zal uitmaken van een uitvoeringsbeslissing, na een openbare raadpleging en dat de groothandelsprijs zal worden vastgesteld (VRM 1066 – 1067, BIPT-N 1069-1070, CSA 1097-1098).

De kritiek van Telenet is dan ook voorbarig.

166. De conclusie uit dit alles luidt dat het middel in zake de doorverkoop van breedband internet moet worden verworpen.

**(e) ten aanzien van de verplichting over 'Wolu-TV'.**

167. De beslissing van de CRC met betrekking tot het tweetalige gebied Brussel Hoofdstad bevat een passus die gewijd is aan de aparte toestand op het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe (BIPT-N 364 - 368).

Wolu-TV, dat geëxploiteerd wordt door een vzw en zelf aanbod van analoge televisie doet aan de eindgebruikers, is eigenaar van het kabelnetwerk op het grondgebied van de gemeente en heeft Telenet als partner voor de levering van ondermeer de digitale televisiesignalen en internet.

Op basis van vertrouwelijke gehouden feitelijke gegevens geeft de vermelde beslissing aan onder een rubriek in zake de geografische markt: *'Er is dus reden om te beschouwen dat het grondgebied van de gemeente Sint- Lambrechts-Woluwe geen afzonderlijke geografische markt vormt maar samenvalt met de geografische markt van Telenet door de mate van afhankelijkheid van Wolu TV ten opzichte van Telenet en door hun verwante commerciële beleid.*

168. Onder het hoofdstuk 6. 'Ontwikkeling van de gepaste verplichtingen' (BIPT nrs. 708 en volgende) wordt onder randnummer 781. aangegeven dat op de televisieomroepmarkt in de dekkingszone van Telenet, ervoor gekozen wordt om de drie verplichtingen op te leggen aan Telenet.

De tekst zelf van de beslissing maakt bij de verplichtingen die aan Telenet worden opgelegd geen onderscheid tussen het kabelnetwerk te Sint-Lambrechts-Woluwe en het kabelnetwerk van Telenet, ofschoon die gemeente duidelijk niet tot het dekkingsgebied van het netwerk van Telenet behoort en de drie verplichtingen er om die reden als zodanig eenvoudig ook niet uitvoerbaar zijn.

Van een bijzondere modaliteit in zake de verplichtingen voor dat grondgebied wordt enkel gewag gemaakt in drie voetnoten (267, 268 en 269), die evenwel geen normatieve draagwijdte plegen te hebben.





Voor de toegang tot het aanbod voor doorverkoop van analoge televisie wordt in de voetnoot gesteld: *‘Behalve op het grondgebied van Sint-Lambrechts-Woluwe aangezien Telenet daar niet gaat over de verkoop van het analoge- televisieaanbod. Het is immers WoluTV die dat aanbod commercialiseert voor de eindgebruikers. Telenet wordt evenwel verplicht om te goeder trouw te onderhandelen met WoluTV over de mogelijkheid om zijn netwerk te gebruiken om zijn eigen wholesaledienst voor analoge televisie aan te bieden.’*

Voor de twee andere verplichtingen (toegang tot het digitale platform en tot een aanbod voor doorverkoop van breedband internet) wordt in de voetnoten gesteld, *‘Op het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe wordt, bij gebrek aan een akkoord over het gebruik door Telenet van het netwerk van Wolu TV voor zijn analoge wholesaledienst, deze verplichting aan Telenet opgelegd uitsluitend voor de eindgebruikers die hebben ingetekend op het aanbod voor analoge-televisiediensten van Wolu TV’.*

169. Telenet voert hierover aan dat zij op het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe enkel aanbieder is van interactieve diensten en van extra betaalpakketten en dat zodoende de haar opgelegde verplichtingen strijden met artikel 8, lid 3 van de Toegangsrichtlijn en artikel 40/11 van de Omroepwet aangezien ze op het betrokken segment van de relevante markt geen SMP- operator is.

Ze gaat ervan uit dat een toegangsverplichting als bedoeld in punt 1,19° van de Omroepwet enkel kan worden opgelegd aan de eigenaar van de infrastructuur of exploitant van het netwerk.

Enkel indien de bijzondere procedure bedoeld in artikel 40/11 §6, tweede lid van de Omroepwet wordt gevolgd zou een dergelijke uitzonderlijke verplichting kunnen worden opgelegd.

Nu deze procedure niet werd gevolgd, acht ze de verplichting onwettig.

Verder betoogt ze dat de toepassing van de ‘minus retailmethode’ met betrekking tot de eventuele analoge doorverkoop in elk geval onwettig is aangezien de aanbieder van de groothandelsdienst en van de leverancier aan de eindgebruiker niet dezelfde onderneming zijn. De groothandelsprijs die Wolu Tv zou aanrekenen is niet gereguleerd en de analyse van de kleinhandelspreizen van Telenet is volgens haar ongeschikt voor gebruik in Sint-Lambrechts-Woluwe.

170. Telenet betwist niet dat ze op het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe kan beschouwd worden als SMP-operator, niettegenstaande het feit dat ze er zelf geen kabelnetwerk bezit of exploiteert.



Ze is er krachtens haar partnerschap met Wolu TV de enige leverancier van digitale televisiesignalen en van internet: dit wordt aangegeven op de website van Wolu TV en wordt trouwens niet tegengesproken.

Uit de inhoud van voetnoot 267 blijkt dat de verplichting inzake toegang tot een groothandelsaanbod voor doorverkoop van analoge televisie niet van toepassing is op het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe.

De twee andere betrokken voetnoten geven aan dat de twee betrokken ‘verplichtingen’ slechts een subsidiaire plaats innemen, met name voor zover Telenet een akkoord kan bereiken met Wolu TV over haar toegang tot het netwerk van deze laatste om er haar eigen groothandelsdienst voor analoge televisie aan te bieden.

171. Telenet voert enkel betwisting over de voetnoot 267. die beoogt de verplichting in zake de toegang tot doorverkoop van haar eigen groothandelsaanbod in zake analoge televisie toe te snijden op de situatie in Sint-Lambrechts-Woluwe.

Vooreerst dient overwogen te worden dat de voetnoot erkent dat de betrokken verplichting niet kan gelden voor de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe: de reden hiervoor is evident: het netwerk behoort Telenet niet toe en ze levert er ook geen analoge televisiesignalen.

Voor het overige kan ze geen verbindende draagwijdte hebben, in zoverre ze een partij (Wolu TV), ten aanzien van dewelke de regelgevende instantie niet regulerend kan optreden, niet kan nopen om te onderhandelen over de toegang tot haar kabelnetwerk, terwijl binnen het regelgevend kader de verplichting om te onderhandelen ten laste van de gereguleerde partij veronderstelt dat een tegenpartij aanspraken in die zin kan formuleren.

Die tegenpartij is er evenwel niet en bijgevolg is hetgeen in voetnoot 267. als een ‘verplichting’ wordt omschreven in werkelijkheid niet meer dan een aansporing, die geen schending van de bestreden beslissing door Telenet zou kunnen opleveren.

172. Zodoende bestaat er geen juridisch bindende verplichting in hoofde van Telenet ten aanzien van Wolu-TV en bij ontstentenis hiervan kan de inhoud van de betrokken voetnoten ook niet griefhoudend zijn.

Het eerste onderdeel van het tiende middel is ongegrond en het tweede, dat de retail minusmethode betreft, is zonder voorwerp.



**(f) Besluit.**

173. De vordering van Telenet tot vernietiging van de bestreden beslissingen wordt verworpen.

**§2. De middelen aangevoerd door Belgacom.**

174. Zoals reeds aangegeven beoogt Belgacom met haar vordering de vernietiging van de beslissingen van 1 juli 2011 van de CRC inzake de marktanalyse van de televisieomroep betreffende het Nederlandse taalgebied en betreffende het tweetalige gebied van Brussel-Hoofdstad, maar enkel *‘in de mate dat zij voorzien in de uitsluiting van Belgacom van het voordeel van de ex ante verplichtingen die aan de betrokken kabeloperatoren worden opgelegd in zake de toegang tot het platform voor digitale televisie en in zake de toegang tot een doorverkoop aanbod van het aanbod voor breedbandtoegang’*.

In verband met de aldus geïssueerde gedeeltelijke vernietiging voert ze als verweer tegen de door de tussenkomende partijen geformuleerde exceptie van niet-ontvankelijkheid van die vordering, dat de exceptie zelf niet ontvankelijk is en in elk geval ongegrond is.

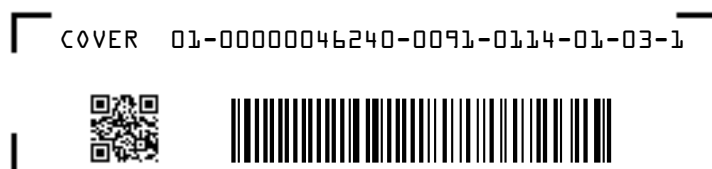
De exceptie zou niet ontvankelijk zijn omdat ze niet wordt tegengeworpen door de CRC zelf als verwerende partij. De ongegrondheid ervan wordt afgeleid uit het feit dat gedeeltelijke vernietiging geen ‘hervorming’ inhoudt van de beslissing waardoor het hof een beslissingsbevoegdheid zou uitoefenen in de plaats van de CRC.

**(a) over de ontvankelijkheid van de vordering.**

175. Enkel de tussenkomende partij Telenet werpt tegen dat de vordering van Belgacom niet ontvankelijk is en ze leidt dit af uit het feit dat ingaan op die vordering voor gevolg zou hebben dat de draagwijdte van de beslissingen wordt gewijzigd zodanig dat de kabeloperatoren zwaardere verplichtingen treft dan de regulator wenselijk heeft geacht om de doelstelling van de marktanalyse te bereiken.

Aldus zou het hof het aan de regulator voorbehouden terrein van beleidskeuze in zake regulering betreden en zijn rechtsmacht overschrijden.

Het staat enkel aan de regelgevende instantie om het verweer te voeren tegen de middelen die worden aangevoerd tot vernietiging van haar beslissing.



Een tussenkomende partij die een belang kan doen gelden, kan haar standpunt formuleren ter bewaring van haar belang en de verwerende partij ondersteunen, maar dient overigens de rechtspleging te aanvaarden binnen de perken die door eiseres en verweerster zijn aangegeven.

Zodoende is ze niet gerechtigd om exceptief verweer toe te voegen.

176. Telenet werpt in dat verband nog wel tegen dat haar exceptie de scheiding der machten betreft, zodoende de openbare orde raakt en bijgevolg door het hof zelf zou dienen te worden opgeworpen.

Evenwel bevestigt die vaststelling alleen maar dat het boven geformuleerde beginsel aangaande de processuele beperkingen die gelden voor de tussenkomende partij de behoorlijke rechtsgang niet in het gedrang brengt in het geval door de regulator lacunair verweer zou worden gevoerd.

177. Krachtens artikel 5, vierde lid van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006, kan: *‘Tegen alle beslissingen van de CRC (...) binnen de 60 dagen nadat de beslissing aangetekend ter kennis werd gebracht van de belanghebbende partijen, bij het hof van beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kortgeding, beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld waarbij het hof de bestreden beslissing kan vervangen door een nieuwe beslissing.’* en het vijfde lid, tweede zin stelt: *‘Voor alle aspecten die betrekking hebben op de procedure voor het hof van beroep van Brussel, is het Gerechtelijk Wetboek van toepassing.’*

Het algemeen uitgangspunt blijkt dan ook te moeten zijn dat de ontvankelijkheid van de vordering tegen een beslissing van de CRC wordt beoordeeld naar de regels van het gemene gerechtelijke privaatrecht.

Zodoende komt een partij op tegen een beslissing van de CRC om haar belangen te beschermen en behoort zij in de regel met een vordering tot vernietiging enkel te viseren hetgeen haar belangen schaadt.

178. Overigens valt uit de voormelde regels niet af te leiden dat een belanghebbende partij alleen maar de volledige vernietiging van een beslissing van de CRC zou kunnen vorderen en dat het hof desgevallend noodzakelijkerwijs de beslissing van de CRC als zodanig zou dienen te vernietigen.

Of de gegrondverklaring van een middel de gedeeltelijke of volledige vernietiging van een beslissing met zich behoort te brengen, hangt uitsluitend af van de weerslag van het middel op het geheel van de beslissing en van de vraag of het hof het herstel waartoe de gegrondverklaring noopt al dan niet zelf kan bewerkstelligen.



Veronderstelt het herstel na vernietiging dat een appreciatie moet worden overgedaan, dan komt het enkel aan de regulator toe om opnieuw te beslissen. Heeft de vernietiging voor gevolg dat noodzakelijkerwijs alleen maar in een bepaalde zin kan worden beslist, zonder dat appreciatie eraan te pas komt, dan kan het hof een beslissing in de plaats stellen.

Zodoende zou het hof, zelfs indien volgens het dictum van de vordering slechts de vernietiging van onderdelen van een bestreden beslissing wordt gevorderd, ook kunnen vaststellen dat de gegrondheid van een middel niettemin voor gevolg moet hebben dat de beslissing als zodanig niet overeind kan blijven.

Overigens, zou dit laatste de conclusie moeten zijn, dan zou het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel het hof er niettemin nog kunnen doen toe besluiten dat de uitwerking van de beslissing op de nodige punten tijdelijk dient overeind te worden gehouden (cfr. Grondwettelijk Hof, arrest n° 73/2013 van 30 mei 2013).

179. Uit het bovenstaande volgt dat er geen reden bestaat om de vordering van eiseres Belgacom niet-ontvankelijk te verklaren.

**(b) schending van regels die het beslissingstraject betreffen.**

180. Als eerste middel voert Belgacom aan dat de verplichting tot openbare raadpleging werd miskend en dat haar recht van verdediging werd geschonden, evenals het algemeen rechtsbeginsel ‘audi et alteram partem’.

Ze ontwikkelt dit middel als volgt: de ontwerpbeslissingen van 21 december 2010 die ter raadpleging werden voorgelegd, bevatten geen uitsluitingen wat de mogelijkheid betreft voor Belgacom om gebruik te maken van de verplichtingen die opgelegd worden aan de kabeloperatoren. Over deze uitsluiting werd er dus geen raadpleging gehouden.

Die uitsluiting komt neer op een sanctie, terwijl Belgacom hierover geen verdediging heeft kunnen voeren.

Zelfs indien die uitsluiting niet als een sanctie wordt beschouwd, dan blijft nog dat Belgacom hierover niet werd gehoord, terwijl de beslissingen haar belangen raken en zij een gewettigd vertrouwen kon koesteren dat ze van dezelfde verplichtingen zou kunnen genieten als alle andere alternatieve operatoren.



181. Het beginsel van de openbare raadpleging dat Belgacom geschonden acht, is vervat in artikel 6 van de Kaderrichtlijn (2002/21/EC van 7 maart 2002) volgens hetwelk de lidstaten ervoor zorgen dat: *‘wanneer de nationale regelgevende instanties voornemens zijn krachtens deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen maatregelen te nemen, dan wel wanneer zij voornemens zijn krachtens artikel 9, leden 3 en 4, beperkingen vast te stellen die een belangrijke impact op de betrokken markt hebben, de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen’*.

Dit communautaire voorschrift is omgezet in de toepasselijke regelgeving voor wat betreft het BIPT in artikel 40/13, § 2 van de Omroepwet van 30 maart 1995 en voor wat de VRM aangaat in artikel 192, § 3 van het Mediadecreet.

182. Uit de formulering van dat voorschrift blijkt dat beoogd wordt om de partijen die een belang kunnen doen gelden bij de voorgenomen beslissing de mogelijkheid te bieden om hun opmerkingen mee te delen over de ontwerpbeslissing. Eens die consultatieronde voorbij staat het aan de regelgevende instantie om te oordelen of er redenen zijn om in functie van de meegedeelde opmerkingen de ontwerpbeslissing al dan niet te wijzigen.

Geen enkele bepaling schrijft evenwel voor dat ook de eventueel gewijzigde beslissing op haar beurt aan consultatie dient te worden onderworpen. Op dit punt verschilt de verplichting van de regelgevende instantie niet van hetgeen haar staat te doen nadat de instanties aan wie de ontwerpbeslissing verplicht is genotificeerd of voor advies voorgelegd hun standpunt hebben meegedeeld. Wijziging van de ontwerpbeslissing in functie van die standpunten geeft geen aanleiding tot het hernemen van de voormelde fase uit het beslissingstraject.

De desbetreffende grief van Belgacom moet worden verworpen.

183. Wat de schending van de rechten van verdediging betreft, gaat Belgacom ervan uit dat de bestreden beslissingen ten hare opzichte een sanctie inhouden omdat ze voor haar nadelige uitsluitingen inhouden, terwijl het recht op verdediging als algemeen rechtsbeginsel ook dient te worden in acht genomen in administratieve procedures.

Anders dan Belgacom betoogt kunnen de bestreden beslissingen niet aldus worden beschouwd dat ze ten hare opzichte een sanctie zouden inhouden. Het betreft marktanalyses waarbij de regelgevende instanties hebben besloten dat de wettelijke voorwaarden zijn vervuld om ex ante verplichtingen op te leggen.

Ze hebben dus geen individuele strekking, ook al worden die verplichtingen opgelegd aan sommige actoren in de relevante markten en zijn de begunstigden van die verplichtingen beperkt tot de actoren die volgens de regelgevende instantie ter wille van de na te streven doelstelling het voordeel van die verplichtingen dienen te genieten.

De omstandigheid dat de regulator in een eerste fase van de besluitvorming van oordeel was dat Belgacom het voordeel van de verplichtingen kon genieten en nadien op dit standpunt is terug gekomen, verandert niets aan de natuur van de beslissing.

184. Zodoende kan de CRC geen tekortkoming aan het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging wegens de aard van de genomen beslissing worden verweten.

De grief wordt verworpen.

185. In zoverre Belgacom van oordeel is dat zij met toepassing van het beginsel van behoorlijk bestuur in elk geval diende te worden gehoord vooraleer de bestreden beslissingen werden genomen aangezien zij uitsluitingen in haar nadeel inhouden, dient te worden overwogen dat die onderdelen van de beslissingen niet toegesneden zijn op haar bedrijf als zodanig, maar op haar betekenis als telecomoperator in de relevante markten en in functie van de algemene doelstellingen van de regulering.

Alle marktdeelnemers, Belgacom inbegrepen, kregen tijdens de openbare consultatie de kans om alle feiten aan te brengen die volgens hen wegens hun relevantie in aanmerking dienden te worden genomen en op die wijze werd voor alle betrokkenen ook een schriftelijk hoorrecht gerealiseerd.

Navolgend is de inhoud van de beslissingen tot regulering onafhankelijk van de voordelen of nadelen die zij Belgacom zouden bezorgen en vermits Belgacom tot voor 1 juli 2011 bij ontstentenis van elke regulering van de omroepmarkt geen enkel van de voordelen genoot waarvan zij zich onterecht uitgesloten acht, werd zij ook niet uitgesloten van een voordeel dat ze genoot en evenmin rechtmatig kon verwachten.

186. De grief kan daarenboven geen doel treffen, aldus begrepen dat hij op zich grond zou kunnen opleveren om de bestreden beslissingen te vernietigen, nu Belgacom tijdens de rechtspleging voor het hof alle middelen kan ontwikkelen en alle feiten kan aanvoeren die zij voor de CRC had willen in aanmerking doen nemen.



Wat op dat vlak zou zijn fout gelopen, kan door het hof worden ondervangen met toepassing van de algemene rechtsmacht die haar krachtens artikel 5, vierde lid van de Samenwerkingsakkoord machtigt om een beslissing in de plaats te stellen.

Daarenboven vermag de regelgevende instantie tijdens die rechtspleging een eventuele lacune in de motivering aan te vullen met feiten die reeds bekend waren toen de beslissing werd genomen, maar bij veronderstelling in de beslissingen onvoldoende zouden geëxpliciteerd zijn.

187. Uit die beschouwingen volgt dat het onderdeel in zake de schending van het hoorrecht, zelfs al ware het gegrond, niet tot vernietiging van de bestreden beslissingen kan leiden.

De tweede grief moet eveneens worden verworpen.

**(c) de schending van de materiële motiveringsplicht.**

188. Met het tweede middel stelt Belgacom dat het algemeen beginsel van materiële motivering van administratieve akten werd geschonden.

Over de uitsluiting van Belgacom, zouden de bestreden beslissingen enkel een lapidaire motivering bevatten, maar geen analyse of evaluatie, zodat Belgacom a priori wordt uitgesloten.

Die motivering is in ieder geval ontoereikend om de dubbele uitsluiting van Belgacom te funderen, zo luidt de grief. De motieven in feite en in rechte die de uitsluiting zouden kunnen verantwoorden blijken niet uit de beslissingen, zodat het onmogelijk is, ook voor het hof, om de gronden voor de uitsluiting te verifiëren.

Ook zou niet worden geëxpliciteerd wat het aangevoerde 'bijzondere' aan de positie van Belgacom wel zou zijn en al evenmin hoe toegang tot de verplichtingen ten laste van de kabeloperatoren Belgacom lager op de investeringsladder zou brengen.

Daarenboven zou de bedoelde motivering van de bestreden beslissingen de globale motivering ervan intern contradictorisch maken.

189. De CRC is van oordeel dat de verstrekte motivering aan de wettelijke vereisten in zake motivering voldoet en voert hierover in het algemeen aan: (1) dat de motiveringsverplichting een positieve draagwijdte heeft: de overheid moet enkel uitleggen waarom zij een bepaalde beslissing heeft genomen, maar niet waarom ze niet anders heeft beslist, (2) de administratieve beslissing hoeft niet exhaustief gemotiveerd te zijn en





(3) de motiveringsverplichting houdt geen plicht in tot bewijslevering, enkel een kennelijke beoordelingsfout kan door de rechter worden gesanctioneerd.

Verder betoogt ze dat de bestreden beslissingen wel degelijk de redenen aangeven die rechtvaardigen om aan een onderneming het voordeel van de toegangsverplichtingen tot het digitale-televisieplatform en tot een internetdoorverkoop aanbod te verstrekken en geeft ze de verschillende concrete elementen aan die volgens haar het gerechtvaardigde en evenredige karakter van de door Belgacom betwiste uitsluitingen aantonen.

Deze stelling staft ze met de gegevens waarover ze beschikte op de datum waarop ze conclusie neemt, zowel wat de marktstructuur betreft als wat de bijzondere situatie van Belgacom aangaat, maar die ook een geactualiseerd aspect vertonen.

Verder legt ze uit hoe de positie van Belgacom ten aanzien van de 'investeringsladder' moet worden benaderd en welke de plaats hiervan is in het licht van de evenredigheid van de opgelegde verplichtingen.

190. Zoals Belgacom aangeeft, is de redengeving van de bestreden beslissingen voor wat betreft haar uitsluiting van de toegangsverplichtingen vervat in drie paragrafen, die voor de beide betrokken verplichtingen als volgt luiden:

*'De [VRM] stelt vast dat Belgacom zich ten opzichte van de andere operatoren in een speciale positie bevindt. Belgacom verkoopt reeds retaildiensten voor digitale televisie in (nagenoeg) de gehele dekkingszone van de respectieve kabeloperatoren.*

*De [VRM] vindt bovendien dat Belgacom door het platform voor digitale televisie van de kabeloperatoren te gebruiken om retaildiensten voor digitale televisie te verkopen, zich lager op de investeringsladder zou bevinden dan wanneer het dergelijke diensten op de markt brengt met behulp van zijn eigen middelen.*

*Rekening houdende met wat voorafgaat en met de algemene doelstellingen van het regelgevingskader, in het bijzonder de aanmoediging van efficiënte investeringen in infrastructuur, vindt de [VRM] dat Belgacom geen toegang moet krijgen tot het platform voor digitale tv van de kabeloperatoren.'* (VRM 916-918, BIPT-N 915-917, CSA 934-936).

Versus:

*'De [VRM] stelt vast dat Belgacom zich ten opzichte van de andere operatoren in een speciale positie bevindt. Belgacom verkoopt reeds multi play aanbiedingen die internet breedband-producten combineren met het product digitale tv, en biedt eveneens met televisieomroepdiensten geconnecteerd met een breedbandinternetverbinding aan.*



*De [VRM] vindt bovendien dat Belgacom, door gebruik te maken van het doorverkoop aanbod voor breedbandinternet van de kabeloperatoren te gebruiken om multi play aanbiedingen die internet breedband-producten combineren met het product digitale tv en televisieomroepdiensten geconnecteerd met een breedbandinternetverbinding te verkopen, zich lager op de investeringsladder zou bevinden dan wanneer het dergelijke diensten op de markt brengt met behulp van zijn eigen middelen.*

*Rekening houdende met wat voorafgaat en met de algemene doelstellingen van het regelgevingskader, in het bijzonder de aanmoediging van efficiënte investeringen in infrastructuur, vindt de [VRM] dat Belgacom geen toegang moet krijgen tot het doorverkoop aanbod breedbandinternet van de kabeloperatoren.’ (VRM 1022 – 1024, BIPT-N 1023-1025 , CSA 1052-1054 ).*

191. De voormelde paragrafen leveren wel de motieven voor de uitsluiting, maar geven niet aan om welke reden de verwoorde motieven in het licht van de te beoordelen marktsituatie en de situatie eigen aan Belgacom de uitsluiting kunnen verantwoorden.

Aldus beschouwd schiet de redengeving te kort en laat ze inderdaad niet toe om na te gaan of de uitsluitingen door die motieven kunnen worden gedragen.

192. Evenwel kan de CRC die motivering in de voorliggende rechtsgang alsnog aanvullen en verduidelijken met gegevens die bekend waren toen ze de bestreden beslissingen nam en die de feitelijke band kunnen leggen tussen met een aangevoerde vaststelling en de eruit volgende logische conclusie dat er reden bestaat om Belgacom uit te sluiten van het voordeel van de verplichtingen.

Gegevens die later dateren zouden enkel in aanmerking kunnen worden genomen binnen het kader van de post factum toetsing van de prospectieve benadering van de marktanalyse, al behoort die benadering zelf te steunen op de bestaande toestand en de gegevens uit het verleden (Richtsnoeren van 11 juli 2002, Doc. 2002/C 165/03, punt 20).

In een ruimer verband dan aangegeven worden ze door het hof dan ook niet in de beoordeling betrokken.

193. Over de wijziging in haar standpunt omtrent de personele reikwijdte van de verplichtingen die opgelegd worden aan de operatoren, stelt de CRC in haar laatste conclusie in het algemeen: *“De marktanalyse in het oorspronkelijk ontwerp drong het besluit niet op waartoe datzelfde ontwerp kwam. Na afloop van de openbare raadpleging was de CRC, ingelicht door de raadpleging, van oordeel dat een andere keuze diende gemaakt te worden over een toepassingsmodaliteit ratione personae van bepaalde remedies die zij had weerhouden.”*



Hieruit volgt dat moet worden aangenomen dat de CRC binnen het kader van voorliggende gegevens, die ongewijzigd bleven tussen het ogenblik waarop een beslissing ter raadpleging werd meegedeeld en het ogenblik waarop definitief werd beslist, een eerder gemaakte beleidskeuze heeft bijgesteld wat de personele reikwijdte van verplichtingen betreft ten aanzien van Belgacom.

194. In haar conclusie legt de CRC uit dat in de verstrekte redengeving besloten ligt dat de grondslag voor de toekenning tot of uitsluiting van de toegang tot de opgelegde verplichtingen afhangt van de capaciteit van de operator om met haar eigen middelen de digitale-televisieaanbiedingen van de kabeloperator te beconcurreren. Een operator zonder digitaal platform moet zo in staat zijn de aanbiedingen van de dominante onderneming te reproduceren.

De passus in de beslissingen die de rechtvaardiging van de uitsluitingen verwoordt, luidt: *‘De toegang tot het digitale platform moet worden verplicht opdat alternatieve operatoren die niet over een omroepplatform beschikken, digitale-omroepdiensten (met inbegrip van premium-en themakanalen en interactieve diensten als video-on-demand, ...) en/of multiple-playaanbiedingen kunnen aanbieden en op die manier kunnen concurreren met de huidige aanbiedingen van de SMP-operator.’* (VRM 906, BIPT-N 905, CSA 924).

195. Evenwel werpt Belgacom in dat verband tegen, zonder op dit punt te worden tegengesproken, dat een passus als de bovenstaande ook al was opgenomen in de ontwerpbeslissingen, dat de toestand op dit vlak niet geëvolueerd is tussen het tijdstip van de ontwerpbeslissing en dat van de eindbeslissing maar zij uiteindelijk toch werd uitgesloten van het voordeel van de verplichtingen.

Verder geeft ze aan dat een dergelijke uitsluiting niet is opgenomen in de beslissingen van 1 juli 2011 in zake de breedbandmarkten, terwijl elke kabeloperator in zijn verzorgingsgebied Belgacom kan beconcurreren maar een dergelijke uitsluiting voor hen niet werd beslist. Ook stelt ze hierover dat ze op 1 juli 2011 niet de enige operator was die over een omroepplatform beschikte (M7 Group met TV Vlaanderen en Mobistar) en ook niet de enige met een platform dat een ‘nagenoeg nationaal’ dekkinggebied bestreek. Daar voegt ze nog aan toe dat het bestaan van haar platform de kabeloperatoren niet heeft belet om extreem hoge marktaandelen te behouden.

196. In verband met haar voorgehouden ‘bijzondere positie’ werpt Belgacom tegen dat de CRC haar in de conclusies bestempelt als een ‘effectieve concurrent’, terwijl de bestreden beslissingen aannemen dat de afwezigheid van daadwerkelijke mededinging precies de verantwoording leveren voor het regulerende ex ante optreden.



Verder wordt voor die effectieve concurrentie verwezen naar cijfers op nationaal niveau, terwijl de relevante geografische markten werd afgebakend op het niveau van de dekkingsgebieden van de kabelnetwerken.

Zodoende zou de in conclusies verstrekte nadere toelichting bij de motivering zelfs tegenstrijdig zijn.

197. Overigens betwist Belgacom dat haar positie ‘bijzonder’ zou zijn ten opzichte van de andere alternatieve operatoren en wijst in dat verband op de ontstentenis van ernstige, concrete en relevante elementen in de zin. Ze haalt voornamelijk technologische beperkingen aan en daarbij aansluitende beperkingen op het vlak van dekkingsgebied: minder snelheid, geen bereik tot alle gezinnen en geen analoge TV, maar één toestel kan worden aangesloten en ook beperktere commerciële prestaties.

Evenmin kan volgens haar worden aangenomen dat haar situatie bijzonder zou zijn ten opzichte van de kabeloperatoren: ze wijst op hun monopolie in zake analoge omroepdiensten, hun 70% marktaandeel voor omroepdiensten (analoog plus digitaal) en hun 60% breedband internetdiensten, terwijl ze toch genieten van de haar opgelegde verplichtingen, multicast inbegrepen.

De kwalificatie van haar toestand als ‘bijzonder’ zou ook het nodige prospectieve karakter van de analyse miskennen wat de ontwikkeling van de techniek ‘vectoring’ en ‘pair bonding’ betreft, daar die technologische ontwikkeling niet binnen een precieze tijdslijmiet zou geïmplementeerd geraken en al zeker niet binnen de geldingsduur van de analyse.

198. Overigens stelt ze dat de algemene uitsluiting van de toegang op grond van de aangenomen ‘bijzondere situatie’ in werkelijkheid gelijkstaat aan een beslissing die elk van haar uitgaande verzoek om toegang als a priori en in abstracto ‘onredelijk’ beschouwt, terwijl de wet haar dit niet toestaat.

Ten slotte stelt ze hierover dat de motivering ook hierom tegenstrijdig is, dat ze enerzijds aanneemt dat het voor de alternatieve operatoren een handicap zou vormen dat ze voor hun multiplay aanbiedingen een beroep zouden dienen te doen op méér dan één netwerk, terwijl haar uitsluiting van toegang tot het digitale netwerk van de kabeloperatoren precies voor gevolg heeft dat ze geen aanbod van analoge televisie kan doen, zonder gebruik van twee netwerken.

Geen van de onderscheidingen die door de CRC in conclusies worden aangebracht tussen digitale televisie en breedbandinternet als onderdeel van een bundel, tegenover analoge televisie als onderdeel van een bundel, zou hout snijden.



De weg langs twee verschillende platformen voor de alternatieven weegt volgens haar niet zwaarder dan de weg naar één platform van een kabeloperator plus dat van haarzelf, aangezien zij krachtens de haar opgelegde verplichtingen op de markten 4 en 5 een niet-discriminatieverplichting heeft na te leven: zij dient de alternatieve operatoren dezelfde voorwaarden te bieden als diegene die voor zichzelf heeft.

199. Over de investeringsladder ten slotte, -waarover ze in het algemeen aangeeft dat het een vaag begrip is- argumenteert Belgacom dat de regulator het leidende beginsel in zake het bevorderen van infrastructuurinvesteringen al behoorde in de afweging te betrekken toen de ontwerpbeslissingen werden aangenomen, zodat die verwijzing de uitsluiting niet kan verantwoorden.

Er is volgens haar geen reden om aan te nemen dat mocht zij toegang hebben tot het kabelnetwerk, zij geen reden meer zou hebben om in haar eigen netwerk te investeren en aldus lager op de investeringsladder zou komen te staan.

De noodzaak tot het verhogen van de performantie van haar eigen netwerk blijft volgens Belgacom onverkort bestaan.

Ze wijst er in dit verband op dat de regulering slechts geldt voor drie jaar, zodat ze zich niet kan veroorloven om afhankelijk te worden van het kabelnetwerk en dat ze sowieso significant moet investeringen om de beperkingen op haar eigen netwerk weg te werken (ontwikkeling van technieken vectoring en pair bonding).

Verder doet ze gelden dat de CRC het concept 'investeringsladder' op ongelijke wijze toepast al naargelang de gereguleerde markt: omroepmarkt dan wel breedband. De kabeloperatoren krijgen in hun verzorgingsgebied, waar ze SMP-operator zijn, wel de mogelijkheid om beroep te doen op groothandelsdiensten van Belgacom inzake breedbandinternet, multicast inbegrepen.

Ook krijgen de kabeloperatoren de kans om via dienstenconcurrentie de klantenbasis van Belgacom te bewerken, terwijl het omgekeerde wordt uitgesloten.

200. Op grond van de feitelijke gegevens die bij de analyse als relevant worden beschouwd, kan moeilijk worden betwist dat Belgacom als operator die als enige over een IPTV-netwerk beschikt ten opzichte van de kabeloperatoren niet op dezelfde lijn kan worden geplaatst als de operatoren die zelf over geen enkele oproepnetwerkinfrastructuur kunnen beschikken.

Zij beschikt over een uitgebreid lokaal breedbandtoegangsnetwerk, over een performant digitale-televisieplatform en over een klantenbasis die ze sedert haar intrede in 2005 op de omroepmarkt heeft weten uit te breiden tot een niveau dat van haar de tweede operator in de relevante markt heeft gemaakt, zowel in volume als in ontvangsten.



In zoverre de bestreden beslissingen uitsluiting van Belgacom mee rechtvaardigen op grond van haar speciale toestand, blijft de vraag enkel of te motiveren valt dat de toestand van Belgacom 'voldoende bijzonder' is vergeleken met die andere operatoren, ten aanzien van de doelstelling van de marktanalyse - een detailomroepmarkt tot stand brengen die daadwerkelijke mededinging kent- en van de hiertoe gekozen remedies .

201. De CRC voert geen gericht specifiek verweer omtrent de tegenwerping van Belgacom dat in de ontwerpbeslissingen niet werd voorgesteld om haar uit te sluiten van het voordeel van twee verplichtingen en dat de passus boven vermeld onder randnummer 194. ook te lezen stond in de ontwerpbeslissingen.

Het valt principieel niet te rijmen dat op basis van onveranderde gegevens als noodzakelijk voor de marktwerking wordt beschouwd dat een onderneming toegang krijgt en dat navolgend wordt aangenomen dat die marktwerking vergt dat betrokken onderneming geen toegang krijgt.

Evenwel kan die vaststelling, op zich beschouwd, in beginsel net zo goed aldus worden uitgelegd dat ingevolge opmerkingen die werden geformuleerd tijdens de consultatieronde, met name ten aanzien van Belgacom, die passus moest leiden tot uitsluiting -in welk geval de ontwerp beslissing ten goede werd geamendeerd- als zou worden aangenomen dat nu ondanks die passus in de ontwerp beslissing toch niet tot uitsluiting werd beslist, die passus geen steun kan bieden voor een wijziging naar uitsluiting, in welk geval de ontwerp beslissing onterecht werd geamendeerd.

In die zin benaderd zou het met de uitsluiting dus ook kunnen gaan om een verbetering in de zin van het verzekeren van de coherentie in de beslissing.

202. Die mogelijke verklaring over het behoud van een tekst met wijziging van de draagwijdte van de remedies, wordt evenwel overschaduwd door het gegeven dat de CRC in de beslissing over de breedbandmarkten die eveneens op 1 juli 2011 werd genomen, de kabeloperatoren niet heeft uitgesloten van het voordeel van de verplichting tot toegang, terwijl ze SMP operator zijn in hun dekkingsgebied en aan de eindgebruikers breedbandinternetdiensten aanbieden en ten tijde van de beslissingen overigens met een hogere snelheid dan de internetdiensten van Belgacom.

Over die disparate conclusies verstrekt de CRC geen enkele toelichting.

Tegelijk legt ze uit niet hoe de uitsluiting van de toegang ten aanzien van Belgacom kan bijdragen aan de te realiseren doelstelling, gegeven dat de betreding door Belgacom van de relevante markt de aandelen op die markt van de kabeloperatoren niet dermate heeft kunnen aantasten dat ze geen SMP-operator meer zijn.



Die vaststellingen bieden steun voor de thesis dat het enkele gegeven dat een alternatieve operator op de relevante geografische markt over een eigen omroepplatform beschikt, niet determinerend is voor de rechtvaardiging om al dan niet toegang te verlenen tot een digitaal kabelnetwerk met het oog op het concurrentiëler maken van de relevante kleinhandelsmarkt.

203. Verder klopt de kritiek van Belgacom ook dat de CRC zich in haar toegevoegde motivering niet zonder contradictie kan beroepen op de performanties van Belgacom op nationaal niveau, terwijl de relevante markt geografisch werd afgebakend op het niveau van de dekkingsgebieden van de kabelnetwerken. De nationale prestaties van Belgacom missen dan de nodige relevantie om de draagwijdte van een remedie op het niveau van het dekkingsgebied van een kabelnetwerk te verantwoorden.

De prestaties van Belgacom op nationaal vlak kunnen zodoende geen steun bieden voor het motief dat haar positie op de lokale geografische markt als ‘speciaal’ kwalificeert.

Zo ook moet worden aangenomen dat er geen ‘speciale’ toestand in hoofde van Belgacom kan worden aangenomen, wanneer de handicap wordt ingeschat die erin bestaat dat een operator voor een multiplay aanbod met méér dan een leverancier voor toegangsdiensten moet onderhandelen.

Wordt een concurrentiële handicap aanvaard in hoofde van de alternatieve operator die twee platformen moet inschakelen om een multiplay aan te bieden, dan kan die handicap niet worden ontkend in hoofde van Belgacom, die bij uitsluiting van toegang tot het digitale platform van de kabeloperatoren, voor het aanbod van analoge televisie, als onderdeel van een multiplay, zelf ook twee platformen moet activeren.

Er is immers geen redelijke grond om aan te nemen dat multiplay op dat vlak anders zou moeten worden ingeschat wanneer het er, zoals in het geval van Belgacom, een operator enkel om te doen is analoge televisie mee in te sluiten.

Even terecht merkt Belgacom in dit verband op dat krachtens haar verplichting tot niet-discriminatie, zij op het vlak van de toegang tot haar netwerk met het oog op breedbandinternet zichzelf geen gunstiger technische of tarifaire voorwaarden kan toekennen dan aan de overige operatoren. Zodoende valt ze in dit opzicht als een concurrentieel gelijke te beschouwen van de andere operatoren.

204. De beoordeling van de andere aangevoerde rechtvaardigingsgrond voor de uitsluiting, met name dat Belgacom lager op de investeringsladder zou uitkomen indien ze toegang krijgt tot een digitaal kabelplatform dan wanneer ze haar eigen platform dient te benutten, geeft aanleiding tot even kritische overwegingen.



Zoals Belgacom aangeeft, heeft zij in het geval ze toegang krijgt tot het digitale platform van de kabeloperatoren niet minder reden om haar investeringsniveau te handhaven en haar technologische ontwikkeling veilig te stellen aangezien het toegangsrecht niet verder reikt in de tijd dan de geldingsduur van de analyse en ze bij het einde hiervan eenzelfde niveau van dienstverlening moet kunnen zien te bieden als in geval van digitale diensten verleend via een kabelnetwerk.

De CRC geeft omtrent de prestaties van het netwerk van Belgacom trouwens zelf aan *‘dat de door Belgacom gerealiseerde investeringen in de loop van de laatste 2-3 jaren haar hebben toegelaten het merendeel van deze obstakels te overwinnen waarmee zij zich geconfronteerd wist in 2010-2011 en waarvan de CRC blijk heeft gegeven in de Bestreden Beslissingen’* (voetnoot 250 van haar syntheseconclusies).

Het motief geput uit de aanname dat met toegang tot een digitaal kabelnetwerk Belgacom op een lagere trede van de ‘investeringsladder’ zou terechtkomen en aldus de infrastructuurinvesteringen zouden achtergesteld worden, hetgeen ingaat tegen de doelstellingen van het reglementair kader, is dan ook niet redelijk verantwoord.

Het tegendeel van de aangevoerde achterstelling blijkt post factum uit de gerealiseerde investeringen.

Er kan in dat verband trouwens nog worden aangestipt dat hetzelfde motief, mutatis mutandis, niet wordt aangehaald ten overstaan van kabeloperatoren die een beroep zouden doen op de groothandelsdiensten van Belgacom binnen het bestek van de analyse van de breedbandmarkten.

205. Ten slotte doet aan het voorgaande niet af het feit dat Belgacom intussen, twee jaar na de bestreden beslissingen, te kennen gaf af te zien van elke toegang tot een kabelnetwerk en elk doorverkoop aanbod.

Een van de redenen die ze hiervoor aangaf is trouwens dat de uitvoering van de beslissingen van 1 juli 2011 te lang op zich heeft laten wachten.

Evenmin is van overwegend belang dat de Europese Commissie de uitsluitingen niet heeft bekritiseerd, maar integendeel gerechtvaardigd achtte. Ze heeft immers niet kunnen oordelen over extensieve redengeving in dat verband enerzijds en evenmin om nadere redengeving hierover verzocht anderzijds, ofschoon de motiveringsplicht dit zou gevergd hebben.

206. De conclusie uit dit alles luidt dat het tweede middel in zake schending van de materiële motiveringsplicht gegrond is.





De beleidskeuze waarbij Belgacom wordt uitgesloten van de verplichtingen in zake toegang tot het digitaal platform van de kabeloperatoren en tot doorverkoop van het aanbod in zake breedband internet valt met de verstrekte redengeving, zoals ze in conclusies werd uitgebreid en binnen de perken van hetgeen het hof hiervan in aanmerking kan nemen, niet te rechtvaardigen.

Het aangegeven 'bijzondere' in de toestand van Belgacom en het argument inzake het veilig stellen van de investering in infrastructuur schieten te kort.

Overigens zouden toegangsverzoeken van Belgacom aan een redelijkheidstoets worden onderworpen, zoals een verzoek van iedere andere operator, zodat, mochten er op dat ogenblik bijzondere omstandigheden zijn, deze alsnog aan die toets kunnen worden onderworpen.

**(d) de schending van het gelijkheidsbeginsel en de non-discriminatie.**

207. Met het derde middel betoogt Belgacom dat het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel werden geschonden.

De stelling luidt dat vergelijkbare omstandigheden waarin Belgacom zich bevindt ten aanzien van de kabeloperatoren onterecht als ongelijk werden bestempeld binnen het relevante referentiekader voor vergelijking.

Verder zouden de uitsluitingen die Belgacom worden opgelegd niet berusten op objectieve criteria, de door de beslissingen beoogde doelstelling niet dienen en ook een disproportioneel karakter hebben.

Disproportionaliteit wordt gezien in het 'algemene, absolute en a priori' karakter van de uitsluiting -

208. Het referentiekader dat door Belgacom wordt voorgesteld om de ongelijkheid of gelijkheid af te toetsen bakent ze in het kader van de door de beslissingen nagestreefde doelstelling, met name het verhelpen van concurrentiële gebreken op de relevante markt, af op drie vlakken : de technologie waarmee de operatoren toegerust zijn, hun positie op de markt en de dekkingsgraad die de operatoren bereiken.

Op het vlak van de technologie acht ze zich in een nadeliger positie wegens de beperkingen van DSL, zowel wat bereikbare doorgiftesnelheid betreft als wegens de afstand tussen een distributiepunt en het installatiepunt (eindgebruiker).

Haar nadelige positie in de markt blijkt volgens haar uit de zeer ongelijke marktaandelen (10% tot 30% voor haarzelf, 70% tot 90% voor de kabeloperatoren), die maken dat ze nog niet kan worden beschouwd als een 'effectieve concurrent'.



Ze verwijst naar de ontstentenis van prijsdruk op de kabeloperatoren en naar 'expansiedrempels' die maken dat eindgebruikers niet worden aangezet om een operator te verlaten.

Wat de dekking betreft, geeft ze aan dat de kabeloperatoren een dekkinggraad van 95% van de bevolking halen en dat die constant blijft ten aanzien van alle gebruikers, terwijl voor het IPTV-platform die graad door de CRC op 89% werd geraamd en wegens de DSL-technologie zelf de beeldkwaliteit ervan varieert al naargelang de afstand die moet worden overbrugd vanaf het distributiepunt (vraag naar HDTV en daling van de graad mogelijk tot 73%) en de vraag naar meer dan één televisietoestel.

209. Uit die gegevens leidt ze af dat, vanuit het oogpunt van regulering beschouwd, haar situatie van die aard is dat ze zonder regulering niet in staat is om effectief te concurreren op de markt van de televisieomroep en zich zodoende in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van de andere alternatieve operatoren.

Zodoende acht ze de haar opgelegde uitsluiting van toegang tot groothandelsverplichtingen discriminerend.

Overigens wijst ze er op dat de bestreden beslissingen en het administratief dossier geen enkele analyse bevatten betreffende die uitsluitingen en ook dat er geen precedent bestaat van een beslissing van een regulator in de sector van de elektronische communicatie waarbij een operator a priori en absoluut wordt uitgesloten.

210. Eenzelfde ongelijke behandeling ziet ze in haar behandeling vergeleken met deze van de kabeloperatoren in het referentiekader van de analyse van de breedbandmarkten, waar de laatstgenoemde operatoren niet aan enige uitsluiting worden onderworpen.

Hierover voert Belgacom aan dat de regulatoire context (daadwerkelijke mededinging bereiken), de dekkinggraad (89% van de bevolking bereikt internet via de kabel, hetzelfde procent als Belgacom met televisiediensten) en de marktsituatie (relevante produktmarkt-definitie en marktaandelen) vergelijkbaar zijn, wat de omgeving betreft waarin de operatoren actief zijn op breedbandmarkt, versus de televisieomroepmarkt, maar dat aan de kabeloperatoren in vergelijkbare omstandigheden geen enkele uitsluiting werd opgelegd ten aanzien van Belgacom.

De criteria tot uitsluiting, met name de bijzondere positie van Belgacom en haar plaats op de investeringsladder, kwalificeert ze als niet objectief en irrelevant in functie van de beoogde doelstelling.



211. De CRC voert hierover ter verdediging aan dat de verschillende behandeling gerechtvaardigd is op objectieve gronden wegens de speciale situatie waarin Belgacom zich bevindt.

Ook wijst ze er op dat Belgacom zichzelf in officiële mededelingen kwalificeert als voornaamste “*challenger TV*” van de kabeloperatoren en dat ze, in tegenstelling tot de andere alternatieve aanbieders, over een lokaal toegangsnetwerk met nationale dekking en over een performant digitale-televisieplatform beschikt , terwijl haar bedrijfsresultaten in geen enkele verhouding staan tot die van de andere aanbieders van televisie en internet.

Die elementen zouden haar fundamenteel verschillend maken van de andere concurrenten: een heel omvangrijk klantenbestand, financiële stabiliteit, een uitgebreid netwerk en een performant TV-platform. Belgacom vertegenwoordigt een derde van de markt inzake digitale televisie en nog meer inzake internet.

Voor wat betreft de verwijzing naar de breedbandmarkten, werpt de CRC tegen dat het verschillende relevante markten betreft, dat de mededingingsstructuur er verschillend is en dat de gekozen regelgevende optie beantwoordt aan verschillende technische, economische vereisten.

212. Overigens wijst ze er nog op dat de uitsluitingen van toegang tot het referentieaanbod Belgacom niet beletten om elke andere vorm van toegang te vragen aan de kabeloperatoren, buiten het referentieaanbod.

Mocht die worden geweigerd, dan zou het aan de regulator toekomen om zich uit te spreken over de gegrondheid van het verzoek *‘in het licht van de haalbaarheidsgraad van de levering van het aanbieden van de voorgestelde toegang, van de beschikbare capaciteit of van de technische en economische leefbaarheid van de gevraagde toegang’*, zo luidt het argument.

Ze wijst er in dat verband op dat de bestreden beslissingen gewag maken van een Mededeling van het BIPT van 29 januari 2002 met de criteria waarop de regulator zich met name zou kunnen baseren om het al dan niet redelijke karakter van een door Belgacom geformuleerd verzoek om toegang te beoordelen.

Zodoende besluit ze dat het verschil in behandeling tussen Belgacom en de nieuwe toetreders niet volledig is, zodat *‘de door de bestreden beslissingen ingestelde regulering, hoewel in zekere mate asymmetrisch, niet discriminatoir is in het licht van de speciale situatie van Belgacom en van wat er op het spel staat’*.



213. In wezen sluit het derde middel in zake de ongelijke behandeling geheel aan bij de feiten waaruit het tweede middel is geput, met name dat het bestaan van de ‘bijzondere in de toestand van Belgacom’ en ‘de investeringsladder’ niet deugdelijk worden gemotiveerd.

Boven is onder randnummer 204. aangenomen dat de aangevoerde speciale situatie en de plaats op de investeringsladder geen adequate motivering leveren voor de uitsluiting van toegang tot groothandelsdiensten in functie van het regulatorisch nagestreefde doel.

Dan volgt hieruit zondermeer dat diezelfde feiten evenmin dienstig kunnen zijn om ten aanzien van Belgacom onderscheid in behandeling te verantwoorden en zodoende een ten aanzien van de alternatieve operatoren ongelijk werkende remedie in te stellen.

214. Het staat buiten kijf dat de toestand van Belgacom op verschillende vlakken aanzienlijk verschilt van deze van de andere alternatieve operatoren, maar niet per se op domeinen die relevant zijn met het oog op het bewerkstelligen van mededinging op de relevante kleinhandelsmarkt.

De omvang van Belgacom -die zich een uitdager noemt-, haar omvang klantenbestand, financiële stabiliteit en IPTV-platform, mogen dan al een realiteit zijn, ze vermochten klaarblijkelijk niet om haar na zes jaar te maken tot een operator die daadwerkelijke mededinging kon bewerkstelligen.

Zodoende zijn die elementen vanuit regulerend oogmerk beschouwd niet pertinent.

215. Zo elementen uit de beslissingen over de breedbandmarkten in aanmerking konden worden genomen om de consistentie van verstrekte motivering te toetsen, gelet op de manier waarop ze steun behoren te bieden voor een opgelegde remedie, zijn ze daarentegen irrelevant voor wat het aantonen van eventuele discriminatie betreft.

Het vergelijkbare van de ‘regulatorische context’ neemt immers niet weg dat elke analyse haar eigenheid heeft, zodat in de regel zou kunnen verantwoord zijn dat een maatregel die wordt voorgesteld binnen het bestek van een relevante markt, niettemin in omstandigheden die tot op zekere hoogte vergelijkbaar lijken in een andere markt niet worden getroffen.

De bewuste beslissingen maken overigens het onderwerp uit van andere rechtsplegingen wegens het beroep dat Belgacom ertegen heeft ingesteld. Die beroepen vergen onderzoek dat niet binnen de voorliggende rechtspleging kan worden gevoerd.



216. Ook het argument dat door de CRC wordt geformuleerd betreffende de mogelijkheid voor Belgacom om via commerciële onderhandelingen de toegang te bekomen die haar als regulering niet wordt toegekend is niet dienstig om het verschil in behandeling te ontzenuwen.

Immers, vooreerst ligt in dit argument besloten dat er toch redenen zou kunnen zijn om Belgacom de toegang te verlenen die haar regulerend wordt ontzegd, terwijl die, zoals reeds aangegeven, op basis van de redelijkheidstoets zou kunnen worden ontzegd.

Het ziet ook over het hoofd dat het referentieaanbod gereguleerde waarborgen inhoudt of technisch en financieel vlak, terwijl de Mededeling van 2002 hierover geen enkel detail verstrekt.

Zodoende, zelfs indien toegang op commerciële basis -die tot dusver trouwens door de kabeloperatoren werd geweigerd aan de alternatieve operator die erom vroeg: Mobistar- dan nog biedt zulks Belgacom geen uitzicht op gelijke behandeling.

217. Het besluit uit dit alles luidt dat de twee uitsluitingen van Belgacom tot de gereguleerde groothandelsverplichtingen van de kabeloperatoren geen verantwoorde asymmetrische behandeling, maar ongelijke behandeling inhoudt.

Zodoende is het derde middel ten betoge dat Belgacom ongelijk wordt behandeld gegrond.

### **III. Algemeen besluit.**

218. De vorderingen van Telenet tot vernietiging van de bestreden beslissingen is ongegrond en wordt verworpen.

De vorderingen tot tussenkomst in die beroepen zijn ongegrond in hoofde van SCRL Publifin, S.C. Aiesh en SCRL Brutélé.

De vordering tot tussenkomst in die beroepen zijn gegrond in hoofde van NV Mobistar en NV Belgacom.

219. De vordering van Belgacom tot vernietiging van de twee bestreden beslissingen op de door haar geïncrimineerde punten is gegrond.

Uit de behandeling van het tweede en derde middel van Belgacom volgt dat op de in de bestreden beslissingen aangegeven gronden, zoals die door de CRC in conclusies nader zijn geëxpliciteerd, niet valt te rechtvaardigen dat Belgacom voor de geldingsduur van die beslissingen wordt uitgesloten van de toegang tot het platform voor digitale televisie en tot een doorverkoop aanbod van het aanbod voor breedbandtoegang.

Ook ligt erin besloten dat op basis van alle beschikbare te analyseren feitelijke gegevens en de doelstellingen van het reglementair kader die bij de regulering moet voorzitten de nationale regelgevende instantie alleen maar kon beslissen dat Belgacom niet uit de personele reikwijdte van één van de drie aan de SMP-operatoren opgelegde verplichtingen kan worden gesloten.

220. Zodoende beslist het hof om de bestreden beslissingen enkel te vernietigen om de twee door Belgacom geïncrimineerde punten, zoals hierna bepaald, en bestaat er geen reden om de CRC op te dragen over die punten opnieuw te beslissen.

221. De vorderingen tot tussenkomst in de beroepen van Belgacom zijn ontvankelijk maar ongegrond in hoofde van NV Telenet, SCRL Publifin en SCRL Brutélé.

#### **IV. De kostenregeling en de mededeling van het arrest.**

222. De kosten van de rechtspleging gemaakt door Telenet blijven ten hare laste en aan de CRC komt een rechtsplegingvergoeding toe van 1.320 EUR, zoals gevorderd.

223. De kosten van de rechtspleging gemaakt door Belgacom komen ten laste van de CRC, met inbegrip van de rechtsplegingvergoeding die 1.320 EUR bedraagt, gelet op het feit dat de vorderingen niet in geld waardeerbaar zijn en er geen redenen worden aangevoerd die de toekenning van een hoger bedrag zouden moeten wettigen.

224. Er bestaat geen reden om in te gaan op de vordering van de CRC die er toe strekt om de griffie van dit Hof te gelasten een vrij afschrift van onderhavig arrest zoals bedoeld in artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek ter beschikking te stellen van elke partij op de dag van de uitspraak van dit arrest.

Alle betrokken partijen worden op de dag van uitspraak van deze beslissing simultaan in kennis gesteld van de uitspraak.

## **V. Dictum.**

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

De gevoegde zaken 2011/AR/2415 en 2011/AR/2418 worden gevoegd met de reeds gevoegde zaken 2011/AR/2289, 2011/AR/2290 en 2011/AR/2291.

De vorderingen tot vernietiging ingesteld door NV Belgacom in de zaken AR/2011/2415 en AR/2011/2418 zijn ontvankelijk.

De gevoegde vorderingen van Telenet zijn ongegrond en worden verworpen.

De tussenkomsten in de door Telenet ingeleide vorderingen zijn ongegrond in hoofde van SCRL Publifin, SC Aiesh en SCRL Brutélé en gegrond in hoofde van NV Mobistar en NV Belgacom.

De gevoegde vorderingen ingesteld door NV Belgacom zijn gegrond als volgt:

- In de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende het Nederlandse taalgebied, worden de nummers 916 tot en met 918 evenals de nummers 1022 tot en met 1024 vernietigd.
- In de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende het tweetalige taalgebied Brussel-Hoofdstad worden de nummers 915 tot en met 917 en de nummers 1023 tot en 1025 vernietigd.

De vorderingen tot tussenkomst ingesteld door NV Telenet, SCRL Publifin en SCRL Brutélé in de door NV Belgacom ingeleide vordering zijn ontvankelijk maar ongegrond.

De kosten van de gevoegde rechtsplegingen worden als volgt begroot: op 558 EUR rolrechten en 1.320 EUR rechtsplegingvergoeding voor de CRC ten laste van Telenet; op 372 EUR rolrechten en 1.320 EUR rechtsplegingvergoeding voor Belgacom, die ten laste komen van de CRC.



Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 12 november 2014 door

Paul BLONDEEL

Eric BODSON

Nicole VAN CROMGRUGGHE

Darie VAN IMPE

Voorzitter

Raadsheer

Plaatsvervangend raadsheer

Griffier

die alle zittingen in deze zaken hebben gehouden en over het arrest hebben beraadslaagd.

D. VAN IMPE

N. VAN CROMBRUGGHE

E. BODSON

P. BLONDEEL

PAGE 01-00000046240-0112-0114-01-03-4





## **INHOUDSTAFEL.**

|  |     |
|--|-----|
| I. De voorafgaande rechtspleging.  | 1.  |
| II. De grond van de vorderingen.   |     |
| A. Algemene situering.   | 7.  |
| B. De feiten van de analyse en de inhoud van de bestreden beslissingen   | 14. |
| C. De middelen tot vernietiging van de bestreden beslissingen  | 35. |
| i) door Telenet  | 36. |
| ii) door Belgacom  | 38. |
| D. De relevante voorschriften naar Europees en nationaal recht.  | 40. |
| i) Europees  |     |
| ii) nationaal: federaal recht en recht van de gemeenschappen   |     |
| E. De standpunten van de tussenkomende partijen Telenet, Publifin, Brutélé en Mobistar                                 | 41. |
| F. Beoordeling van de middelen   |     |
| §1. Middelen voorgesteld door Telenet.   |     |
| a) de onpartijdigheid  | 48. |
| b) de opmerkingen van de Europese Commissie  | 57. |
| c) de relevante product-en dienstenmarkt, de geografische markt, de drie-criteria-test en de aanmerkelijke marktmacht. |     |
| (1) de relevante product- en dienstenmarkt   | 65. |
| (2) de afbakening van de geografische markt  | 74. |



|  |      |
|--|------|
| (3) de drie-criteria-test  | 87.  |
| (4) de aanmerkelijke marktmacht  | 109. |
| d) over de remedies  | 118. |
| (1) de verplichting om toegang te verlenen tot het digitale platform   | 119. |
| (2) de zelfstandige verplichting om analoge televisie door te verkopen |      |
| i) ten aanzien van de andere alternatieve operatoren dan Belgacom      | 131. |
| ii) ten aanzien van Belgacom   | 144. |
| (3) de doorverkoop van breedband internet                              | 150. |
| e) ten aanzien van de verplichting over 'Wolu-TV'                      | 167. |
| f) besluit   | 173. |
| <b>§2 Middelen voorgesteld door Belgacom.</b>                          | 174. |
| a) over de ontvankelijkheid van de vordering.                          | 175. |
| b) in zake regels die het beslissingstraject betreffen                 | 180. |
| c) in zake de materiële motiveringsplicht                              | 188. |
| d) het gelijkheidsbeginsel en de non-discriminatie                     | 207. |
| III. Algemeen besluit  | 218. |
| IV. De kostenregeling en de mededeling van de beslissing.              | 222. |
| V. Dictum.   |      |

