

ONTWERPBESLUIT VAN 20 DECEMBER 2010 BETREFFENDE DE ANALYSE VAN DE BREEDBANDMARKTEN

ANTWOORD NAMENS KPN GROUP BELGIUM

INHOUDSTAFEL

INHOUDSTAFEL.....	1
1. INLEIDING.....	1
2. DEFINITIE VAN DE PRODUCTMARKTEN.....	2
3. DEFINITIE VAN DE GEOGRAFISCHE MARKT.....	3
3.1 INLEIDING: ALGEMENE BEGINSLEN.....	3
3.2 RETAILMARKT.....	6
3.3 MARKT VOOR FYSIEKE TOEGANG TOT NETWERKINFRASTRUCTUUR OP WHOLESALENIVEAU (MARKT 4).....	7
3.4 MARKT VOOR WHOLESALEBREEDBANDTOEGANG (MARKT 5).....	8
4. BEHOUD VAN DE BESTAANDE <i>EX ANTE</i> VERPLICHTINGEN.....	9
5. INVOERING VAN EEN NIEUWE TOEGANGSVERPLICHTING BETREFFENDE DE MULTICAST-FUNCTIE.....	10
6. DRAAGWIJDTE VAN DE MULTICAST-VERPLICHTING.....	18
7. NOODZAAK PREVENTIEVE PRIJSCONTROLE OP DE RETAILMARKT.....	18

1. INLEIDING

Dit document zet het standpunt uiteen van KPN Group Belgium in verband met het ontwerpbesluit van 20 december 2010 betreffende de analyse van markten 4 (markt voor fysieke toegang tot netwerkinfrastructuur) en 5 (markt voor wholesalebreedbandtoegang) van de Aanbeveling van de Europese Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector.¹ Wij wensen de aandacht van het BIPT te vestigen op het feit dat KPN Group Belgium geen rechtstreekse afnemer meer is van de betrokken wholesalediensten van Belgacom. KPN Group Belgium neemt deze diensten inmiddels af van Mobistar, die zelf berust op de toegangsdiensten van Belgacom. KPN Group Belgium is bijgevolg niet in staat om op exhaustieve wijze commentaar te verschaffen op het ontwerpbesluit. Dit doet echter geen afbreuk aan het feit dat KPN Group Belgium bijzonder belang hecht aan de ontwikkeling van remedies voor het ontwikkelen van de mededinging op de betrokken markten.

Het is nuttig het Ontwerpbesluit terug te plaatsen in zijn algemene context. In tegenstelling tot historische operatoren in andere Lidstaten van de EU (bv. Frankrijk) heeft Belgacom er niet voor gekozen om glasvezel uit te rollen tot aan de gebouwen (*fibre to the building*, FTTB) of tot in de woningen (*fibre to the home*, FTTH). In plaats daarvan heeft Belgacom geopteerd voor een *fibre to the*

¹ Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen, *Pb. L 344* van 28 december 2007, p. 65.

cabinet (FTTC) model waarbij glasvezel wordt uitgerold tot aan de wijkcentrales, en de verbinding tussen de wijkcentrales en de aansluiting in de woningen verder nog steeds over het koperpaar verloopt. De VDSL-technologie laat Belgacom toe om het debiet op dit laatste stuk koper gevoelig te verhogen en zo diensten van de nieuwe generatie aan te bieden zonder dat daar hoge investeringen voor nodig zijn. Het volstaat immers de DSLAMs te upgraden en waar nodig enkele extra straatverdelers te installeren. Op die manier heeft Belgacom haar investeringen in netwerken van de nieuwe generatie (NGN) tot een minimum kunnen beperken.

Deze strategische keuzes van Belgacom hebben echter ook tot gevolg dat de netwerktopologie van de historische operator in de voor de analyse relevante periode geen fundamentele wijzigingen zal ondergaan. Belgacom is weliswaar van plan om 65 van zijn 695 lokale telefooncentrales (LEX) vanaf 2013 buiten gebruik te stellen, waardoor ontbundelde toegang op LEX-niveau in de betrokken zones niet langer mogelijk zal zijn. Er bestaat anderzijds een brede consensus in de sector over het feit dat ontbundelde toegang tot het koperpaar (*sub loop unbundling*) op het niveau van de wijkcentrales voor de OLO's economisch niet haalbaar is. Dit kan en mag echter geen reden zijn om de fysieke toegangsverplichting in de betrokken zones op te heffen. Belgacom kan immers nog steeds fysieke toegang tot haar netwerkinfrastructuur verschaffen via een *backhaul* van de wijkcentrale naar de verdeelcentra of op een ander netwerkniveau. Bovendien neemt de relevantie van de wholesalebreedbandtoegang (WBA) als gevolg van deze evolutie alleen maar toe.

Samengevat betekent dit dat de migratie naar netwerken van de nieuwe generatie (NGN) in België geen afbreuk doet aan de relevantie van de bestaande toegangsverplichtingen, die derhalve behouden en waar nodig zelfs nog versterkt moeten worden. Dat de evolutie naar NGN op zich geen reden is om bestaande *ex ante* verplichtingen op te heffen wordt trouwens ook bevestigd door de Aanbeveling van de Commissie inzake *Next Generation Access* (NGA).² Ook de Toelichting bij de Aanbeveling betreffende de relevante markten bevestigt dat "*as long as competitive conditions have not changed, the move to NGNs does not provide an opportunity to roll back regulation on existing services. For some time, competitors will have an ongoing need for access to copper at the MDF level or to bitstream type services at different levels in the network.*"³ KPN Group Belgium ondersteunt dan ook in grote lijnen de opties die het BIPT in zijn ontwerpbesluit heeft genomen. Zoals hieronder aangetoond zal worden, zijn er geen redenen om de bestaande *ex ante* verplichtingen op de betrokken markten geheel of gedeeltelijk op te heffen, wel integendeel.

2. DEFINITIE VAN DE PRODUCTMARKTEN

De relevante productmarkten die in aanmerking komen voor het opleggen van *ex ante* verplichtingen zijn reeds gedefinieerd in de Aanbeveling van de Commissie. De taak van de nationale regelgevende instantie (NRI) bestaat er dus hoofdzakelijk in de betrokken markten geografisch af te bakenen rekening houdend met de nationale omstandigheden. Indien een NRI ervoor kiest om een door de Commissie weerhouden relevante markt niet aan een marktanalyse te onderwerpen of om een markt die niet op de lijst van de Aanbeveling voorkomt aan regelgeving te onderwerpen, dan dient de NRI dit te motiveren

² Aanbeveling 2010/572/EU van de Commissie van 20 september 2010 over gereguleerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken, Pb. L 251 van 25 september 2010, p. 35.

³ Explanatory note accompanying the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation, SEC (2007) 1483 final, p. 17.

op basis van uitzonderlijke nationale omstandigheden. De appreciatieruimte van de NRI's wat de definitie van de productmarkt betreft is dus beperkt.

In de nieuwe Aanbeveling van 2007 worden markten 4 en 5 ruimer gedefinieerd dan de oude markten 11 en 12 van de Aanbeveling van 2003. Markt 4 (ex markt 11) wordt niet langer gedefinieerd als de markt voor *“ontbundelde toegang op wholesale-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten”* maar als de markt voor *“(fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie”*. Met deze technologie- en netwerkneutrale definitie heeft de Commissie willen inspelen op de migratie naar NGN. Door de verwijzing naar *“metalene netten en subnetten”* heeft de Commissie immers willen duidelijk maken dat NRI's waar nodig eveneens verplichtingen moeten opleggen voor de (fysieke) toegang tot de glasvezelnetten, en dit op een voor OLO's economisch haalbaar netwerkniveau. Wat anderzijds de markt voor wholesale-breedbandtoegang (markt 5, ex markt 12) betreft, wordt voortaan gespecificeerd dat *“[h]et gaat om een downstreammarkt ten opzichte van de fysieke toegang die valt onder markt 4, in die zin dat wholesalebreedbandtoegang kan worden opgezet door gebruik te maken van dit uitgangspunt in combinatie met andere elementen”*. De Commissie bevestigt hiermee dat de toegangsverplichtingen op beide markten nauw met elkaar samenhangen. In de investeringsladder dient de wholesalebreedbandtoegang (WBA) immers als *“opstapje”* naar een vorm van (fysieke) toegang tot de netwerkinfrastructuur.

3. DEFINITIE VAN DE GEOGRAFISCHE MARKT

3.1 Inleiding: algemene beginselen

Zoals in zijn besluit van 10 januari 2008 (analyse van markten 11 en 12), concludeert het BIPT in zijn ontwerpbesluit dat zowel de retail- als de wholesalemakten een nationale omvang hebben. KPN Group Belgium is het eens met deze conclusie. Ondanks het bestaan van bepaalde regionale verschillen op de retailmarkt zou een segmentering van de nationale markten of een geografische differentiëring van de verplichtingen namelijk niet te verantwoorden zijn, omwille van de hierna uiteengezette redenen.

De definitie van de relevante product- en geografische markten gebeurt in beginsel aan de hand van de zogenaamde SSNIP-test. Met betrekking tot vaste telecommunicatienetwerken leidt een rigoureuze toepassing van deze test echter vaak tot de afbakening van honderden of zelfs duizenden kleine markten. Zo nemen operatoren die gebruik maken van ontbinding van het lokale aansluitnetwerk (*local loop unbundling*, LLU) om diensten te leveren op de stroomafwaartse markten hun investeringsbeslissingen veelal per *main distribution frame* (MDF). Een marktdefinitie op basis van aanbods substitutie zou dus leiden tot het afbakenen van een afzonderlijke geografische markt per zone die door één MDF bediend wordt, d.w.z. één markt per *local exchange* (LEX)⁴ of, in het geval van vezel tot aan de straatverdeekast (*fibre to the cabinet*, FTTC) zelfs één markt per straatverdeekast (KVD). Daarom is het doorgaans aangewezen om deze kleine markten te aggregeren op basis van de homogeniteit van de concurrentievoorwaarden, in overeenstemming met de SMP-richtsnoeren van de Europese Commissie.

Volgens deze Richtsnoeren *“omvat de relevante geografische markt het gebied 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*

⁴ In België zijn er 695 LEX'en.

van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.” De Commissie benadrukt dat “[v]oor de afbakening van de geografische markt [...] niet vereist [wordt] 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.”⁵ Dit betekent dat een NRI die subnationale markten wil afbakenen, deze segmentering moet kunnen verantwoorden door aan te tonen dat de concurrentievoorwaarden op de subnationale markten duidelijk heterogeen zijn.

Uit het Gemeenschappelijk Standpunt van de ERG betreffende geografische aspecten van de marktanalyse⁶ en uit de praktijk van de Commissie in het kader van haar “Artikel 7”-commentaren blijkt dat een NRI die de nationale markt wil opdelen in kleinere geografische markten, dit zorgvuldig moet motiveren op basis van een reeks criteria, waarbij het niet volstaat dat slechts één of enkele van deze criteria vervuld zijn om van een nationale marktdefinitie af te wijken.

In zijn Gemeenschappelijk Standpunt stelt de ERG het volgende analysekader voor:

- Ten eerste moet de NRI nagaan of er *prima facie* aanwijzingen zijn dat een gedetailleerde analyse van de geografische markt überhaupt noodzakelijk is. Daartoe zal de NRI volgende punten afdtoetsen:
 - (1) Zijn er één of meerdere operatoren met een aanzienlijk, maar kleiner dan nationaal dekkinggebied, die een aanmerkelijke concurrentiedruk kunnen uitoefenen in de gebieden waar zij aanwezig zijn?
 - (2) Hanteert de historische operator geografisch gedifferentieerde prijzen? Indien niet, zijn er aanmerkelijke prijsverschillen tussen de historische operator en de alternatieve operatoren, in de gebieden waar deze laatste aanwezig zijn?
 - (3) Zijn er aanmerkelijke geografische verschillen in producteigenschappen?

Als het antwoord op deze vragen ontkennend is, dan kan de NRI tot het bestaan van een nationale markt besluiten zonder dat verder een gedetailleerde analyse van de geografische markt nodig is. Is het antwoord op één of meerdere vragen bevestigend, dient de NRI de volgende stappen te doorlopen.

- Ten tweede moet de NRI plausibele geografische deelgebieden identificeren. De ERG stelt dat er twee hoofdopties zijn om geografische eenheden te definiëren: (i) op basis van administratieve eenheden of (ii) op basis van de onderdelen van het netwerk van de SMP-operator (of van alternatieve operatoren met een voldoende groot dekkinggebied), zoals bv. de LEX'en. De aldus geïdentificeerde zones moeten aan drie voorwaarden voldoen: (i) er mogen geen overlappingsen zijn; (ii) de zones moeten subnationaal van omvang zijn en (iii) de netwerkstructuur van alle

⁵ Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb. C 165 van 11 juli 2002, p. 6, §56.

⁶ ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), oktober 2008, ERG (08) 20 final.

relevante operatoren en de diensten die op de markt worden aangeboden moeten in de zones kunnen ingedeeld worden. De zones moeten ook duidelijk afgebakende en stabiele grenzen hebben.

- Ten derde moet de NRI de homogeniteit van de concurrentievoorwaarden binnen elke geografische eenheid beoordelen op basis van een reeks cumulatieve criteria:
 - (1) Het bestaan van toetredingsdrempels (*barriers to entry*);
 - (2) Het aantal leveranciers in een bepaald deelgebied (met uitsluiting van leveranciers met een verwaarloosbaar marktaandeel);
 - (3) De verdeling en evolutie van de marktaandelen;
 - (4) Het bestaan van aanmerkelijke prijsverschillen tussen de deelgebieden (i.h.b. eventuele verschillen tussen de tarieven die de historische operator in verschillende deelgebieden hanteert of verschillen tussen de nationale tarieven van de historische operator en de prijzen van de alternatieve operatoren met een beperkt dekkinggebied. Met prijsverschillen die het gevolg zijn van SMP-regulering wordt geen rekening gehouden.)

Bijkomende criteria die in aanmerking genomen kunnen worden zijn: (i) geografische verschillen in de marketingstrategieën van de operatoren; (ii) geografische verschillen in producteigenschappen; (iii) geografische verschillen in de kenmerken van de vraag.

De ERG benadrukt dat een segmentering van de markt op basis van slechts één of enkele van deze criteria in de regel niet verantwoord is.

- Ten vierde dient de NRI de deelgebieden te aggregeren waar de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn.

De Commissie hanteert eveneens een “multicriteriatest” om te verifiëren of de afbakening van subnationale markten aangewezen is. In haar commentaar op de analyse van markt 12 door de Britse regulator Ofcom⁷ stelde de Commissie dat verschillen in het aantal operatoren op het niveau van de LEX'en geen voldoende reden is om te besluiten tot heterogene concurrentievoorwaarden. Volgens de Commissie moet een NRI bij de beoordeling van de homogeniteit van de concurrentievoorwaarden (of het gebrek daaraan) rekening houden met een aantal structurele factoren en met de kenmerken van het aanbod, zonder dat aan één van die elementen een doorslaggevend belang kan toegekend worden. De structurele factoren zijn: (i) het aantal operatoren op het niveau van de LEX'en; (ii) de verdeling van de marktaandelen en hun evolutie in de tijd; (iii) de grootte en de bevolkingsdichtheid van de deelgebieden. De kenmerken van het aanbod betreffen (i) eventuele prijsverschillen op retail- en wholesaleniveau; (ii) de evolutie van de prijzen; (iii) eventuele verschillen tussen de tarieven van de historische operator en de alternatieve operatoren; (iv) verschillen op het gebied van de vraag of het aanbod; (v) verschillen in de commerciële strategieën van de operatoren; (iv) de functionele kenmerken van de aanbiedingen. Een vergelijkbare benadering vinden we terug in de commentaar van de Commissie op de analyse van Markt 5 door de Finse regulator FICORA, waar de Commissie eveneens

⁷ Brief van de Commissie aan Ofcom d.d. 14 februari 2008, zaak UK/2007/0733.

concludeerde dat een geografische opdeling louter op basis van het aantal operatoren dat in elk deelgebied actief is niet verantwoord is.⁸

In de volgende afdelingen past KPN Group Belgium het analysekader van de ERG toe op de relevante markten.

3.2 Retailmarkt

Op het niveau van de retailmarkt voor breedbandinternet stellen we vast dat enkele belangrijke marktspelers – met name de kabeloperatoren – een minder dan nationale dekking hebben. Een meer gedetailleerde analyse van de geografische markt dringt zich dus op.

Er zijn twee mogelijke geografische opdelingen die aan de criteria van de ERG voldoen (d.w.z. geen overlappingen, minder dan nationale omvang, overeenkomst met de netwerkonderdelen van de operatoren): “regionale” markten die samenvallen met het dekkingsgebied van elke kabeloperator, en “lokale” markten die samenvallen met de gebieden die door de MDF’s van Belgacom bediend worden (aangezien het op dit niveau is dat ontbundelde toegang wordt verschaft, d.i. de input die nodig is om diensten op de stroomafwaartse markten te kunnen verschaffen). Een indeling op basis van politieke of administratieve eenheden lijkt immers niet relevant, te meer daar de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren niet met de Gewest- of Gemeenschapsgrenzen samenvallen.

Wat de eerste mogelijke geografische segmentering betreft, stellen we vast dat er inderdaad verschillen zijn tussen de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren, met name wat de marktaandelen van de verschillende operatoren betreft. Belgacom heeft immers een aanmerkelijk groter marktaandeel in Wallonië en Brussel (d.w.z. de dekkingsgebieden van voornamelijk VOO en Numericable) dan in Vlaanderen, waar de kabeloperatoren (met name Telenet) een sterkere marktpositie bekleden. In het kader van de hierboven beschreven “multicriteria”-benadering volstaat dit element op zich echter niet om te besluiten dat de concurrentievoorwaarden niet (voldoende) homogeen zijn om een nationale marktdefinitie te weerhouden. KPN Group Belgium merkt in dit verband op dat de evolutie van de marktaandelen en de “net adds” min of meer gelijklopend is in alle delen van het land, en dat de globale marktstructuur overal in wezen dezelfde is, waarbij de nog overblijvende OLO’s het steeds moeilijker hebben om hun reeds geringe marktaandeel te handhaven.

Wat de toetredingsdrempels betreft zijn er geen verschillen tussen de verschillende deelgebieden. OLO’s die de retailmarkt willen betreden zijn aangewezen op de gereguleerde (BRUO, BROBA, WBA VDSL2) of onregeluleerde (carrier VDSL2) wholesaleproducten van Belgacom, waarvoor nationale prijzen gelden.

Het is vooral van belang vast te stellen dat Belgacom een nationale tarifiering hanteert (net als de OLO’s overigens) en dat de prijzen van de kabeloperatoren slechts in geringe mate variëren, zowel onderling als ten opzichte van de tarieven van Belgacom. Dit geldt overigens zowel voor de *stand-alone* breedbandinternettoegang als voor de bundels met breedbandinternettoegang. Belgacom (en de voornaamste OLO’s) hebben bovendien een nationale commerciële strategie.

⁸ Brief van de Commissie aan FICORA d.d. 23 december 2008, zaak FI/2008/0848.

Ten slotte is het ook zo dat de verschillende productaanbiedingen van alle operatoren gelijkaardige kenmerken vertonen en dat de voornaamste niet-prijsgerelateerde determinanten van de vraag (beschikbaarheid van bundels, snelheid en downloadlimiet) overal dezelfde zijn.

Een indeling op basis van de MDF's van Belgacom zou ook niet zinvol zijn. Behalve het aantal OLO's dat eventueel gebruikt maakt van ontbundelde toegang zijn er immers geen significante verschillen tussen deze deelgebieden. Bovendien zal Belgacom in de komende jaren een aantal LEX'en sluiten in het kader van de voltooiing van haar FTTC/VDSL-netwerk, waardoor de ontbundelde toegang enkel nog mogelijk zal zijn ter hoogte van de KVD's. De deelgebieden voldoen dus niet aan het vereiste dat zij stabiele grenzen zouden hebben.⁹ Ten slotte zou de analyse van honderden afzonderlijke geografische retailmarkten¹⁰ een futiele oefening en een buitensporige belasting van de regulator vormen.

3.3 Markt voor fysieke toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (markt 4)

Ontbundeling op de kabel is technisch mogelijk, maar praktisch onhaalbaar. Spectrumontbundeling op de kabel vergt zeer hoge investeringen en heeft bovendien een nadelige invloed op de retaildiensten van de kabelnetwerkexploitant. Er moeten immers frequentiekanalen worden toegekend aan elke afnemer, ook als die afnemer maar een klein marktaandeel heeft, waardoor er minder kanalen overblijven voor de kabelnetwerkexploitant zelf. Spectrumontbundeling vermindert dus de efficiëntie waarmee gebruik gemaakt wordt van het frequentiespectrum.¹¹ *Policy-based routing* heeft dit nadeel niet, maar heeft ook een nadelige invloed op de dienstverleningskwaliteit die de kabelnetwerkexploitant aan zijn eigen klanten kan leveren.¹²

Dit betekent dat OLO's geen enkel alternatief hebben voor het BRUO-aanbod van Belgacom. Belgacom bekleedt dus in het hele land een monopoliepositie voor ontbundeling, en dit zal zo blijven gedurende de relevante periode. Het BRUO-product wordt bovendien gekenmerkt door nationaal uniforme kenmerken en prijzen. Op basis van een *prima facie* beoordeling kunnen we dus reeds besluiten dat de markt nationaal is en dat een gedetailleerde analyse overbodig is.

Er is trouwens geen enkel precedent voor een geografische segmentering van markt 4 in een land waar het netwerk van de historische operator een nationale dekking heeft. Alleen in landen waar er meerdere historische operatoren zijn met een minder dan nationaal dekkinggebied hebben NRI's ooit een

⁹ Cf. ERG (08) 20 final, p. 18 : « *In light of recent developments in a number of Member States, particular attention has to be paid to the roll-out of NGN/NGA by the incumbent or alternative operators. Such a roll-out might significantly change the network structure and may also have an impact on business models of alternative operators. One effect could be that unbundling at the MDF is no longer possible and the street cabinet becomes the relevant geographic unit as concerns investment decisions by LLU operators. However, since demand in the area covered by a street cabinet is usually much lower than in the area covered by an MDF, business cases and competitive dynamics might change significantly. If the incumbent is phasing out its MDFs, for example, and unbundling of the street cabinet is not economically viable, the competitive constraint from LLU operators may disappear in many areas or these operators will have to make use of other wholesale products such as bitstreaming. It is essential to take these developments into account in a forward-looking analysis.* »

¹⁰ Belgacom heeft immers bijna 700 LEX'en verspreid over het hele Belgische grondgebied.

¹¹ Ontwerpbesluit, §371.

¹² Ontwerpbesluit, §372.

geografische segmentering van markt 11 of 4 weerhouden (Finland, Hongarije, Verenigd Koninkrijk).¹³ Voor wat de toegang tot de glasvezel in gebouwen (*“la fibre verticale”*) betreft, heeft de Franse regulator ARCEP weliswaar een onderscheid gemaakt tussen *“dichtbevolkte”* gebieden (*“zones denses”*) en *“minder dichtbevolkte”* gebieden (*“zones moins denses”*). ARCEP heeft het desbetreffende besluit¹⁴ echter aangenomen op basis van artikel 5 van de Toegangsrichtlijn en niet op basis van artikel 15(3) van de Kaderrichtlijn. Het is duidelijk dat de louter demografische criteria¹⁵ die ARCEP heeft gebruikt om tot deze geografische opdeling te besluiten geen duidelijk verband houden met de substitueerbaarheid aan de vraag- of aanbodzijde, en dus niet zouden volstaan hebben indien ARCEP een volwaardige marktdefinitie had uitgevoerd in overeenstemming met de beginselen van de SMP-richtsnoeren. Hoe dan ook stelt men in België vast dat de ontbundeling zich niet beperkt tot dichtbevolkte of stedelijke gebieden.¹⁶ De LEX'en waar minstens één alternatieve operator van ontbundeling gebruikmaakt zijn over het gehele grondgebied verspreid, wat aantoont dat ook de ontbundeling van LEX'en in minder dichtbevolkte gebieden in principe economisch haalbaar is.

3.4 Markt voor wholesalebreedbandtoegang (markt 5)

In principe kunnen alternatieve operatoren die gebruik maken van het BRUO-aanbod van Belgacom zelf leverancier van *bitstream*-toegang worden. Het aantal ontbundelde lijnen in België blijft echter erg beperkt¹⁷ en geen enkele OLO biedt op dit ogenblik een WBA-product aan, of heeft enige plannen om dat te doen. Belgacom is dus de enige aanbieder van *bitstream*-toegang in heel België. Belgacom biedt een uniform product aan en heeft een reglementaire verplichting om uniforme tarieven te hanteren. In een *“modified Greenfield”*-benadering mag een NRI bij de marktdefinitie echter geen gewicht geven aan een uniforme prijs die het gevolg is van bestaande SMP-verplichtingen: *“[...] when assessing pricing to inform market definition [...] the national uniform price is (ceteris paribus) not a useful indicator for a national market if it is imposed as the result of an SMP finding.”*¹⁸ Zoals het BIPT echter terecht opmerkt, zou Belgacom ook zonder regulering zo goed als zeker geen regionale tariefdifferentiatie toepassen. Ook voor haar niet-gereguleerde Carrier DSL-wholesaleproduct en voor haar retailproducten hanteert Belgacom immers nationale tarieven. De *prima facie* beoordeling wijst dus ondubbelzinnig op een nationale markt en een meer gedetailleerde analyse is niet nodig.

Zoals hierboven reeds aangegeven, hebben slechts enkele NRI's een geografische segmentering van de nationale markt voorgesteld in hun analyses van markt 5. De Italiaanse regulator AGCOM heeft onderzocht of dichtbevolkte, stedelijke gebieden waar ontbundeling beschikbaar is (12% van de verdelers) een aparte geografische markt vormden, maar heeft besloten dat de concurrentievoorwaarden op de nationale markt homogeen waren omwille van de nationale prijszetting

¹³ Ontwerpbesluit, §403.

¹⁴ ARCEP, Décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009 sur la mutualisation des coûts de la fibre verticale.

¹⁵ De « zones denses » worden omschreven als die gebieden waar de totale bevolking hoger is dan 250.000 inwoners, waar minstens 20% van de gebouwen meer dan 12 woningen tellen en die ofwel centrumgemeenten zijn, ofwel perifere gemeenten waar minstens 50% van de gebouwen meer dan 12 woningen tellen.

¹⁶ Zie kaartje op p. 174 van het Ontwerpbesluit.

¹⁷ 10% in Brussel, 2% in Vlaanderen en 0,1% in Wallonië.

¹⁸ ERG (08) 20 final, p. 15.

van de operatoren en de homogeniteit van de geleverde diensten.¹⁹ De Finse regulator FICORA heeft geografische submarkten geïdentificeerd die volgens de regulator in aanmerking komen voor deregulering. In haar commentaar stelde Europese Commissie echter geoordeeld dat *“the mere presence of alternative networks in one MDF or centraliser area [...] and the fact that the incumbent has a markets hare of less than 50%, as well as the fact that prices are less than the national level, may not in itself conclusively indicate the extent of actual competition and (retail/wholesale) customer choice in the MDF area concerned or in the whole municipality area in question.”*²⁰ A fortiori is een geografische segmentering niet aangewezen wanneer er geen alternatieve ULL-operatoren aanwezig zijn in de verdelergebieden, de historische operator overall een marktaandeel van 100% heeft en de prijzen overall gelijk zijn. Slechts in twee landen (Portugal en het Verenigd Koninkrijk) heeft de Europese Commissie op basis van de hierboven beschreven “multicriteria-analyse” een geografische opdeling van markt 5 aanvaard.²¹

4. BEHOUD VAN DE BESTAANDE EX ANTE VERPLICHTINGEN

In een “*modified Greenfield*” benadering mag de NRI bij de beoordeling van de heersende concurrentievoorwaarden geen rekening houden met de bestaande *ex ante* verplichtingen op de geanalyseerde markt. De NRI dient echter wel rekening te houden met de investeringen die de OLO’s reeds op basis van de bestaande netwerkarchitectuur hebben gemaakt: *“In applying remedies, regulators need to find ways to promote the deployment of new and more efficient network architectures while at the same time recognising the investments made by new entrants on the basis of current architectures. National authorities will need to carefully follow and evaluate developments in order to ensure that appropriate access remedies are maintained for the forward-looking periods for which competition is judged to be ineffective, and to avoid undermining or discouraging efficient entry. Remedies such as duct sharing, access to dark fibre, mandated backhaul from the street cabinet, and new forms of bitstream access, could be considered where these are appropriate, bearing in mind that [...] remedies should aim at stimulating economically investment in infrastructure.”*²² In België hebben verschillende OLO’s belangrijke investeringen gedaan op basis van de ULL- en bitstream-wholesaleproducten van Belgacom om diensten te kunnen aanbieden aan eindgebruikers. Een gehele of gedeeltelijke opheffing van de toegangsverplichtingen op markten 4 en/of 5 zou uiteraard deze investeringen en diensten op de helling zetten. Daarbij moet benadrukt worden dat de *ex ante* verplichtingen die de NRI oplegt de OLO’s een realistische kans moeten geven om de retailmarkt te betreden en de investeringsladder op te klimmen. De economisch meest efficiënte manier om dit te realiseren bestaat erin de OLO’s toe te laten de investeringsladder te beklimmen op basis van de wholesale-toegangsproducten van één leverancier. Indien de OLO’s zich verplicht zouden zien om op een andere leverancier over te schakelen, hetzij om een hoger niveau in de investeringsladder te bereiken, hetzij om bijkomende diensten te kunnen aanbieden die noodzakelijk zijn om concurrentieel te kunnen blijven op de retailmarkt, dan zal dit uiteraard investeringen ontmoedigen en de concurrentie verzwakken.

¹⁹ Brief van de Commissie aan AGCOM d.d. 14 april 2009, zaak IT/2009/0892.

²⁰ Brief van de Commissie aan FICORA d.d. 20 april 2009, zaak FI/2008/0900, p. 7.

²¹ Brief van de Commissie aan OFCOM d.d. 1 oktober 2010, zaak UK/2010/1123 ; brief van de Commissie aan ANACOM d.d. 5 januari 2009, zaak PT/2008/0851.

²² Explanatory note (*supra* footnote **Error! Bookmark not defined.**), p. 17.

De bestaande toegangsverplichtingen op markten 4 en 5 moeten dus behouden worden. Bovendien moeten er bijkomende maatregelen genomen worden naar aanleiding van de nakende sluiting van 65 LEX'en. Liefst 40% van de BRUO-lijnen en 14% van de BROBA-lijnen zullen hierdoor getroffen worden. Bovendien is in 52 van de betrokken centrales collocatieruimte aanwezig. In overeenstemming met de aanwijzingen van de Commissie moet het BIPT dus maatregelen nemen om te vermijden dat de investeringen die de OLO's reeds in ULL gedaan hebben, hierdoor verloren zouden gaan en dat de drempel voor toegang tot de retailmarkt hierdoor verhoogd zou worden. Het zou immers niet realistisch zijn van de OLO's te vereisen dat zij een eigen glasvezelnetwerk zouden uitrollen tot aan de wijkcentrales. KPN Group Belgium is daarom voorstander van een verplichting om in een *backhaul* vanuit de wijkcentrales te voorzien, zoals gesuggereerd door de Commissie. Daarnaast moet ook de WBA-verplichting versterkt worden, zoals KPN Group Belgium zal aantonen in de volgende afdeling.

5. INVOERING VAN EEN NIEUWE TOEGANGSVERPLICHTING BETREFFENDE DE MULTICAST-FUNCTIE

KPN Group Belgium verwelkomt het voornemen van het BIPT om Belgacom te verplichten een bitstreamproduct aan te bieden dat de "multicast"-functionaliteiten omvat, gelijkwaardig aan deze die Belgacom intern of aan zijn dochterondernemingen of partners levert voor zijn retaildiensten.²³ Gelet op het steeds toenemende succes van de "multiple play" aanbiedingen van Belgacom en de kabeloperatoren op de retailmarkt, mag immers aangenomen worden dat de alternatieve operatoren slechts concurrentieel zullen kunnen blijven indien zij in staat gesteld worden om deze aanbiedingen, inclusief het onderdeel televisie, te dupliceren.

KPN Group Belgium merkt op dat de uitbreiding van de bitstream-toegangsverplichting met de multicast-functionaliteiten volledig in overeenstemming is met de NGA-aanbeveling van de Europese Commissie. In haar NGA-aanbeveling stelt de Commissie immers dat "[d]e NRI's [...] de levering van verschillende groothandelsproducten [moeten] opleggen die in termen van bandbreedte en kwaliteit het best de technologische mogelijkheden aantonen die inherent zijn aan de NGA-infrastructuur om alternatieve exploitanten in staat te stellen effectief te concurreren [...]".²⁴ Dit bevestigt dat de alternatieve operatoren moeten kunnen beschikken over groothandelsproducten die evenwaardig zijn aan deze welke de verticaal geïntegreerde SMP-operator aan zichzelf (of aan zijn dochterondernemingen) kan leveren, en dat een uitbreiding van de beschikbare functionaliteiten als gevolg van de migratie van het koperpaarnetwerk naar een glasvezelnetwerk dus weerspiegeld moet worden in het wholesale-aanbod van de SMP-operator.

Dit stemt eveneens overeen met de aanbevelingen van de ERG (thans BEREC) met betrekking tot de toegangsnetwerken van de nieuwe generatie. In zijn Gemeenschappelijk Standpunt van 2007 betreffende regelgevende beginselen voor netwerken van de nieuwe generatie stelde de ERG al dat

²³ Ontwerpbesluit, §998.

²⁴ Aanbeveling 2010/572/EU van de Commissie van 20 september 2010 over gereguleerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA), Pb. L251 van 25 september 2010, p. 35, §33. Zie ook considerans 34 van de preambule: "Verwacht wordt dat vezelgebaseerde producten voor groothandelsbreedbandtoegang dusdanig technisch geconfigureerd kunnen zijn dat er meer flexibiliteit en verbeterde dienstkenmerken zijn in vergelijking met kopergebaseerde bitstreamproducten. Om kleinhandelsproductenconcurrentie te bevorderen, is het belangrijk dat zulke verschillende dienstkenmerken hun weerslag vinden in diverse gereguleerde NGA-gebaseerde producten, met inbegrip van de dienstverlening op bedrijfsniveau."

NRI's bij het uitvoeren van de marktdefinitie en de marktanalyse alle diensten in aanmerking moet nemen die de verticaal geïntegreerde SMP-operator op basis van zijn netwerk aan eindgebruikers kan leveren: “[C]hanges in the SMP-party’s also imply changes of the WBA product. When carrying out the market analysis and the substitutability test, NRA’s should consider whether the WBA product in its current design is still appropriate and feasible when the SMP-party implements the changes in its network (either upgrades – e.g. Ethernet replacing ATM – or activation of new features such as multicasting for IPTV or gaming), considering the corresponding set of end-user services that alternative operators may want to offer using WBA (as VLAN Carrier Ethernet product).”²⁵

De opname van de multicast-functionaliteit in de gereguleerde aanbiedingen BROBA en WBA VDSL2 is in feite niet meer dan het logische gevolg van Belgacom's non-discriminatieverplichting. Deze verplichting houdt immers in dat de Belgacom alle alternatieve operatoren dezelfde diensten (d.w.z. met dezelfde dienstkwaliteit en dezelfde functionaliteiten) dient aan te bieden als diegene waarvan het zelf gebruikmaakt. Dit wordt ook bevestigd door de ERG: “The provision of complete network functionalities by the SMP operator can also be seen as a consequence of non-discrimination obligations in the provision of wholesale access by the SMP wholesale division.”²⁶ Het is dan ook niet nodig om aan te tonen dat de SMP-operator (ook) dominant is op de groothandelsmarkt voor televisie-omroep²⁷ om de multicast-verplichting te rechtvaardigen: “[M]ulticast functionality is not related to any dominance of the incumbent in Market 18.”²⁸

Zoals de ERG ook terecht opmerkt, zal het belang van een volwaardig WBA²⁹-product alleen maar toenemen als gevolg van het uitrollen van glasvezel tot aan de KVD's op straatniveau (FTTC). Als gevolg hiervan zullen een groot aantal telefooncentrales (LEX) gesloten worden, terwijl het precies op het niveau van deze centrales is dat thans ontbundelde toegang wordt verschaft. Aangezien verschillende economische studies grote vraagtekens plaatsen bij de economische levensvatbaarheid van subloopontbundeling (d.w.z. op straatniveau),³⁰ is het voor het behoud van de mededinging van belang dat deze alternatieve operatoren zullen kunnen beschikken over een WBA-product dat hen zoveel mogelijk gelijkwaardige mogelijkheden biedt: “[I]n the case of phasing out MDFs, the importance of WBA as a means to derive competition at a regional level may increase, especially if alternative operators are not able to roll-out their networks towards the street cabinets. In order to maintain the benefits of infrastructure competition base don LLU, the design of the WBA product might need to be enhanced to allow – on a non-discriminatory basis – alternative operators maximum control of quality parameters (e.g. multicasting) possible in order to compete on an equal footing with the retail arm of the SMP operator (e.g. IPTV). [...] In order to maintain as far as possible the benefits of infrastructure based

²⁵ ERG Opinion on Regulatory Principles of NGA, ERG (07) 16 rev2, pp. 39-40. Wij onderlijnen. Zie eveneens pp. 33-34 : « NRAs will assess in their respective market analysis whether these different wholesale products can indeed be considered substitutes, also taking into account the corresponding retail services (e.g. IPTV) that will be provided on the basis of wholesale broadband access. »

²⁶ ERG Report on Next Generation Access – Economic Analysis and Regulatory Principles, June 2009, ERG (09) 17, p. 12.

²⁷ D.w.z. markt 18 van de Aanbeveling van 2003.

²⁸ ERG (09) 17, p. 12.

²⁹ Wholesale broadband access.

³⁰ Ontwerpbesluit §325-329 en bijlage 4.

competition based on LLU, the design of the WBA product may need to be enhanced to deliver as close as possible level of innovation capability to operators, enabling them to differentiate their service offerings and compete as far as possible on an equivalent basis to the infrastructure owner. One example of this could be a WBA product which gave operators control of QoS to enable high quality IPTV."³¹

Minstens twee NRI's hebben naar aanleiding van hun analyse van de markt voor wholesale breedbandtoegang al een multicast-verplichting opgelegd aan een SMP-operator: het Deense NITA en het Italiaanse AGCOM. In haar opmerkingen bij het ontwerpbesluit van de Deense NRI heeft de Europese Commissie aangegeven onder welke voorwaarden het opleggen van een dergelijke verplichting te verantwoorden is: *"The Commission notes that TDC shall be mandated to give access to additional functionalities (such as multicasting) within the scope of the fibre based bitstream remedy. However, although NITA observes an increase in the number of bundled offers in the downstream retail market, NITA did not provide further details in its notification as regards the development and take-up of triple play offers in Denmark and did not substantiate either why it would like to impose obligations such as multicasting in this market. Therefore, the Commission invites NITA to carefully substantiate in the light of the development of retail broadband demand why the imposition of multicasting is proportionate"*.³² De verplichting om de multicastingfunctionaliteit te verschaffen voldoet dus aan het proportionaliteitsvereiste indien de NRI kan aantonen dat deze input noodzakelijk is om concurrentieel te zijn op de stroomafwaartse markt(en). Zoals hieronder zal blijken, is de ontwerpbeslissing wat dat betreft voldoende gemotiveerd.

Zoals het BIPT in zijn ontwerpbeslissing uitvoerig aantoont³³, zal de concurrentie op de kleinhandelsmarkt zich meer en meer afspelen tussen gebundelde producten in plaats van tussen afzonderlijke producten. Meer dan de helft (54%) van de gebruikers die breedbandinternet afnemen, kopen dit product als deel van een bundel.³⁴ Vooral bundels die breedbandinternet met digitale televisie

³¹ ERG (07) 16 rev2, pp. 39-40. Wij onderlijnen.

³² Brief van de Commissie aan NITA d.d. 13 augustus 2010, zaak DK/2010/1099, p. 5. Zie ook brief van 9 maart 2009, zaak DK/2008/0862, p. 10 : « *The Commission notes that TDC shall be mandated to give access to additional functionalities (such as multicasting) in the scope of the bitstream remedies. NITA indicates that the list of additional functionalities set out in the notification is not exhaustive. NITA states that Danish end-users demand telephone and (HD)TV delivered over broadband connections to an increasing extent and that video on demand is expected to be valued by Danish end-users in the future. However, NITA did not provide further details in its notification as regards the development and take-up of triple play offers in Denmark. NITA does not substantiate either why it would like to impose obligations such as multicasting in this market. In this respect the Commission notes that the relevant market in question is the upstream market for access to data services, in particular to Internet and not to broadcasting services as such.*

However, the Commission believes that it is possible that trends in the market for wholesale broadband access may develop in such a direction that in the absence of a TV offering the provision of an Internet access product alone may no longer be sufficient to compete effectively at the retail level.

Therefore, the Commission invites NITA to carefully substantiate in the light of the development of retail broadband demand why the imposition of multicasting is justified and whether it is proportionate. Only on the basis of such analysis NITA should consider providing multicasting features in the scope of the mandated bitstream product in case there is a risk that absent this input, alternative operators are deprived from competing effectively in the retail broadband market. » Wij onderlijnen.

³³ Afdeling 3.2.5 van het Ontwerpbesluit, pp. 106 e.v.

³⁴ Ontwerpbesluit, p. 109 (H1 2010).

combineren worden steeds populairder (44% van het totale aantal breedbandinternetgebruikers).³⁵ Veruit het meest succesvolle product is de “triple play” bundel met breedbandinternet, televisie en vaste telefoon (25% van het aantal breedbandinternetklanten). De verticaal geïntegreerde operatoren stemmen hun commerciële strategie hierop af: zo is de prijs van de “triple play” bundel van Numericable gelijk aan die van het *stand-alone* breedbandinternetproduct van deze operator, en biedt Belgacom de televisiedienst gratis aan als deel van haar “triple” en “quadruple play packs”.

In tal van publieke verklaringen heeft Belgacom ook aangegeven dat de gebundelde producten het speerpunt vormen van haar commerciële strategie. Zo verklaarde Belgacom-CEO Didier Bellens al enkele jaren geleden in een interview dat: *“Le futur passe par les packages. Ligne fixe, connexion internet rapide, TV digitale... L’offre unique simplifie la vie du consommateur qui n’a affaire qu’à un fournisseur. Elle pèse moins sur le portefeuille. [...] Ce doit être notre stratégie première pour nous différencier de la concurrence.”*³⁶ In het Belgacom jaarverslag 2009 staat het volgende te lezen *“[Didier Bellens:] Onze resultaten bewijzen dat onze convergentiestrategie de moeite loont. Convergente producten zijn als dusdanig aantrekkelijk voor onze klanten. Voor ons vormen ze ook nog eens een perfect platform voor cross-selling. Zo stimuleert de strategie steeds meer onze groei. We bieden bestaande klanten in één domein de volledige portefeuille die de andere domeinen omvat: vast-mobiel, telecom-IT, internet-tv. [...] Internet en televisie zullen versmelten tot één ononderscheidbaar productaanbod, met aanzienlijke groeimogelijkheden voor nieuwe diensten.”*³⁷ Vertegenwoordigers van de kabeloperatoren hebben gelijkaardige verklaringen afgelegd.

De “multiple play” aanbiedingen van de verticaal geïntegreerde operatoren (Belgacom en de kabeloperatoren) zijn nu al uitgegroeid tot de voornaamste reden voor het klantenverloop van de alternatieve operatoren.³⁸ Economische studies tonen bovendien aan dat gebundelde producten de verticaal geïntegreerde operatoren toelaten om hun klantenverloop (churn rate) te verminderen en hun gemiddelde inkomsten per gebruiker (ARPU) te verhogen. Bovendien creëert een bundelingstrategie diverse mogelijkheden om aan “cross-selling” en “up-selling” te doen.³⁹ Bij gebrek aan een wholesaleproduct dat de alternatieve operatoren daadwerkelijk in staat stelt om de gebundelde producten (inclusief digitale TV) van de verticaal geïntegreerde operatoren, te dupliceren, dreigen de alternatieve operatoren dus van de markten voor breedbandinternet en vaste telefonie verdrongen te worden. De afwezigheid van een dergelijk toegangsproduct zou ook een aanzienlijke toegangsdrempel vormen voor potentiële nieuwkomers.

Dat Belgacom al dan niet over een machtspositie beschikt op de (wholesale- en retail-) markt(en) voor televisiedistributie is in deze context irrelevant. De communautaire rechtspraak bevestigt immers dat artikel 102 VWEU eveneens van toepassing kan zijn op misbruiken die plaatsvinden op een andere markt dan deze waarop de betrokken onderneming aanmerkelijke marktmacht heeft, zolang beide markten

³⁵ Ontwerpbesluit, p. 111 (Q1 2010).

³⁶ *L’Écho* van 22 april 2007.

³⁷ Belgacom jaarverslag 2009, p. 9.

³⁸ Ontwerpbesluit, p. 129.

³⁹ Ontwerpbesluit, pp. 127-132.

maar op één of andere manier met elkaar verband houden.⁴⁰ Door middel van een strategie van koppelverkoop of bundeling kan een onderneming haar dominante positie in één markt immers als hefboom gebruiken om ook marktmacht te verwerven in een andere, maar nauw verwante markt die voorlopig nog competitief is.⁴¹ De Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 102 VWEU geven dat “[e]en multi-productkorting [...] concurrentieverstorend [kan] zijn op de gekoppelde of de koppelende markt wanneer deze zo groot is dat even efficiënte concurrenten die alleen bepaalde componenten aanbieden, niet kunnen concurreren tegen de bundel met korting.” Dit zal in het bijzonder het geval zijn indien de marginale prijs die afnemers voor elk van de producten in de bundel van de onderneming met een machtspositie betalen, lager ligt dan de LRAIC die deze onderneming moet maken om dit product in de bundel op te nemen, omdat in dat geval een even efficiënte concurrent belet wordt zich uit te breiden of de markt te betreden. Welnu, zoals al vermeld is de marginale prijs van Belgacom TV in de “triple play” en “quadruple play” bundels van Belgacom gelijk aan nul, wat minstens een vermoeden van misbruik schept.

Het is natuurlijk zo dat ontbundeling alternatieve operatoren eveneens toelaat om digitale televisiediensten te leveren. De ULL-toegangsremedie volstaat echter niet om het hierboven beschreven marktfalen te corrigeren. Zoals de ontwerpbeslissing terecht opmerkt, vergt ontbundelde toegang zeer hoge investeringen die enkel kunnen worden afgeschreven voor de dichtstbevolkte zones.⁴² Deze investeringskosten zullen in de reguleringsperiode alleen nog toenemen naar mate Belgacom overal glasvezel uitrolt tot aan de KVD's (FTTC) en een groot aantal LEX'en buiten dienst stelt. Belgacom heeft aangekondigd dat het van plan is om tegen 2020 65 centrales te sluiten. Hoewel dit slechts 10 à 15% van het totaal aantal centrales vertegenwoordigt, zullen zoals reeds gezegd 40% van de BRUO-lijnen en 14% van de BROBA-lijnen hierdoor getroffen worden. De eerste centrales zouden reeds in 2013 gesloten worden. Zoals al aangehaald is het uitrollen van glasvezel tot op straatniveau voor de meeste alternatieve operatoren economisch immers niet haalbaar. Billi (Alpha Networks) is op dit ogenblik de enige operator die IPTV levert op basis van BRUO, maar deze operator is enkel aanwezig in een zeer beperkt aantal (stedelijke) gemeenten. ULL vertegenwoordigt hoe dan ook een hogere “trap” op de investeringsladder ten opzichte van WBA. Zonder doeltreffende WBA-remedie dreigt die trap onbereikbaar te worden voor bestaande alternatieve operatoren en nieuwkomers op de markt.

Het is zeer de vraag of het zelfs in theorie ook mogelijk om IPTV te leveren via bitstream-toegang zonder de multicasting-functionaliteit (dus op basis van de BROBA- en WBA VDSL2-aanbiedingen in hun huidige configuratie). Het BIPT merkt terecht op dat dit zowel technisch als financieel veel minder efficiënt is. Er is dan ook geen enkel voorbeeld bekend in binnen- of buitenland van een operator die een dergelijke oplossing geïmplementeerd heeft.

Het is ook belangrijk om de multicast functionaliteit op bitstream beschikbaar te hebben naast de eventuele beschikbaarheid toegangsremedies op de kabelnetwerken – zoals deze voorgesteld in de ontwerpbeslissingen van de mediaregulatoren van 21 december 2010. Elk van deze oplossingen kent immers zijn eigen voor- en nadelen en het is belangrijk een breder gamma van mogelijkheden

⁴⁰ Cf. o.a. zaak C-333/94P, Tetra Pak II, *Jur.* 12996, p. I-5951 ; zaak 311/84, CBEM, *Jur.* 1985, p. 3261 ; zaak T-65/89, British Gypsum, *Jur.* 1993, p. II-389.

⁴¹ Zie, naast de reeds vermelde zaak Tetra Pak II, zaak T-30/89, Hilti, *Jur.* 1991, p. II-1439 en zaak T-201/04, Microsoft, *Jur.* 2007, p. II-3601.

⁴² Ontwerpbeslissing, §1014.

beschikbaar te stellen aan alternatieve operatoren dat aan verschillende noden kan tegemoetkomen. Dit zal zorgen voor meer keuze en variatie in het aanbod. De multicast-functionaliteit moet nu echter al een eerste onmiddellijke oplossing bieden voor alternatieve operatoren die al gebruikmaken van een bitstream-oplossing. Sommige kabeloperatoren hebben, in tegenstelling tot Belgacom, op dit ogenblik nog geen eigen wholesale-afdeling. Het uitbouwen van een dergelijke afdeling zal in dergelijk geval misschien meer tijd vergen, en dan kan multicast in een interim fase minstens voor een oplossing zorgen.

Ten slotte is ook de combinatie van ULL- of WBA-toegang tot het xDSL-netwerk van Belgacom met digitale satelliettelevisie geen volwaardig alternatief. Ook hier geldt dat de combinatie van twee platformen veel minder efficiënt is dan een oplossing op basis van één enkel platform. Bovendien heeft satelliet geen retourkanaal, zodat het niet mogelijk is om interactieve diensten zoals "video on demand" (VOD) en "catch-up TV" aan te bieden. Mobistar heeft in oktober 2010 een "quadruple play" pakket met digitale satelliet-tv gelanceerd onder de naam "Star Pack". Mobistar gebruikt hiervoor hybride decoders die uitgerust zijn met een xDSL-aansluiting en die ook kabel-TV-signalen en DVB-T-signalen aankunnen. De xDSL-aansluiting laat Mobistar toe om interactieve diensten aan te bieden via bitstream in monocast, maar dit is uiteraard hoogstens een "second-best" oplossing.⁴³ Volgens de eerste berichten van Mobistar zou dit product weliswaar vrij goed aanslaan bij het publiek, maar de potentiële afzetmarkt voor een product gebaseerd op satelliet is in België waarschijnlijk beperkt. Het Mobistar-aanbod zal waarschijnlijk vooral bestaande mobiele klanten van Mobistar en consumenten die nu reeds "free-to-air" satelliet-tv kijken aanspreken. Het feit dat men een parabolische buitenantenne moet installeren om satelliet-televisie te kunnen ontvangen vormt voor vele consumenten namelijk een belangrijk obstakel, zoals bevestigd door het marktonderzoek van het BIPT. Stedenbouwkundige verplichtingen en beperkingen in reglementen van mede-eigendom maken het voor vele consumenten onmogelijk om een dergelijke antenne te plaatsen. Bovendien moet de antenne in een bepaalde richting georiënteerd worden voor een goede ontvangst, wat praktisch niet altijd mogelijk is voor appartementsbewoners.⁴⁴ De samenstelling van een zenderboekje dat gelijkwaardig is aan dat van Belgacom en de kabeloperatoren vergt doorgaans ook het gebruik van een duurder "twin-head" of zelfs "triple head" antenne, met name omdat de Nederlandstalige en de Franstalige zenders op verschillende satellieten ondergebracht zijn. Al deze beperkingen maken het onwaarschijnlijk dat een "multiple play" aanbod op basis van satelliet-tv echt concurrentieel kan zijn op de retailmarkt. De CEO van Belgacom heeft dit trouwens zelf bevestigd in een interview: *"Bellens said the requirement for customers to have a satellite dish with Mobistar's deal would hinder the operator's ability to compete. In Belgium, the requirement to have a satellite dish is 'challenging' Bellens said."*⁴⁵

Samenvattend kunnen we dus stellen dat Belgacom de enige operator is die zowel een netwerk met nationale dekking én bestaande wholesaleoperaties heeft, en dat alleen Belgacom dus de alternatieve operatoren op relatief korte termijn en over het gehele nationale grondgebied een homogeen toegangsproduct voor digitale televisie kan aanbieden. De afwezigheid van de multicast-functionaliteit uit de WBA-aanbiedingen van Belgacom vormt dan ook een belangrijke toegangsdrempel voor potentiële nieuwkomers op de televisiemarkt, die niet volledig kan overwonnen worden via oplossingen op andere platformen. Gelet op het toenemende belang van de bundels op de retailmarkt, ontstaat

⁴³ Cf. « Le satellite, un choix forcé », *L'Echo* 22 september 2010.

⁴⁴ Cf. Ontwerpbesluit van het BIPT van 21 december 2010 met betrekking tot de analyse van de markt voor televisie-omroep, §108.

⁴⁵ Total Telecom, 23 september 2010, <http://www.totaltele.com/view.aspx?ID=458852>.

hierdoor een reëel gevaar dat alternatieve, niet verticaal geïntegreerde operatoren niet alleen van de televisiemarkt, maar ook van de naburige markten voor breedbandinternet en vaste telefonie zullen uitgesloten worden.

In dit verband moet onderstreept worden dat mededingingsrechtelijke remedies *ex post* geen soelaas bieden tegen dit gevaar voor marktafschermende werking ("*market foreclosure*"). Ten eerste zullen deze remedies te laat komen, op het ogenblik dat het kwaad al is geschied, op het ogenblik dat de alternatieve operatoren al het merendeel van hun klanten verloren hebben en/of potentiële nieuwkomers hun investeringsplannen opgeborgen hebben. Ten tweede stelt de communautaire rechtspraak erg strenge vereisten aan claims op basis van de zgn. "*essential facilities*" theorie. In de zaak *Bronner* stelde het Hof van Justitie dat drie strikte voorwaarden moeten voldaan zijn opdat een weigering om een bepaalde input te verschaffen aan een concurrent een misbruik in de zin van artikel 102 VWEU zou kunnen uitmaken: ten eerste, dat de weigering om de input te verschaffen *elke mededinging* op de stroomafwaartse markt door de persoon die erom verzoekt kan uitsluiten; ten tweede, dat deze weigering *niet objectief kan worden gerechtvaardigd*; en ten derde, dat de input op zich *onontbeerlijk* is voor de uitoefening van de werkzaamheid van de verzoeker, in de zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor bestaat.⁴⁶ Het Hof voegde hier nog aan toe dat indien er alternatieven beschikbaar zijn, het niet volstaat aan te tonen dat deze economisch niet rendabel zijn voor de persoon die om toegang verzoekt.⁴⁷ In het licht van deze restrictieve rechtspraak is het weinig waarschijnlijk dat een alternatieve operator op basis van het mededingingsrecht een doeltreffende *ex post* remedie zal kunnen bekomen.

Er is dus nood aan een *ex ante* toegangsverplichting in overeenstemming met de beginselen van de Toegangsdirectieve en de Bekendmaking van de Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector. De voorwaarden die deze Bekendmaking stelt aan het opleggen van een toegangsverplichting zijn *in casu* immers verenigd:

- Toegang tot de betrokken faciliteit is in het algemeen noodzakelijk voor ondernemingen om te kunnen concurreren op de verwante markt. Zoals hierboven aangetoond werd, is dit het geval, vooral gelet op het toenemende belang van de gebundelde producten en de implementatie van FTTC/VDSL door de dominante operator.
- Er is voldoende toegangscapaciteit beschikbaar: In tegenstelling tot wat het geval is voor de kabelnetwerken, veroorzaakt de levering van IPTV via multicast op een VDSL-netwerk geen capaciteitsproblemen voor de eigenaar van dat netwerk.
- De eigenaar van de faciliteit voldoet niet aan de vraag op een bestaande diensten- of productmarkt, verhindert de opkomst van een potentiële nieuwe dienst of product, of belemmert de mededinging op een bestaande of potentiële diensten- of productmarkt. Zoals hierboven aangetoond, kan Belgacom door toegang tot de multicast-functionaliteit haar positie op de markt voor digitale televisie versterken en deze markt voor concurrentie door niet-geïntegreerde operatoren afschermen.

⁴⁶ Hof van Justitie, zaak C-7/97, *Bronner*, *Jur.* 1998, p. I-7791, §41.

⁴⁷ *Ibidem*, §45.

- De onderneming die om toegang verzoekt, is bereid de redelijke, niet-discriminerende vergoeding te betalen en aanvaardt ook anderzins in alle opzichten die niet-discriminerende toegangsvoorwaarden. Indien de WBA-aanbiedingen van Belgacom uitgebreid worden met de multicast-functionaliteit, zullen de verplichtingen inzake niet-discriminatie en het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven hierop uiteraard van toepassing blijven.
- Er is geen objectieve rechtvaardiging voor de weigering van toegang. Het ter beschikking stellen van de multicast-functie veroorzaakt geen capaciteitsproblemen of andere technische problemen. Bovendien betreft het slechts een uitbreiding van de bestaande WBA-verplichtingen van Belgacom, die geen aanzienlijke bijkomende inspanningen vergt op het vlak van technische middelen of personeel. De maatregel is dus niet alleen technisch haalbaar, maar ook proportioneel. Er is dus geen objectieve rechtvaardiging voor de weigering van toegang.

Ten slotte wenst KPN Group Belgium nogmaals te benadrukken dat de uitbreiding van BROBA en WBA VDSL2 met de multicast-functie in feite niet meer is dan het logische gevolg van de non-discriminatieverplichting die op Belgacom rust.⁴⁸

Het opleggen van een dergelijke verplichting voldoet ook aan het proportionaliteitsbeginsel. In de context van een toenemende convergentie van technologieën (migratie naar “all-IP”, gebruik van de glasvezelnetwerken voor *mobile backhauling* etc.) en een toenemende vraag naar gebundelde producten, is het voor de operatoren van levensbelang een compleet productengamma te kunnen aanbieden. Vandaag is Belgacom de enige operator die op basis van eigen netwerkinfrastructuur alle convergente diensten (vaste spraaktelefonie, breedbandinternet, digitale televisie, mobiele spraaktelefonie, “mobile data”) kan aanbieden, hetgeen deze operator uiteraard een enorm concurrentieel voordeel verschaft. Belgacom heeft een dominante of minstens leidende positie op verschillende retailmarkten (vaste spraak, breedbandinternet, mobiel) en een monopolie op de wholesalemarkten voor ontbundelde toegang en breedbandtoegang. Behalve in vaste telefonie groeit het klantenbestand van Belgacom in al deze markten: Belgacom heeft thans meer dan 5 miljoen mobiele abonnees,⁴⁹ bijna 2 miljoen vaste spraakabonnees, meer dan 1,1 miljoen breedbandinternetklanten en ruim 920.000 IPTV-abonnees.⁵⁰ Belgacom maakt er ook absoluut geen geheim van dat zij voluit inzet op een convergentiestrategie, waarbij de mogelijkheden voor “cross-selling” tussen verschillende producten maximaal benut worden.⁵¹ Daarnaast is Belgacom zoals gezegd de enige operator die op korte termijn een WBA-product kan leveren dat alle vereiste kenmerken (ubiquiteit, homogeniteit) heeft om aan de behoeften van de OLO’s te voldoen. Het opleggen van deze extra verplichting aan Belgacom is dus proportioneel.

De trend op de retailmarkten om steeds meer “pakketten” of “bundels” van telecommunicatiediensten aan te bieden, staat in schril contrast met de gefragmenteerde wholesale-diensten op basis waarvan de niet verticaal geïntegreerde operatoren vandaag moeten concurreren. Het is niet langer te verantwoorden om toegangsverplichtingen op te leggen die geen rekening houden met de realiteit van de convergentie en die zich dus beperken tot het remediëren van een eng gedefinieerd

⁴⁸ Zie *supra*, p. 12.

⁴⁹ Jaarverslag Belgacom 2009, p. 7.

⁵⁰ Kwartaalverslag Belgacom Q3 2010, p. 13.

⁵¹ Cf. jaarverslag Belgacom 2009, p. 8-9.

mededingingsprobleem op één specifieke markt. Het behoud van de huidige WBA-verplichtingen zonder een uitbreiding naar de multicast-functie zou slechts een gedeeltelijke en gebrekkige oplossing bieden voor de marktafslermende werking van Belgacom's monopoliepositie op markt 5. Het BIPT dient verplichtingen op te leggen die in verhouding staan tot de overweldigende slagkracht van Belgacom over de grenzen van verschillende markten heen.

6. DRAAGWIJDTE VAN DE MULTICAST-VERPLICHTING

KPN Group Belgium merkt op dat de verplichting voor toegang tot multicasting zich beperkt tot het Ethernet-transportnetwerk en tot de DSLAMs IP (ISAMs).⁵² Het BIPT rechtvaardigt deze beperking door te verwijzen naar de nakende verdwijning van het ATM-netwerk en het feit dat bij de DSLAMs van de oude generatie (ASAMs) de hulpsignalen nog via een afzonderlijke interface moeten verstuurd worden.⁵³

Anderzijds heeft het BIPT in haar ontwerpbesluit van 21 december 2010 betreffende de analyse van de markt voor televisie-omroep aan de kabeloperatoren wel een resale-verplichting voor analoge televisiesignalen opgelegd, ondanks het feit dat analoge televisie eveneens een uitdovende technologie is. Het ware dus coherenter geweest om aan Belgacom een algemene verplichting op te leggen om de bitcast-functie over haar hele netwerk ter beschikking te stellen. Zoals hierboven aangetoond is het voor de alternatieve operatoren immers van essentieel belang dat zij een homogeen product over het hele grondgebied kunnen aanbieden. De (functionele en geografische) draagwijdte van de toegangsverplichting zou niet mogen afhangen van de investeringsbeslissingen van de dominante operator zelf.

7. NOODZAAK PREVENTIEVE PRIJSCONTROLE OP DE RETAILMARKT

Hierboven werd uiteengezet hoe een bundelingsstrategie een verticaal geïntegreerde operator kan toelaten om zijn dominante positie op één retailmarkt (bv. de markt voor breedbandinternettoegang) als hefboom te gebruiken om marktmacht te verwerven over een andere, maar nauw verwante retailmarkt waar deze operator (nog) niet over een dominante positie beschikt (*horizontal leveraging*).

Een andere manier waarop een bundelingsstrategie een verticaal geïntegreerde onderneming zou kunnen toelaten niet-geïntegreerde alternatieve operatoren uit te sluiten van de retailmarkt, is door de prijs van haar gebundelde producten zo laag vast te stellen dat de niet-geïntegreerde concurrent – die voor de levering van zijn retailproducten aangewezen is op inputs geleverd door de verticaal geïntegreerde operator – dit aanbod niet kan dupliceren (*vertical leveraging*): “[R]etail bundling strategies may also be pursued by a vertically integrated firm to foreclose competitors from downstream markets. Specifically, bundling might be used by a vertically integrated operator with SMP in an input market to leverage its power into one or several downstream markets where it does or does not have SMP (i.e. vertical leverage). This could occur by charging a bundle price that a non-vertically integrated downstream rival – relying on the regulated wholesale inputs for the provision of the retail product – would be unable to replicate.”⁵⁴ De horizontale en de verticale *leveraging*-strategieën kunnen natuurlijk

⁵² Ontwerpbesluit, § 999.

⁵³ Ontwerpbesluit, §1020.

⁵⁴ ERG Report on the Discussion on the application of margin squeeze tests to bundles, maart 2009, ERG (09) 07, §24.

ook met elkaar gecombineerd worden. Dit toont aan dat een toegangsverplichting op wholesaleniveau moet gepaard gaan met een verplichting om kostengeoriënteerde prijzen te hanteren voor de toegangsproducten en met een monitoring van de prijzen op de retailmarkt.

Het BIPT zou Belgacom dus bijkomend moeten onderwerpen aan een verplichting om al haar nieuwe retailaanbiedingen eerst ter goedkeuring aan het Instituut voor te leggen, zodat het BIPT een *ex ante* prijssqueezetest kan uitvoeren om na te gaan of de marginale prijs van elk onderdeel van een gebundeld product voldoende is om de gerelateerde kosten van een even efficiënte operator te dekken.