

**ONTWERPBESLUIT VAN DE RAAD VAN HET
BIPT
MET BETREKKING TOT
DE ANALYSE VAN DE MARKT VOOR
TELEVISIEOMROEP**

**REACTIE VAN TELENET N.V.
18 FEBRUARI 2011**

NIET VERTROUWELIJKE VERSIE

INHOUDSTAFEL

I.	<u>EXECUTIVE SUMMARY</u>	7
1.	INLEIDING	7
2.	GEEN CONSUMER HARM	7
3.	GEEN MODIFIED GREENFIELD ANALYSE	9
4.	RELEVANTE PRODUCTMARKT	9
5.	RELEVANTE GEOGRAFISCHE MARKT	11
6.	3 CRITERIA-TEST	12
7.	SMP-ANALYSE	13
8.	VERPLICHTINGEN	15
II.	<u>INLEIDING</u>	19
III.	<u>VOORAFGAANDE PROCEDURELE EN CONCEPTUELE BEZWAREN</u>	19
1.	VOORBEHOUD WEGENS GEEN OF ONVOLLEDIGE/LAATTIJDIGE TOEGANG TOT HET DOSSIER	19
2.	FEITELIJKE VERGISSING BETREFFENDE DE VERHOUDING TUSSEN TELENET EN WOLUTV	21
3.	SCHENDING VAN DE PROCEDURES VOOR SAMENWERKING TUSSEN REGULATOREN IN HET BELGISCH INSTITUTIONEEL KADER	22
3.1.	Belgisch institutioneel kader	22
3.2.	Schending van de procedures voor samenwerking uit het Samenwerkings-akkoord	24
4.	MISKENNING VAN DE 'MODIFIED GREENFIELD' BENADERING	27
IV.	<u>GEEN MARKTFALEN/GEEN CONSUMER HARM</u>	30
1.	VOORAF	30
2.	DE RETAIL OMROEPMARKT WORDT GEKENMERKT DOOR EEN TOENAME VAN HET AANTAL AANBIEDERS EN INFRASTRUCTUREN	32
2.1.	Inleiding	32
2.2.	Kabel	32
2.3.	IPTV	33
2.4.	Satelliet	34
2.5.	DVB-T	35
2.6.	Mobiele TV	35
2.7.	Internet (OTT)	35
3.	DE TOENAME VAN HET AANTAL AANBIEDERS EN INFRASTRUCTUREN LEIDT TOT COMPETITIEVE DRUK, EEN SNELLE DIGITALISERING EN LAGE PRIJZEN	39
4.	GEEN MARKTFALEN EN GEEN 'CONSUMER HARM'	43
V.	<u>AFBAKENING VAN DE RELEVANTE MARKT</u>	45
1.	VOORAFGAANDE BEMERKING: GEEN ANALYSE VAN DE WHOLESAMARKT	45
2.	RELEVANTE PRODUCTMARKT	46
2.1.	Methodologie voor het definiëren van de relevante productmarkt	46

Niet Vertrouwelijke Versie

2.1.1.	Algemeen	46
2.1.2.	Standpunt van het BIPT	47
2.1.3.	Standpunt van Telenet	47
2.2.	Substitueerbaarheid tussen aanbiedingen van analoge televisie en digitale televisie	48
2.2.1.	Substitueerbaarheid aan de vraagzijde	48
2.2.2.	Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde	50
2.2.3.	Conclusie	50
2.3.	Substitueerbaarheid tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en IPTV	50
2.3.1.	Substitueerbaarheid aan de vraagzijde	50
2.3.2.	Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde	53
2.3.3.	Conclusie	54
2.4.	Substitueerbaarheid tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en betalende satelliettelevisie	54
2.4.1.	Substitueerbaarheid aan de vraagzijde	54
2.4.2.	Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde	64
2.4.3.	Conclusie	65
2.5.	Substitueerbaarheid tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en DVB-T	65
2.5.1.	Substitueerbaarheid aan de vraagzijde	65
2.5.2.	Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde	67
2.5.3.	Conclusie	67
2.6.	Toenemend belang en convergentie van internettelevisie en mobiele televisie	68
2.7.	Algemene conclusie en overzicht	69
3.	RELEVANTE GEOGRAFISCHE MARKT	72
3.1.	Inleiding	72
3.1.1.	Basisprincipes van de analyse van de relevante geografische markt	72
3.1.2.	Standpunt van het BIPT	74
3.2.	Ketensubstitutieanalyse	74
3.2.1.	Uitgangspunten	74
3.2.2.	Toepassing <i>in concreto</i>	76
3.3.	Geen wezenlijke verschillen tussen de concurrentievoorwaarden in de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren	79
3.3.1.	Geen wezenlijke verschillen in marktaandelen, penetratie en technologische kenmerken	80

Niet Vertrouwelijke Versie

3.3.2.	Geen wezenlijke verschillen in consumentenvoorkeuren, televisie-aanbiedingen en prijzen in de verschillende dekkingengebieden van kabeloperatoren	81
3.3.3.	Geen wezenlijke verschillen qua wetgeving en regulering	82
3.4.	Algemene Conclusie	83
VI.	<u>DE 3 CRITERIA-TEST</u>	83
1.	INLEIDING	83
1.1.	De kenmerken van de Belgische markt verschillen niet wezenlijk van die in andere Lidstaten en/of van de motieven op grond waarvan markt 18 uit de Aanbeveling werd verwijderd	83
1.2.	Gebrekkige toepassing van de 3 criteria-test in de Ontwerpbeslissing	84
2.	EERSTE CRITERIUM: HOGE TOEGANGSBELEMMERINGEN DIE NIET VAN VOORBIJGAANDE AARD ZIJN	85
2.1.	De toename van het aantal beschikbare infrastructures wijst op dalende toetredingsdrempels	85
2.1.1.	Succesvolle markttoetreding van Belgacom op basis van infrastructuurconcurrentie	85
2.1.2.	Bestaande en komende regulering van relevante markten stroomopwaarts in de toeleveringsketen maakt markttoetreding mogelijk	86
2.1.3.	Alternatieve infrastructures bieden toegenomen (mogelijkheden voor) markttoetreding	87
2.1.4.	Samenvattend overzicht van de beschikbare infrastructures en toetredingsmogelijkheden	87
2.2.	De onmogelijkheid om analoge televisie aan te bieden is geen (hoge) toegangs-belemmering	88
2.3.	De verschillende schaal- en breedtevoordelen en de verticale integratie waarnaar het BIPT verwijst vormen geen hoge toegangs-drempels	89
2.3.1.	Voorafgaand	89
2.3.2.	Onderhandelingen over contentrechten	90
2.3.3.	Uitgaven voor marketing	91
2.3.4.	Mogelijkheid tot cross selling en multiple play-aanbiedingen	91
2.4.	Conclusie betreffende het eerste criterium	92
3.	TWEEDE CRITERIUM: MARKTSTRUCTUUR DIE NIET NEIGT NAAR DAADWERKELIJKE MEDEDINGING	93
3.1.	De noodzaak van een dynamische, prospectieve analyse	93
3.2.	De analyse van het tweede criterium door het BIPT	95
3.3.	Weerlegging van de analyse van het BIPT	95
3.3.1.	Met betrekking tot het belang van analoge TV	95
3.3.2.	Met betrekking tot het beperkt aantal marktdeelnemers en het marktaandeel van de kabeloperatoren	96

Niet Vertrouwelijke Versie

a.	<i>Stelling van het BIPT</i>	96
b.	<i>Bestaande en toekomstige markttoetreding</i>	96
c.	<i>Convergentie tussen verschillende distributieplatformen en technologische evolutie</i>	96
d.	<i>Geen customer lock in</i>	98
e.	<i>Dalend aandeel van de kabel</i>	99
f.	<i>Prijzdruk</i>	99
3.3.3.	Effect van de multiplay-aanbiedingen	99
3.4.	Besluit	99
4.	DERDE CRITERIUM: ONTOEREIKENDHEID VAN HET MEDEDINGINGSRECHT	100
4.1.	Standpunt van het BIPT	100
4.2.	Weerlegging van het standpunt van het BIPT	100
5.	BESLUIT INZAKE DE 3 CRITERIA-TEST	101
VII.	<u>POSITIE VAN TELENET OP DE RELEVANTE MARKT</u>	101
1.	ALGEMENE PRINCIPES VOOR DE ANALYSE “AANMERKELIJKE MARKTMACHT”	102
2.	ANALYSE VAN AANMERKELIJK MARKTMACHT	102
2.1.	Inleiding	102
2.2.	Hoofdfactoren uit de marktmacht analyse van het BIPT	103
2.2.1.	Marktaandelen	103
2.2.2.	Prijzen	104
2.2.3.	Potentiële concurrentie, prospectieve analyse en critical loss	107
2.3.	Bijkomende factoren uit de marktmacht analyse	109
2.3.1.	Controle over niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur en verzonken kosten	109
2.3.2.	Overstapdrempels	111
a.	<i>Mogelijkheid om analoge tv-signalen te leveren samen met digitale tv-signalen</i>	111
b.	<i>De mogelijkheid om een programma te bekijken terwijl er tegelijkertijd een ander programma wordt opgenomen</i>	112
c.	<i>Digitale-tv-kijkers hebben een decoder nodig om digitale televisie te ontvangen</i>	112
d.	<i>Multiplay-aanbiedingen vormen geen overstapdrempel</i>	112
2.3.3.	Schaalvoordelen	113
2.3.4.	Breedtevoordelen	114
2.3.5.	Bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten	114
2.3.6.	Aanwezigheid van kopersmacht	115
2.3.7.	Een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopsnetwerk	116
2.3.8.	Verticale integratie	116

Niet Vertrouwelijke Versie

3.	BESLUIT: GEEN AANMERKELIJKE MARKTMACHT	117
VIII.	<u>DE VERPLICHTINGEN</u>	118
1.	ALGEMENE BEMERKINGEN MET BETREKKING TOT DE VERPLICHTINGEN	118
1.1.	Voorafgaandelijk	118
1.2.	Geen geloofwaardige vraag naar een gereguleerd 'doorverkoop'-aanbod op de kabel en geen bewijs van de effectiviteit van de voorgenomen verplichtingen	120
1.3.	De verplichtingen zullen de bestaande en ontluikende infrastructuurconcurrentie fnuiken	121
1.4.	Uitsluiting van partijen die beschikken over een eigen omroepplatform	122
1.5.	De verplichtingen ondermijnen de prikkels van Telenet om in haar netwerk te Investeren	123
2.	DE TOEGANGSVERPLICHTINGEN TOT HET DIGITAAL PLATFORM EN DE VERPLICHTING TOT DOORVERKOOP VAN ANALOGE TELEVISIE ZIJN NIET NOODZAKELIJK NOCH PROPORTIONEEL GELET OP DE BESTAANDE EN KOMENDE SMP-VERPLICHTINGEN OP STROOMOPWAARTSE WHOLESALMARKTEN	124
3.	BIJKOMENDE BEMERKINGEN MET BETREKKING TOT DE VERPLICHTING TOT DOORVERKOOP VAN EEN ANALOOG AANBOD	125
4.	BIJKOMENDE BEMERKINGEN MET BETREKKING TOT DE VERPLICHTING TOT DOORVERKOOP VAN BREEDBANDTOEGANG	127
4.1.	De feitelijke uitgangspunten op basis waarvan de verplichting inzake doorverkoop van een aanbod voor breedbandinternettoegang wordt opgelegd, zijn onjuist	127
4.2.	De verplichting inzake breedbandtoegang is geen loutere uitvoeringsmaatregel	128
4.3.	De verplichting tot doorverkoop van breedbandtoegang wordt niet gelinkt aan een geïdentificeerd mededingingsprobleem	129
4.3.1.	Inleiding	129
4.3.2.	Inconsistentie met de analyse van de breedbandmarkten	130
4.3.3.	Geen mededingingsprobleem op een hypothetische bundelmarkt	131
4.3.4.	Geen mededingingsprobleem op andere markten	131
5.	TECHNISCHE EN OPERATIONELE ISSUES	132
5.1.	Wijziging van operationele structuren, processen en IT-systemen	132
5.2.	M.b.t. de verplichting tot doorverkoop van een analoog aanbod	133
5.3.	M.b.t. de verplichting tot toegang tot het digitale televisieplatform	134
5.4.	M.b.t. de verplichting tot doorverkoop van breedbandtoegang	136
5.5.	Besluit	137

I. **EXECUTIVE SUMMARY**

1. **INLEIDING**

1. **Voorgaanden.** Op 21 december 2010 hebben de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM), het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT), de Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) en de Medienrat, hun respectieve ontwerpbeslissingen met betrekking tot de analyse van de markt voor televisieomroep bekendgemaakt en ter consultatie voorgelegd aan de sector.
2. **Samenwerking tussen Regulators.** De vier ontwerpbeslissingen zijn identiek en getuigen van een verregaande samenwerking tussen de regulators. Deze samenwerking valt echter buiten de samenwerkingsprocedures voorzien in het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap ("het Samenwerkingsakkoord")¹. Door samen te werken buiten het Samenwerkingsakkoord hebben de regulators dit Samenwerkingsakkoord en de grondwettelijke bevoegdheidsverdelende bepalingen op basis waarvan het werd afgesloten, geschonden.
3. **De Ontwerpbeslissing.** Elke ontwerpbeslissing bakent afzonderlijke relevante omroepmarkten af die telkens overeenstemmen met het dekkinggebied van een kabeloperator. Deze kabeloperator heeft volgens de uitgevoerde analyse aanmerkelijke marktmacht (SMP) en concurreert uitsluitend met Belgacom. De regulators leggen de volgende drie verplichtingen op aan de SMP-operatoren: (i) doorverkoop van analoge televisie, (ii) toegang tot het digitaal televisieplatform, en (iii) doorverkoop van breedbandinternettoegang.

2. **GEEN CONSUMER HARM**

4. **Retail omroepmarkt niet op de lijst.** De retail omroepmarkt komt niet voor op de lijst van de Europese Commissie van markten die in aanmerking komen voor *ex ante*-regelgeving. De Europese Commissie oordeelde in 2007 dat de marktdynamiek en de toegenomen infrastructuurconcurrentie op de omroeptransmissiemarkten verantwoordde dat zij van de lijst werden gehaald.
5. Nationale regelgevende instanties ("NRI's") behouden echter de mogelijkheid om andere markten dan die uit de lijst te reguleren indien zij '*consumer harm*' vaststellen die niet kan worden opgelost door *ex ante* regelgeving op de markten uit de lijst.
6. **Stappen van de Marktanalyse.** Een NRI die *ex ante*-regelgeving wil opleggen moet eerst de relevante markt afbakenen. Vervolgens moet zij onderzoeken of de kenmerken van deze markt het opleggen van regelgevende verplichtingen kunnen verantwoorden. Dit gebeurt aan de hand van 3 criteria die cumulatief moeten zijn vervuld (de 3 criteria-test). Zoals gezegd heeft de Europese Commissie een lijst opgesteld van markten die in aanmerking komen voor *ex ante*-regelgeving². Deze

¹ Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische-communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van bevoegdheden met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie.

² Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen, P.B. 2007, L344/65.

Niet Vertrouwelijke Versie

markten worden geacht aan de 3 criteria-test te voldoen.

7. Indien de geanalyseerde markt aan de 3 criteria-test voldoet, moet vervolgens worden bepaald of een operator op deze markt aanmerkelijke marktmacht heeft (SMP). Wanneer een operator met aanmerkelijke marktmacht wordt aangeduid op een markt die aan de 3 criteria-test voldoet, bestaat de mogelijkheid om aan deze operator noodzakelijke en proportionele verplichtingen op te leggen.
8. **Geen regulering in andere Lidstaten.** Geen enkele NRI heeft de retail omroepmarkt gereguleerd. De beslissing van de Nederlandse regulator OPTA om de omroeptransmissiemarkt te reguleren werd vernietigd in beroep. Andere NRI's die de omroeptransmissiemarkt hebben onderzocht, zijn tot het besluit gekomen dat deze markt niet voldeed aan de 3 criteria-test en dus niet kon worden gereguleerd.
9. **Standpunt BIPT.** Toch meent het BIPT dat in België regulering nodig is omdat er sprake zou van een marktfalen en 'consumer harm'. Die zou bestaan in (i) een klein aantal actieve operatoren en (ii) prijzen die hoger zijn dan indien de markt concurrerend zou zijn. Dit uitgangspunt van het BIPT lijkt evenwel meer te steunen op een intuïtieve benadering dan op een gedegen analyse van de kenmerken van de retail omroepmarkt. Het miskent de dynamiek die de omroepmarkt in België kenmerkt.
10. **Weerlegging.** De Belgische consument is zeker niet slechter af dan de consument in andere Lidstaten van de Europese Unie.
11. Hij kan kiezen tussen een technologisch geavanceerde (VDSL-2) en snel groeiend IPTV platform (BelgacomTV) enerzijds en vooruitstrevende digitale televisiediensten op basis van performante kabelnetwerken (DOCSIS 3.0) anderzijds. Deze infrastructures bieden televisiediensten van hoge kwaliteit aan. Kabelmaatschappijen en IPTV-operatoren blijven investeren in de verbetering van de kwaliteit van hun netwerk en in de ontwikkeling en lancering van innovatieve diensten en toepassingen (zie bijvoorbeeld de dienst YeloTV van Telenet).
12. Naast de kabel en IPTV heeft de Belgische consument nog minstens 2 bijkomende distributieplatformen ter beschikking, met name de satelliet en DVB-T. In weinig landen van de Europese Unie hebben evenveel huishoudens toegang tot evenveel verschillende mogelijke televisieplatformen. Daarnaast worden de businessmodellen van omroepoperatoren onder druk gezet door de snelle groei van televisie via het internet (zgn. "over the top (OTT)"-televisie) en mobiele televisie.
13. Alle elementen voor de verdere versterking van infrastructuurconcurrentie zijn in België dus aanwezig. Dat Mobistar investeert in de succesvolle lancering van een televisieaanbod op basis van satelliet bevestigt duidelijk deze trend naar toegenomen infrastructuurconcurrentie.
14. Door deze ontwikkelingen is het marktaandeel van de kabel al meer dan 5 jaar aan het dalen. De rol van de kabel is in België zeker niet (meer) uitzonderlijk doch integendeel goed vergelijkbaar met een aantal andere Europese landen waar de kabel eveneens een hoge penetratiegraad heeft maar waar geen regulering wordt voorzien.
15. Voor de toegang tot kwalitatief hoogstaande televisiediensten betaalt de Belgische consument tenslotte prijzen die tot de laagste van Europa behoren en bovendien het voorwerp uitmaken van een kostengebaseerde prijsregulering.

Niet Vertrouwelijke Versie

16. **Besluit.** De kenmerken van de Belgische markt spreken de veronderstelling van een marktfalen tegen. Er is in tegendeel sprake van marktdynamiek gekenmerkt door een toenemend aantal spelers, toenemende infrastructuurconcurrentie en innovatie. Een regelgevende interventie is in dergelijke context niet verantwoord en creëert in tegendeel het risico dat investeringen in bijkomende infrastructuurconcurrentie worden afgeremd.
17. Als er in België al sprake is van marktfalen, dan is het wel op het niveau van mobiele telefonie. Verschillende vergelijkingen tonen aan dat België inzake mobiele telefonie over de hele lijn slecht scoort. België situeert zich nagenoeg systematisch boven het Europees prijsniveau. Voor mobiel breedbandinternet is België één van de duurste landen in Europa en bevindt het zich op vlak van klantenaantallen in de absolute staart van het Europese peloton.
18. Het is in die context ironisch dat het voornemen om de kabeloperatoren te reguleren een dermate verregaande operationele en financiële impact zal hebben op deze operatoren dat dit hun mogelijkheden om te investeren in de toetreding tot de mobiele markt (bijvoorbeeld via de aangekondigde 3G en 4G licenties) zal aantasten. De kabeloperatoren behoren nochtans tot de meest geloofwaardige potentiële toetreders tot de mobiele markt.
19. De nodeloze regulering van de retail omroepmarkt loopt dus niet alleen het risico om infrastructuurconcurrentie op deze markt af te remmen, maar ook om de broodnodige toename van de concurrentie op de mobiele markt te fnuiken.

3. GEEN MODIFIED GREENFIELD ANALYSE

20. Het BIPT heeft zijn analyse van de retail omroepmarkt niet conform de 'modified greenfield' benadering verricht. Deze benadering houdt in dat het BIPT moet rekening houden met SMP-verplichtingen die werden opgelegd op stroomopwaartse markten in de verticale toeleveringsketen. Alleen indien deze stroomopwaartse SMP-verplichtingen niet volstaan om aan het marktfalen te verhelpen, kunnen verplichtingen in lager gelegen markten in de toeleveringsketen worden opgelegd.
21. De Ontwerpbeslissing houdt op geen enkele wijze rekening met de bestaande en komende SMP-verplichtingen van Belgacom op de stroomopwaartse markten betreffende ontbundelde toegang en wholesale breedbandtoegang (ontbundelde toegang, bitstream access en multicasting). Deze verplichtingen volstaan nochtans om het beweerde marktfalen op de retail omroepmarkt op te lossen. Zij maken het voor alternatieve operatoren immers technisch en economisch haalbaar om IPTV-diensten op grote schaal aan te bieden aan eindgebruikers.
22. Wanneer men met deze stroomopwaartse SMP-verplichtingen rekening houdt, kan men niet om de vaststelling heen (i) dat de retail omroepmarkt niet voldoet aan de 3 criteria-test, (ii) dat Telenet op deze markt geen aanmerkelijke marktmacht heeft, en (iii) dat de voorgenomen regelgevende interventie niet noodzakelijk noch proportioneel is.

4. RELEVANTE PRODUCTMARKT

23. **Uitgangspunt BIPT.** De marktanalyse van het BIPT steunt op een te enge afbakening van de relevante productmarkt. Satelliettelevisie en DVB-T worden ten onrechte uitgesloten en er wordt geen enkele prospectieve analyse gemaakt naar het toenemend belang van mobiele televisie en OTT-televisie.

Niet Vertrouwelijke Versie

24. **Satelliettelevisie.** Het BIPT sluit satelliettelevisie uit op basis van (i) beweerde contractuele en wettelijke beperkingen op het plaatsen van schotelantennes, (ii) beweerde beperkingen inzake multiple play, (iii) het feit dat satelliettechnologie geen retourpad biedt voor interactiviteit en (iv) beweerde hoge overstapkosten.
25. De contractuele en wettelijke beperkingen inzake het plaatsen van schotelantennes zijn grotendeels onbestaande en/of worden overschat. De Ontwerpbeslissing geeft overigens geen enkele inschatting van het aantal huishoudens die erdoor getroffen zouden zijn. Het succes van gratis satelliettelevisie bij migranten in de grote steden en van betalende satelliettelevisie in de Duitstalige Gemeenschap en in het buitenland, bevestigt dat deze beperkingen, voor zover zij al bestaan, niet ernstig zijn.
26. Interactiviteit speelt slechts een bescheiden rol bij de keuze van een operator door de consument. Volgens marktonderzoek van het BIPT maakt 70% van de consumenten zelden of nooit gebruik van de interactieve diensten.
27. Dat de mogelijkheid tot interactiviteit geen onderscheidend criterium kan zijn voor de opname of uitsluiting van een platform uit de relevante markt, blijkt ook uit het feit dat de Ontwerpbeslissing analoge televisie wel tot de relevante markt rekent, ondanks het ontbreken van interactiviteit.
28. Overigens kan een satellietoperator wel degelijk interactiviteit aanbieden door middel van hybride set-top boxen die satelliettelevisie combineren met een DSL retourpad. In het buitenland bestaan er verschillende voorbeelden van succesvolle satellietaanbiedingen op basis van hybride technologie.
29. Verder kunnen ook aanbieders van satelliettelevisie een succesvolle bundelstrategie ontwikkelen. In België illustreert Mobistar dit met haar Starpack bundels. Ook buitenlandse operatoren zoals Sky in het Verenigd Koninkrijk bevestigen dit.
30. Tenslotte zijn de overstapkosten naar satelliet niet hoger dan bij overstap naar een ander digitaal platform. Volgens de berekeningen in de Ontwerpbeslissing is de jaarlijkse kost voor de consument die de noodzakelijke apparatuur voor satellietontvangst huurt trouwens lager dan bij andere digitale distributieplatformen.
31. **DVB-T.** Het BIPT sluit DVB-T uit op basis van (i) beweerde beperkingen van het zenderaanbod, (ii) beweerde beperkingen inzake multiple play, (iii) het feit dat DVB-T technologie geen retourpad voor interactiviteit biedt en (iv) de beperkte belangstelling van de consument voor DVB-T.
32. Wat de beperkingen inzake multiple play en interactiviteit betreft, gelden de opmerkingen inzake satelliet ook voor DVB-T.
33. Wat de beperking van het zenderaanbod betreft, mag men in een prospectieve analyse uiteraard niet blijven stilstaan bij het feit dat het huidige zenderaanbod beperkt is tot de Belgische publieke omroepen. Zowel in Vlaanderen als in Wallonië vertegenwoordigen 8 zenders 80% van de kijkcijfers. DVB-T biedt ruimschoots voldoende capaciteit om deze 8 zenders aan te bieden en om dit aanbod verder uit te breiden met bijkomende zenders.
34. Om dezelfde reden volstaat het niet te verwijzen naar het feit dat marktonderzoek aantoonde dat consumenten vandaag geen belangstelling hebben voor DVB-T. In een prospectieve analyse moet men nagaan of de consument belangstelling zou hebben voor DVB-T indien het zenderaanbod zou worden uitgebreid. Deze

Niet Vertrouwelijke Versie

analyse ontbreekt volledig. Voorbeelden uit de ons omringende landen tonen aan dat DVB-T ook in landen met een hoge kabelpenetratie kan uitgroeien tot een succesvol platform.

35. **OTT-televisie en mobiele televisie.** Tenslotte ontbreekt in de Ontwerpbeslissing een prospectieve analyse van het toenemend belang en de convergentie van OTT-televisie en mobiele televisie.

5. RELEVANTE GEOGRAFISCHE MARKT

36. De Ontwerpbeslissing beperkt de relevante geografische markt ten onrechte tot het dekkingsgebied van de respectieve kabeloperatoren.
37. **Nationale spelers.** Wanneer er nationale spelers op de markt actief zijn die een nationaal prijsbeleid voeren, is dat een sterke indicatie van het bestaan van een nationale markt. Belgacom is op nationale schaal actief en voert een nationaal prijsbeleid. Zij concurreert met Telenet in Vlaanderen en in een deel van Brussel, met VOO in Wallonië en Brussel en met Numéricable in Brussel en de Vlaamse randgemeenten van Brussel. Door de aanwezigheid van Belgacom zijn VOO, Numéricable en Telenet aan elkaar gelinkt door een substitutieketen, zodat ze indirect met elkaar concurreren.
38. Door de verdere groei van IPTV en de toetreding van partijen als Mobistar en DVB-T-operatoren zullen er bovendien steeds meer nationale spelers met een nationaal prijsbeleid zijn. Dit zal de nationale dimensie van de markt verder versterken.
39. **Berekening ketensubstitutie-effecten.** De Ontwerpbeslissing besluit desalniettemin tot het bestaan van subnationale markten op basis van berekeningen waaruit het ontbreken van ketensubstitutie-effecten zou blijken. Volgens deze berekeningen zou Belgacom wel reageren op een prijsverlaging door Telenet maar zou VOO niet reageren op een daarop volgende prijsverlaging door Belgacom.
40. De gegevens waarop deze berekeningen steunen worden door het BIPT evenwel als vertrouwelijk aangemerkt. Het is voor Telenet dan ook onmogelijk om te bepalen of de analyse door het BIPT betrouwbaar en robuust is. De conclusie dat VOO niet zal reageren op een prijsverlaging van Belgacom is alvast niet in overeenstemming met de vaststelling dat de positie van Belgacom in Wallonië sterker is dan in Vlaanderen en dat consumenten in Wallonië prijsgevoeliger zijn dan in Vlaanderen. In de praktijk blijken er wel degelijk voorbeelden te bestaan van ketensubstitutie tussen kabeloperatoren.
41. **Geen afwijkende concurrentievoorwaarden.** De Ontwerpbeslissing maakt het tenslotte niet aannemelijk dat er sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren.
42. De bestaande regelgevende verschillen zijn in elk geval niet relevant aangezien zij geen wezenlijke impact hebben op de prijs of de samenstelling van het aanbod.
43. **Besluit.** Gelet op de aanwezigheid van nationale spelers met een nationale prijzenpolitiek moet worden besloten dat de relevante markt nationaal is. De gebrekkige berekening door het BIPT van de ketensubstitutie-effecten volstaat kennelijk niet om een andere marktafbakening te verantwoorden.

6. 3 CRITERIA-TEST

44. **Algemeen.** Het valt op dat de analyse van de 3 criteria in de Ontwerpbeslissing nauwelijks afwijkt van de SMP-analyse. De 3 criteria-test verschilt nochtans van de SMP-analyse doordat hij betrekking heeft op de kenmerken van de markt, niet op de positie van de ene of de andere marktdeelnemer. De Ontwerpbeslissing lijkt onvoldoende rekening te hebben gehouden met dit fundamentele onderscheid.
45. De 3 criteria-test vereist dat de drie criteria cumulatief zijn vervuld. Van zodra één van de criteria niet is vervuld, komt de markt niet in aanmerking voor *ex ante*-regelgeving. *In casu* zijn verschillende criteria niet vervuld.
46. **Eerste criterium.** Het eerste criterium is het bestaan van hoge toegangsdrempels die niet van voorbijgaande aard zijn.
47. De grootschalige en succesvolle markttoetreding van BelgacomTV wijst op het ontbreken van ernstige toegangsdrempels voor deze partij. Het BIPT erkent overigens uitdrukkelijk dat er voor Belgacom geen hoge structurele toegangsdrempels zijn.
48. Wanneer men verder rekening houdt met de bestaande en komende SMP-verplichtingen van Belgacom inzake ontbundelde toegang en multicasting, is of wordt de levering van televisiediensten door alternatieve operatoren aan een groot aantal eindgebruikers technisch en economisch haalbaar. Bovendien zijn ook een tweede en een derde infrastructuur, met name satelliet en DVB-T, beschikbaar voor alternatieve operatoren. Eventuele toegangsdrempels zijn dus niet hoog of zijn minstens van voorbijgaande aard.
49. De Ontwerpbeslissing overschat verder manifest het belang van het kunnen aanbieden van analoge televisie. Het succes van BelgacomTV – zonder te beschikken over een analoog televisieaanbod – bevestigt onmiskenbaar dat succesvolle markttoetreding mogelijk is zonder analoog televisieaanbod. Analoge televisie is overigens verouderde technologie die in de komende jaren verder zal worden afgebouwd. Het belang van analoge televisie zal in de toekomst dus verder afnemen.
50. Ook de evolutie van de markt in de richting van bundels vormt geen ernstige toetredingsdrempel. Volgens marktonderzoek van het BIPT neemt slechts 24% van de Belgische huishoudens vaste telefonie, internet en televisie af van dezelfde operator. Van die 24% koopt slechts 64% deze producten aan in het kader van een bundel. Terwijl het belang van multiple play-aanbiedingen niet kan worden miskend, moet dus worden vastgesteld dat een meerderheid van de huishoudens in België hun televisiedienst nog steeds buiten een bundel aankopen.
51. Bovendien kunnen ook alternatieve operatoren dankzij de gereguleerde wholesaleproducten van Belgacom multiple play-pakketten aanbieden. Mobistar biedt een “Star Pack” bundel aan bestaande uit vaste telefonie, internettoegang en televisie.
52. Als er al sprake is van asymmetrische concurrentievoorwaarden inzake multiple play, dan ligt dat aan het feit dat alleen de mobiele operatoren de mogelijkheid hebben om effectief te concurreren voor quadruple play aanbiedingen (dit zijn bundels met vaste telefonie, internet, televisie en mobiele telefonie).
53. De verschillende schaal- en breedtevoordelen en de verticale integratie waarnaar het BIPT verwijst – voor zover die al bestaan – geven tenslotte geen aanleiding tot een wezenlijke asymmetrie in de concurrentievoorwaarden en kunnen dus

Niet Vertrouwelijke Versie

evenmin worden gelijkgeschakeld met hoge toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard.

54. **Tweede criterium.** Het tweede criterium is dat de markt niet neigt naar daadwerkelijke mededinging.
55. Het BIPT beperkt zich bij de bespreking van het tweede criterium tot een statische analyse van de relevante markt. Het beperkt zich meer bepaald tot een bespreking van de elementen die eerder in de Ontwerpbeslissing in aanmerking werden genomen bij het onderzoek naar aanmerkelijke marktmacht.
56. Wat daarentegen volledig ontbreekt, is een onderzoek van de dynamiek die voortvloeit uit innovatie, technologische vooruitgang en de huidige of te verwachten convergentie van platformen en diensten. Dit is nochtans fundamenteel bij de beoordeling van het tweede criterium. Een eventuele afwezigheid van effectieve concurrentie op het ogenblik van de analyse kan uiteraard niet worden gelijkgeschakeld met het ontbreken van een evolutie in de richting van effectieve concurrentie in de toekomst.
57. Wanneer men rekening houdt met de recentste marktontwikkelingen (zoals de succesvolle toetreding van MobistarTV), de convergentie tussen verschillende platformen (bijvoorbeeld door het aanbod van interactiviteit op satelliet of DVB-T via hybride boxen), dalende toetredingsdrempels (zoals ten gevolge van de voorgenomen multicasting verplichting die het BIPT aan Belgacom wil opleggen) en het toenemend belang van nieuwe distributiemethodes (internet als distributiemedium voor televisie), dringt het besluit zich op dat de markt getuigt van een bijzondere dynamiek en wordt gekenmerkt door markttoetreding, innovatie en toenemende infrastructuurconcurrentie. Hij is competitief en neigt naar nog meer concurrentie. Deze vaststellingen stemmen overeen met de overwegingen op basis waarvan de Europese Commissie besloot om de omroeptransmissiemarkt van de lijst te halen.
58. **Derde criterium.** Het derde criterium is de ontoereikendheid van het mededingingsrecht.
59. De meeste NRI's die een analyse van de omroeptransmissiemarkt (markt 18) hebben gemaakt, zijn tot de conclusie gekomen dat het tweede criterium niet vervuld was en zijn bijgevolg niet overgaan tot een analyse van het derde criterium. Desalniettemin bevestigen de analyses van de Duitse en Franse regulatoren uitdrukkelijk dat de *ex post*-controle door mededingingsautoriteiten voldoende is om het goed functioneren van deze markt te garanderen. Deze conclusie geldt *mutadis mutandis* ook voor de nauw verwante retail omroepmarkt.
60. Het uitgangspunt van het BIPT bij de beoordeling van het derde criterium is de ontrechte veronderstelling dat het kabelnetwerk een "essential facility" uitmaakt en dus moeilijk te dupliceren is. Hierboven werd evenwel reeds aangegeven dat alternatieve operatoren een beroep kunnen doen op het gereguleerd wholesaleaanbod van Belgacom (in de toekomst waarschijnlijk uitgebreid met de mogelijkheid tot multicasting), satelliet, DVB-T of zelfs het internet.

Aangezien er geen toegangsproblemen bestaan, is het mededingingsrecht perfect geschikt om eventuele mededingingsproblemen die zich zouden voordoen op de retail omroepmarkt op te lossen.

7. SMP-ANALYSE

61. **Ontwerpbeslissing.** De Ontwerpbeslissing besluit dat Telenet aanmerkelijke marktmacht heeft op basis van de vaststelling van (i) het groot marktaandeel van Telenet in haar dekkinggebied en (ii) de vaststelling dat de prijzen van Telenet tijdens de afgelopen 5 jaar zijn gestegen ondanks de toetreding van BelgacomTV.

62. De uitgevoerde analyse combineert een enge afbakening van de relevante markt met de afwezigheid van enige prospectieve analyse ten aanzien van de ontwikkeling van de markt in de komende jaren en de positie van Telenet daarin. Dit resulteert in een zeer statische visie op de markt die niet in overeenstemming is met de dynamische werkelijkheid en bestaande en potentiële bronnen van concurrentie buiten beschouwing laat.

63. **Marktaandelen.** Ongeacht welke marktdefinitie wordt weerhouden, moet men nochtans vaststellen dat het marktaandeel van de kabeloperatoren tijdens de afgelopen jaren is gedaald terwijl de marktaandelen van de concurrenten zijn gestegen en dat niets erop wijst dat deze evolutie zich in de komende jaren niet zal verder zetten.

Een hoog marktaandeel, zeker indien dit dalende is, kan overigens niet als zodanig als problematisch worden gezien en als noodzakelijkerwijze wijzend op de afwezigheid van effectieve concurrentie. Veeleer lijkt het grote marktaandeel van Telenet een logisch uitvloeisel van de historische ontwikkeling van de markt, waarop concurrentie tussen infrastructuren een relatief recente ontwikkeling is.

64. **Prijzen.** De Ontwerpbeslissing stelt vervolgens dat de prijzen van Telenet zich boven het competitieve niveau bevinden en dat Telenet in een competitieve markt lagere prijzen zou hanteren. Dit zou wijzen op een gebrek aan concurrentie.

65. De Ontwerpbeslissing onderzoekt evenwel niet of de prijzen van Telenet inderdaad te hoog zijn. Een internationale vergelijking leert dat de prijzen van Telenet in tegendeel bij de laagste van Europa behoren. De prijsstijgingen van het kabelabonnement tijdens de afgelopen jaren hebben gelijke tred gehouden met de inflatie, ondanks de uitbreiding van het digitale televisieaanbod en substantiële netwerkinvesteringen. In de economische literatuur wordt algemeen aanvaard dat ook in een competitieve markt kostenstijgingen leiden tot prijsstijgingen.

66. Verder houdt de Ontwerpbeslissing geen rekening met het feit dat de prijs van het kabelabonnement is onderworpen aan kostengebaseerde regulering door de FOD Economie. Dat Telenet de door de overheid goedgekeurde prijsverhogingen bovendien niet volledig heeft toegepast, wijst op het bestaan van prijsdruk van andere platformen en operatoren.

67. **Groeiopotentieel van andere infrastructuren.** Er moet ook rekening worden gehouden met het groeiopotentieel van IPTV en andere infrastructuren zoals satelliettelevisie of DVB-T. Vergelijkingen met andere landen waar de kabel een belangrijke rol speelt, leren dat deze infrastructuren een dermate groeiopotentieel hebben dat een prijsverhoging die normale kostenstijgingen overschrijdt, voor Telenet zou leiden tot een dusdanig verlies aan klanten dat deze prijsverhoging niet winstgevend zou zijn.

68. **Andere factoren.** Ook de andere factoren waarnaar de Ontwerpbeslissing verwijst zijn niet relevant. Bij de beoordeling van de toetredingsdrempels wordt bijvoorbeeld ten onrechte geen rekening gehouden met de bestaande en komende SMP-verplichtingen van Belgacom op stroomopwaartse markten. Deze verplichtingen maken markttoetreding nochtans technisch en economisch

Niet Vertrouwelijke Versie

haalbaar. Evenmin wordt rekening gehouden met het potentieel van satelliet, DVB-T en op termijn ook mobiele en OTT-televisie.

69. Het is dan ook volstrekt ten onrechte dat de Ontwerpbeslissing besluit dat Telenet beschikt over aanmerkelijke marktmacht.

8. VERPLICHTINGEN

70. **Geen kosten-baten analyse.** De Ontwerpbeslissing stelt een aantal zeer ingrijpende maatregelen voor met potentieel grote gevolgen voor de kabeloperatoren. Het BIPT maakt echter geen analyse van de kosten en baten van deze maatregelen.
71. **Geloofwaardigheid van de vraag naar toegang.** De Ontwerpbeslissing gaat op geen enkele wijze na of de voorgestelde toegangsmaatregelen effectief zullen zijn en ook daadwerkelijk zullen leiden tot markttoetreding via de kabel. De vrijblijvende belangstelling van een aantal marktpartijen waarnaar de Ontwerpbeslissing verwijst, kan onmogelijk worden gelijkgeschakeld met een geloofwaardige vraag.
72. **Aantasting investeringsprikkel alternatieve operatoren.** Indien alternatieve operatoren de mogelijkheid krijgen om zonder wezenlijke investeringen of risico's een televisie- (en breedband-) aanbod te verrichten via de kabel, bestaat het risico dat dit hun prikkel om te investeren in de verdere ontwikkeling van alternatieve infrastructures (satelliet, DVB-T, IPTV, ...) zal afremmen. De voorgenomen verplichtingen riskeren dus de bestaande en verder ontluikende infrastructuurconcurrentie af te remmen eerder dan ze te bevorderen. Ze duwen de markt feitelijk in de richting van dienstenconcurrentie ten koste van infrastructuurconcurrentie.
73. **Uitsluiting van Belgacom als alternatieve operator.** In elk geval moeten operatoren zoals Belgacom, die beschikken over een eigen omroepplatform, worden uitgesloten. Zij hebben de toegang tot het digitale platform van de kabeloperatoren niet nodig om te kunnen concurreren met de televisie- en/of multiple play-aanbiedingen van de kabeloperatoren. Hen toegang verlenen zou voor hen een stap terug betekenen op de investeringsladder en hen niet de juiste investeringsprikkel geven. Deze operatoren moeten investeren in de uitbouw en de opwaardering van de eigen infrastructuur.
74. Dat Telenet anderzijds wel kan genieten van de SMP-verplichtingen die aan Belgacom worden opgelegd, is niet inconsistent met deze analyse. Telenet beschikt over een netwerk waarvan het dekkinggebied zich slechts uitstrekt tot een deel van België. Zonder toegang tot het netwerk van Belgacom kan Telenet dus geen diensten aanbieden aan gebruikers in de landsgedeelten buiten het dekkinggebied van haar kabelnetwerk. Telenet gebruikt het Belgacom netwerk om te concurreren op de bedrijvenmarkt die door Belgacom wordt gedomineerd. De economische literatuur wijst er bovendien op dat symmetrische regulering van asymmetrische spelers leidt tot ongelijke concurrentievoorwaarden. Belgacom en de kabeloperatoren symmetrisch reguleren leidt tot een verzwakking van de kabeloperatoren, één van de belangrijkste vectoren van de concurrentie op de Belgische elektronische communicatiemarkten.
75. **Aantasting investeringsprikkel Telenet.** De voorgenomen maatregelen zullen ook de prikkel voor Telenet doen afnemen om verder te investeren in het kabelnetwerk. Een geringere prikkel om te investeren leidt tot lagere investeringen, minder innovatie, lagere dienstenkwaliteit en schaadte bijgevolg de

Niet Vertrouwelijke Versie

belangen van de consument.

76. **Geen noodzaak doorverkoop analoge televisie of toegang tot digitaal platform.** In een correcte “modified greenfield” benadering die rekening houdt met de SMP-verplichtingen die worden opgelegd aan Belgacom op stroomopwaartse markten (ontbundelde toegang en multicasting), blijkt zeer duidelijk dat er geen noodzaak bestaat aan bijkomende verplichtingen met betrekking tot de doorverkoop van analoge televisie of de toegang tot het digitale platform van Telenet.
77. **Geen doorverkoop van stand alone analoge televisie.** Er bestaat verder geen enkele rechtvaardiging voor een verplichting tot doorverkoop van analoge televisie op een ‘stand alone’ basis. De Ontwerpbeslissing overschat het belang van analoge televisie en houdt onvoldoende rekening met het feit dat dit belang in de loop van de reguleringsperiode verder zal afnemen. Derde operatoren toegang verlenen tot een ‘stand alone’ doorverkoop aanbod van analoge televisie houdt bovendien het risico in de digitalisering van de televisiemarkt te belemmeren en de verbetering van bestaande diensten en ontwikkeling van nieuwe diensten te verhinderen.
78. **Breedbandverplichtingen niet noodzakelijk.** Het BIPT verantwoordt de verplichting inzake doorverkoop van breedbandinternettoegang op basis van enerzijds de tendens naar multiplatform omroepdiensten en anderzijds de stelling dat het door het toenemend belang van multiple play-aanbiedingen moeilijk zou zijn om zich op de omroepmarkt te ontwikkelen zonder breedbandinternetaanbod³.
79. Er valt echter niet in te zien wat alternatieve operatoren – ook zonder toegang tot een aanbod breedbandinternettoegang langs de kabel – zou verhinderen om multiplatform omroepdiensten aan te bieden.
80. Vervolgens wordt niet onderzocht of en in welke mate een speler die zich enkel toespitst op de retail omroepmarkt geen redelijke kans zou hebben om deze markt succesvol te betreden.
81. Bovendien kunnen ook operatoren die geen toegang hebben tot een doorverkoop aanbod van breedbandinternettoegang via de kabel perfect multiple play-pakketten in de markt zetten. Voor de internetcomponent kunnen zij een beroep doen op het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom.
82. **Geen breedbandverplichting zonder bijkomende marktanalyse.** De Ontwerpbeslissing maakt een analyse van de retail omroepmarkt maar legt een verplichting op een andere markt op (doorverkoop van breedbandtoegang). Hiervoor kan geen enkele steun worden gevonden in de aanbevelingen en richtlijnen van de Europese Commissie, de ERG of BEREC.
83. De Europese Commissie benadrukt integendeel dat NRI's naar aanleiding van een marktanalyse geen verplichtingen kunnen opleggen die ertoe strekken om mededingingsproblemen op te lossen op een andere markt die zou moeten worden onderworpen aan een eigen marktanalyse.
84. Het BIPT heeft een analyse van de breedbandmarkten uitgevoerd en heeft besloten om *ex ante*-regelgevende verplichtingen op te leggen aan Belgacom. Het opleggen van een verplichting tot doorverkoop van een breedbandinternetaanbod aan een andere partij, Telenet, die op de breedbandmarkten geen aanmerkelijke marktmacht heeft, is incoherent met het resultaat van de analyse van de

³ Ontwerpbeslissing, randnummers 490, 510 en 511.

Niet Vertrouwelijke Versie

breedbandmarkten door het BIPT.

85. De Ontwerpbeslissing verwijst naar het belang van bundels en stelt dat de onmogelijkheid voor alternatieve operatoren om bundels aan te bieden hun toetreding tot de televisiemarkt zou bemoeilijken. De Ontwerpbeslissing blijft evenwel in gebreke om te onderzoeken of er sprake zou kunnen zijn van een bundelmarkt, of deze bundelmarkt voldoet aan de 3 criteria-test en of Telenet op deze bundelmarkt aanmerkelijke marktmacht heeft. Het BIPT identificeert dus geen probleem op een hypothetische bundelmarkt en kan de voorgenomen breedbandverplichting dan ook niet op deze basis steunen.
86. **Wijziging van operationele structuren, processen en IT-systemen.** De tenuitvoerlegging van de verplichtingen zal een zware technische en operationele belasting inhouden voor Telenet. Deze bestaat vooreerst in investeringen en operationele lasten die verband houden met het opzetten van de nodige structuren en processen om alternatieve operatoren te kunnen bedienen. De financiële en operationele middelen die hiervoor moeten worden vrijgemaakt zijn aanzienlijk. Het implementatieproces kan bovendien gedurende een relatief lange tijd verlamdend werken en bijvoorbeeld de flexibiliteit beperken om nieuwe producten te lanceren om in te spelen op wijzigende marktomstandigheden.
87. Gelet op de grote financiële en operationele impact van deze initiële investeringen en de onzekerheid inzake de geloofwaardigheid van de vraag naar de voorgenomen wholesaleproducten, zou het in elk geval onredelijk en disproportioneel zijn om van de kabeloperatoren te eisen dat zij deze activiteiten opstarten zolang er geen concrete bevestiging bestaat van een voldoende ernstige vraag van één of meerdere marktpartijen op basis van de concrete voorwaarden van een goedgekeurd referentieaanbod.
88. **Capaciteitsproblemen.** Anders dan een DSL-netwerk is de kabel een gedeeld medium. De capaciteit van de kabel wordt gedeeld tussen alle gebruikers en alle toepassingen die erover worden doorgegeven. Dit betekent dat indien meer capaciteit aan digitale televisie wordt toegewezen er minder capaciteit voor internet overblijft en vice versa.
89. De beschikbare capaciteit op het kabelnetwerk van Telenet is nu reeds ontoereikend om te voldoen aan de permanent stijgende vraag naar bandbreedte voor de eigen digitale diensten, zelfs wanneer men rekening houdt met de capaciteit die vrijkomt door de afbouw van het analoge televisieaanbod.
90. De noodzaak om desalniettemin capaciteit toe te wijzen voor de activiteiten van derden houdt in dat er zonder significante investeringen geen ruimte overblijft voor de noodzakelijke kwaliteitsverbeteringen van de bestaande diensten die over de kabel worden aangeboden en voor verdere innovatie. Dit betekent dat netwerk upgrades versneld moeten worden uitgevoerd. Hiervoor zijn enorme investeringen vereist die kunnen oplopen tot meer dan [**Zakengeheim**]. Het is overigens onzeker of deze netwerk upgrades wel versneld (en dus tijdig) kunnen worden uitgevoerd. Het betreft immers grote infrastructuurwerken op publiek domein die typisch in lange termijn-projecten van 5 à 10 jaar worden gerealiseerd.
91. **Interoperabiliteitsproblemen.** Het feit dat interactieve digitale TV op een kabelnetwerk, anders dan IPTV op een DSL-netwerk, minder gestandaardiseerd is, heeft ook voor gevolg dat het gebruik van het netwerk door verschillende operatoren permanente uitdagingen stelt op het vlak van de interoperabiliteit. Elke technische wijziging door één operator vergt omslachtige afstemming en coördinatie tussen alle aanwezige digitale TV-operatoren. Eén en ander betekent dat de mogelijkheden om technologische upgrades en vernieuwingen door te

Niet Vertrouwelijke Versie

voeren ernstig worden bemoeilijkt en vertraagd. Ook op dit vlak wordt innovatie dus afgeremd.

92. **Capaciteitsmanagement en netwerkdimensionering.** Indien alternatieve operatoren de mogelijkheid krijgen om eigen internet abonnementsformules uit te werken met eigen specificaties (op het vlak van snelheid en volume), wordt gedegen capaciteitsmanagement en netwerkdimensionering bijzonder moeilijk zo niet onmogelijk. Dit kan leiden tot kwaliteitsvermindering ten nadele van de eindgebruikers.
93. **Retail Minus.** Tenslotte merkt Telenet op dat het allerminst duidelijk is hoe het vooropgestelde retail minus mechanisme *in concreto* zal worden toegepast, in het bijzonder indien de mogelijkheid wordt voorzien om:
 - bepaalde digitale zenders toe te voegen (en rekening houdend met de opportuniteitskost van het inpalmen van de schaarse capaciteit en de noodzaak tot het verrichten van dure netwerk upgrades).
 - af te wijken van de specificaties van de bestaande internetabbonementen van Telenet.

II. INLEIDING

94. Op 21 december 2010 hebben de vier elektronische communicatie en/of mediaregulators in België, met name de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna "VRM"), het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (hierna "BIPT"), de Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (hierna "CSA") en de Medienrat, hun ontwerpbeslissingen met betrekking tot de analyse van de markt voor televisieomroep bekendgemaakt en ter consultatie voorgelegd aan de sector.
95. Dit document bevat de opmerkingen van Telenet bij de Ontwerpbeslissing van het BIPT (hierna "de Ontwerpbeslissing").

III. VOORAFGAANDE PROCEDURELE EN CONCEPTUELE BEZWAREN

1. VOORBEHOUD WEGENS GEEN OF ONVOLLEDIGE/LAATTIJDIGE TOEGANG TOT HET DOSSIER

96. De Ontwerpbeslissing steunt op verschillende documenten die niet publiek beschikbaar zijn en waarvan de inhoud Telenet onbekend was. Op 27 december 2010 heeft Telenet dan ook aan het BIPT spoedige mededeling gevraagd van de volgende documenten⁴:
- Onderzoek van Key International Facts (2009) (voetnoot 48 en voetnoot 86 van de Ontwerpbeslissing);
 - BIPT marktonderzoek 2010 (voetnoot 49, randnummer 86, randnummer 110, randnummer 128, randnummer 161 en randnummer 166 van de Ontwerpbeslissing);
 - Telecom universe Q4 2008, Households, 2.082 f2f interviews (voetnoot 59, voetnoot 94, voetnoot 108 en voetnoot 117 van de Ontwerpbeslissing);
 - Raymond James Euro Equities Telecom research, 5 augustus 2010 (voetnoot 65 van de Ontwerpbeslissing);
 - "Verschillende economische studies" waarnaar wordt verwezen in voetnoot 103, voetnoot 112 en voetnoot 123 van de Ontwerpbeslissing.
 - Bijlage 3 bij de Ontwerpbeslissing met de berekening van de ketensubstitutie.
97. Het BIPT reageerde op het verzoek van Telenet op 19 januari 2011⁵. Twee documenten die op die datum werden meegedeeld, met name het BIPT marktonderzoek 2010 en Bijlage 3 bij de Ontwerpbeslissing waren evenwel onvolledig. Het BIPT motiveerde zijn beslissing om deze documenten slechts gedeeltelijk mee te delen door te verwijzen naar de uitzonderingsgronden die zijn vervat in artikel 6, § 1, 7° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur⁶ en artikel 23, § 3 van de wet van 17 januari 2003

⁴ Bijlage 5.

⁵ Bijlage 6.

⁶ Artikel 6, § 1, 7° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur stelt het volgende:

"§ 1. Een federale of niet-federale administratieve overheid wijst de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument af, wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen:(...)"

Niet Vertrouwelijke Versie

betreffende het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector⁷, zonder evenwel *in concreto* aan te geven waarom deze uitzonderingsgronden *in casu* toepasselijk zouden zijn. Meer bepaald beperkte het BIPT zich ertoe te stellen dat “*bepaalde operatoren aangegeven (hebben) dat bepaalde documenten of delen van documenten die behoren tot het administratief dossier commerciële en industriële informatie bevatten met een vertrouwelijk karakter*”⁸.

98. Op 24 januari 2011 diende Telenet een nieuwe aanvraag in bij het BIPT⁹. Hierbij wees zij er op dat de meegedeelde versie van het BIPT marktonderzoek 2010 niet vermeldde wanneer het marktonderzoek werd afgenomen, door wie en volgens welke methode. Evenmin bevatte het de gegevens betreffende het aantal bevroegden (totaal + opgesplitst per ‘cable coverage area’). Telenet vroeg dan ook om haar de pagina’s te willen bezorgen waaruit deze informatie kon worden afgeleid.
99. Daarnaast stelde Telenet vast dat het BIPT enkel de mathematische formules had bezorgd op basis waarvan de ketensubstitutie tussen kabeloperatoren werd berekend (Bijlage 3 bij het Ontwerpbesluit). De cijfergegevens die werden gebruikt voor de berekening van de ketensubstitutie werden daarentegen niet meegedeeld omdat het zou gaan om vertrouwelijke commerciële of industriële informatie van operatoren.
100. Telenet wees er op dat gegevens die afkomstig zijn van Telenet onmogelijk ten aanzien van Telenet als vertrouwelijk kunnen worden bestempeld. Daarnaast wees zij er op dat de variabelen ‘*price importance*’ en ‘*percentage of price sensitive subscribers that would churn*’ – ook in zoverre zij betrekking hebben op de andere operatoren – kennelijk niet steunen op vertrouwelijke gegevens bekomen van de andere operatoren. Het gaat eerder om assumpties van het BIPT. Het spreekt voor zich dat dergelijke assumpties onmogelijk als vertrouwelijke commerciële of industriële informatie kunnen worden aanzien. Tenslotte wees Telenet er op dat, in zoverre er al sprake zou zijn van vertrouwelijke commerciële of industriële informatie van de andere operatoren, dan nog minstens een ‘orde van grootte’ of vork binnen welke deze cijfers vallen zou moeten worden gegeven teneinde Telenet toe te laten de gemaakte analyse kritisch te beoordelen.
101. Op 1 februari 2011 ontving Telenet de ontbrekende pagina’s van het BIPT marktonderzoek¹⁰. Wat bijlage 3 betreft, stelde het BIPT vorken voor de vermelding van de vertrouwelijke gegevens van de andere operatoren voor.
102. Aangezien evenwel niet duidelijk was op welke parameters de voorgestelde vorken betrekking hadden, nam de raadsman van Telenet op 4 februari 2011 telefonisch contact op met het BIPT. Naar aanleiding van dit contact vroeg hij om

7° *het uit de aard van de zaak vertrouwelijk karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld;*”

⁷ Artikel 23, § 3 van de wet van 17 januari 2003 betreffende het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector stelt het volgende:

“§ 3. *Het instituut draagt zorg voor het bewaren van de vertrouwelijkheid van de gegevens die door bedrijven worden verstrekt en die door het bedrijf als vertrouwelijke ondernemings- en fabricagegegevens worden beschouwd in de zin van artikel 6, § 1, 7°, van de wet van 11 april 1994, betreffende de openbaarheid van bestuur.*”

⁸ Vrij vertaald van het Frans: “*certains opérateurs ont considérés que certains documents ou parties de documents constituant le dossier administratifs auquel il est demandé accès, comprenaient des secrets d’entreprise ou de fabrication, confidentielles*”.

⁹ Een nieuwe aanvraag werd eveneens ingediend bij de CSA en de VRM, nu zij zich eveneens hebben beperkt tot een gedeeltelijke mededeling van het BIPT marktonderzoek 2010 en bijlage 3 (Bijlagen 7, 8 en 9).

¹⁰ Bijlage 10.

Niet Vertrouwelijke Versie

verduidelijkingen betreffende de parameters waarop de vorken van toepassing zijn en de redenen waarom deze parameters als vertrouwelijk worden bestempeld. De inhoud van dit gesprek werd bevestigd in een e-mail van 7 februari 2011 aan het BIPT en brieven van 8 februari 2011 aan de VRM en het BIPT¹¹.

103. Op diezelfde dag ontving Telenet van het BIPT een bestand waarin de gegevens vermeld staan die voor Telenet werden gebruikt voor de berekening van de ketensubstitutie¹². Tevens ontving Telenet de volgende verduidelijking betreffende sommige gebruikte parameters: *“Een hypothese voor het percentage “of price sensitive subscribers that would churn” is vastgesteld op 50%. Dit betekent dat de helft van de prijsgevoelige klanten daadwerkelijk verondersteld wordt te veranderen naar een operator met een lagere prijs. Het percentage van prijsgevoelige klanten is vastgelegd op basis van verschillende elementen, waaronder het BIPT marktonderzoek.”*
104. Ook na deze e-mail is het echter nog steeds niet duidelijk hoe en op welke basis het BIPT de ketensubstitutie heeft berekend. Zo bijvoorbeeld wordt er verwezen naar een percentage prijsgevoelige klanten dat is vastgelegd op basis van het BIPT marktonderzoek en *“verschillende elementen”*. Deze verschillende elementen worden evenwel niet nader geïdentificeerd. Per e-mail van 10 februari 2011 heeft Telenet hiervan dan ook een verdere verduidelijking gevraagd¹³. Op 18 februari 2011 - zijnde de laatste dag van de consultatieronde - deelde het BIPT een schrijven en een CD-rom mee¹⁴ die Telenet zouden moeten toelaten *“om de voorgestelde vorken beter te begrijpen”* (vrij vertaald van: *“qui vous permetterons de mieux interpréter les fourchettes proposées”*). Wat *“verschillende elementen”* betreft waarnaar werd gevraagd in de mail van 10 februari 2011 stelt deze brief verder dat het gaat om de volgende elementen: (i) publiek gerapporteerde churn rates en (ii) gegevens afgeleid uit de analyse van de omroepmarkt door OPTA in Nederland, een studie van Lexonomics van 2007 en een document van Ofcom uit 2005. Hoe deze verschillende elementen *in concreto* werden verwerkt, blijft evenwel onduidelijk.
105. Het spreekt voor zich dat Telenet door het niet of het laattijdig ontvangen van de gevraagde documenten/informatie haar rechten in de context van de consultatie niet ten volle heeft kunnen uitoefenen. Telenet maakt dan ook alle voorbehoud voor de aantasting van haar rechten en belangen tengevolge deze niet- of laattijdige mededeling, en voor de impact daarvan op de regelmatigheid van de consultatieprocedure en het daaruit voortvloeiend besluitvormingsproces.

2. FEITELIJKE VERGISSING BETREFFENDE DE VERHOUDING TUSSEN TELENET EN WOLUTV

106. In de Ontwerpbeslissing stelt het BIPT dat de dekkingzone van Telenet eveneens de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe zou omvatten, aangezien de VZW WoluTV enkel de dienst zou doorverkopen die door Telenet wordt geleverd¹⁵. Deze veronderstelling is feitelijk onjuist.
107. Enerzijds heeft Telenet slechts een overeenkomst met WoluTV voor wat betreft het digitaal televisieaanbod van WoluTV. WoluTV staat bijgevolg zelf in voor haar analoog televisieaanbod, zonder dat Telenet hier op enige wijze bij betrokken is.
108. Anderzijds beperkt de rol van Telenet zich voor wat betreft het digitaal basisaanbod

¹¹ Bijlagen 11, 12 en 13.

¹² Bijlage 14.

¹³ Bijlage 15.

¹⁴ Bijlage 16

¹⁵ Voetnoten 26 en 131 van de Ontwerpbeslissing.

tot het aanleveren van de digitale signalen met het oog op het transport naar het distributienetwerk van WoluTV en het leveren van bepaalde ondersteunende technische diensten. Telenet is in dit opzicht slechts een onderaannemer die technische diensten levert terwijl WoluTV als enige verantwoordelijk blijft voor onder meer de verwerving van de contentrechten, het beheer van de abonnementen, de commercialisatie en facturatie van de abonnementen en het leveren van diensten aan abonnees.

109. Telenet is enkel aanbieder van digitale televisie in het verzorgingsgebied van WoluTV in zoverre het gaat om extra betaalpakketten en interactieve diensten.
110. Samenvattend dient dus te worden besloten dat Telenet in het verzorgingsgebied van WoluTV niet de aanbieder is van analoge televisie noch van het basispakket digitale televisie. Het is dan ook volstrekt ten onrechte dat ervan wordt uitgegaan dat het volstaat om de Ontwerpbeslissing te richten tot Telenet.

3. SCHENDING VAN DE PROCEDURES VOOR SAMENWERKING TUSSEN REGULATOREN IN HET BELGISCH INSTITUTIONEEL KADER

3.1. Belgisch institutioneel kader

111. Eén van de basisbeginselen van de bevoegdheidsverdeling in het Belgisch institutioneel kader is het beginsel van de exclusiviteit van de bevoegdheden. Dit houdt in dat voor het reguleren van een feitelijke situatie of gedrag in beginsel één overheid (exclusief) bevoegd is¹⁶. Zo werd de bevoegdheid inzake “radio-omroep en televisie” krachtens artikel 127 van de Grondwet en artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen als “culturele aangelegenheid” aan de gemeenschappen toegekend. Het Grondwettelijk Hof bevestigde dat deze bevoegdheid ook de bevoegdheid omvatte om de technische aspecten van het transport te reglementeren. Doorheen zijn rechtspraak omschrijft het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid van de gemeenschappen momenteel als volgt:

“B.10.1. De radio-omroep, die de televisie omvat, kan van de andere vormen van telecommunicatie worden onderscheiden doordat een radio-omroepprogramma openbare informatie verspreidt en vanuit het oogpunt van degene die uitzendt, bestemd is voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan en geen vertrouwelijk karakter heeft. Diensten die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie leveren, vallen daarentegen niet onder de radio-omroep en behoren tot de bevoegdheid van de federale wetgever.

B.10.2. Doorslaggevend voor radio-omroep en televisie is het ter beschikking stellen van openbare informatie voor het publiek in het algemeen. In een evolutieve interpretatie van het omroepbegrip omvat dit ook het uitzenden op individueel verzoek. Omroepactiviteiten verliezen niet hun aard omdat met de evolutie van de techniek aan de kijker of luisteraar een ruimere mogelijkheid van eigen keuze wordt geboden.

B.11.1. Bij de afbakening van de wederzijdse bevoegdheid van de Staat en de gemeenschappen inzake elektronische informatievoorziening dient voor ogen te worden gehouden dat de radio-omroep en televisie aan de

¹⁶ A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2008, 211.

gemeenschappen is toevertrouwd als culturele aangelegenheid. De federale wetgever is bevoegd om de andere aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij te regelen, enerzijds, op basis van zijn residuaire bevoegdheid en, anderzijds, op basis van de hem voorbehouden bevoegdheid, onder meer inzake de economie, waartoe behoren de algemene regels inzake de bescherming van de verbruiker, het prijsbeleid, het mededingingsrecht, het handelsrecht en de vestigingsvoorwaarden". (Grondwettelijk Hof 14 juli 2004, nr. 132/2004, B.10 en B.11 en Grondwettelijk Hof 22 september 2004, nr. 155/2004, B.4).

112. Het Hof verduidelijkte zijn opvatting over het omroepbegrip eveneens in een later arrest, waarin het stelt:

"B.7.2. De gemeenschappen zijn bevoegd voor de via die infrastructuur aangeboden radio-omroepdiensten, die ook de televisie omvatten, met inbegrip van de diensten die openbare informatiegegevens verstrekken die vanuit het oogpunt van degene die uitzendt, voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan bestemd zijn en geen vertrouwelijk karakter hebben, zelfs wanneer ze op individueel verzoek worden uitgezonden en ongeacht de techniek die voor het uitzenden ervan wordt gebruikt.

Een dienst die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie levert, valt daarentegen niet onder de radio-omroep." (Grondwettelijk Hof 13 juli 2005, nr. 128/2005, B.7.2).

113. De federale overheid bleef daarentegen op grond van zijn residuaire bevoegdheid bevoegd voor de "overige vormen van telecommunicatie".

114. In de elektronische communicatiesector hebben het Grondwettelijk Hof en de Raad van State zich echter doorheen respectievelijk een aantal arresten en adviezen in die zin uitgesproken dat de technologische convergentie tot een situatie heeft geleid waarin de verschillende exclusief bevoegde overheden deze bevoegdheden niet meer unilateraal kunnen uitoefenen. Ter zake stelde het Grondwettelijk Hof vanaf 2004:

"B.6.2. In de regel houdt de afwezigheid van samenwerking in een aangelegenheid waarvoor de bijzondere wetgever daartoe niet in een verplichting voorziet, geen schending in van de bevoegdheidsregels. Te dezen zijn evenwel de bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen inzake de elektronische communicatie-infrastructuur, ten gevolge van de technologische evolutie, dermate verweven geworden dat ze niet meer dan in onderlinge samenwerking kunnen worden uitgeoefend. Daaruit volgt dat de wetgever, door eenzijdig de bevoegdheid van de regulator van de telecommunicatie te regelen, het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden dat eigen is aan elke bevoegdheidsuitoefening." (Grondwettelijk Hof 14 juli 2004, nr. 132/2004).

115. De zeer ruime omvang van de verplichting tot samenwerking bij het uitoefenen van bevoegdheden met betrekking tot de elektronische communicatiesector deed sommigen in de rechtsleer zelfs besluiten dat het Hof als het ware een "vermoeden van disproportionaliteit" zou hebben gecreëerd¹⁷, met het vermoeden van verplichte samenwerking als gevolg.

¹⁷ Q. COPPIETERS 'T WALLANT, "Communications électroniques, droits de passage et proportionnalité : mise au point" (noot onder GwH 22 november 2006, nr. 172/2006), CDPK 2007/2, 420-421, waarin de auteur spreekt van een "disproportionnalité d'office".

Niet Vertrouwelijke Versie

116. Op aangeven van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, werd het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 gesloten tussen de federale staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse 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 (het "Samenwerkingsakkoord")¹⁸.
117. Belangrijk ten slotte is de vaststelling dat zowel de Raad van State als het Grondwettelijk Hof reeds meermaals hebben aangegeven dat met de mogelijkheden of technieken van samenwerking tussen overheden niet kan worden afgeweken van de bevoegdheidsverdelende regels. De bevoegdheid voor overheden om dergelijke samenwerkingsakkoorden af te sluiten is dus niet onbegrensd. Zo kunnen de betrokken overheden in een samenwerkingsakkoord geen aangelegenheden regelen die hun eigen bevoegdheden te buiten gaan. Het sluiten van een samenwerkingsakkoord mag er dus niet toe leiden dat de Staat, een gemeenschap of een gewest zich ontdoet van een bevoegdheid die hem door de Grondwet of door de bijzondere wet tot hervorming van de instelling is toegewezen. Een samenwerkingsakkoord mag met andere woorden geen overdracht van normatieve bevoegdheden met zich meebrengen. *A fortiori* dienen ook toezichthoudende instanties niet alleen de grenzen van het samenwerkingsakkoord zelf, maar tevens die van de bevoegdheidsverdelende regels na te leven en kunnen zij in het kader van hun beslissingen geen bevoegdheden uitoefenen waarover zij niet beschikken.

3.2. Schending van de procedures voor samenwerking uit het Samenwerkingsakkoord

118. De Ontwerpbeslissing houdt een bevoegdheidsoverschrijding in vermits zij kennelijk werd aangenomen zonder naleving van de bestaande procedures voor samenwerking.
119. Hierboven werd aangegeven dat de betrokken overheden in navolging van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviezen van de Raad van State een Samenwerkingsakkoord hebben afgesloten waarbinnen zij de procedures en modaliteiten van samenwerking (ook tussen de respectieve toezichthouders in de elektronische communicatiesector) hebben bepaald. Het door de regeringen afgesloten Samenwerkingsakkoord werd door de respectieve wetgevende instanties bekrachtigd¹⁹.

¹⁸ Ontwerpbeslissing, titel 1.4.3 "samenwerking met de gemeenschappen", p. 18, randnummer 32.

¹⁹ Zie: artikel 158 van de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (II), BS 28 december 2006 (federale overheid); Decr.VI. 4 mei 2007 houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse 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 bevoegdheden met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, BS 2 juli 2007 (Vlaamse gemeenschap); Decr.D. 25 juni 2007 houdende instemming met 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, BS 6 augustus 2007 (Duitstalige gemeenschap) en bij Decr.Fr. 2 juli 2007 houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en

120. Het Samenwerkingsakkoord bepaalt de regels over het opstellen van regelgeving met betrekking tot elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regelgevende instanties bevoegd voor telecommunicatie en omroep²⁰.
121. Zo bevat het Samenwerkingsakkoord een gedetailleerde procedure van overleg en uitwisseling van gegevens tussen de *nominatim* opgesomde toezichthouders: elke ontwerpbeslissing van een regelgevende instantie die betrekking heeft op elektronische communicatienetwerken moet aan de andere regelgevende instanties worden bezorgd. Zij kunnen opmerkingen formuleren die in aanmerking moeten worden genomen of vragen dat de ontwerpbeslissing aanhangig wordt gemaakt bij de Conferentie van Regulators voor de elektronische communicatiesector (CRC)²¹. Indien de CRC na een periode van 75 kalenderdagen niet tot een beslissing komt, kan het Interministerieel Comité voor Telecommunicatie en Radio-omroep en Televisie, bestaande uit de bevoegde ministers van de federale regering en de gemeenschapsregeringen, de beslissing in haar plaats nemen²².
122. Het Samenwerkingsakkoord moet worden beschouwd als het noodzakelijke gevolg van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in afwijking van het beginsel van de exclusiviteit. Het komt de betrokken overheden (noch op wetgevend niveau, noch de eventuele toezichthouders bij de toepassing van de decretale of wetgevende bepalingen) niet toe om verder af te wijken van het principe van de exclusiviteit van de bevoegdheden. Door de bij wet bekrachtigde modaliteiten van samenwerking kennelijk niet na te leven, schendt het BIPT dus niet alleen de bepalingen van het Samenwerkingsakkoord zelf (door de daarin voorziene procedure onwerkbaar of geheel overbodig te maken), maar meteen ook de bevoegdheidsverdelende regels waar het Samenwerkingsakkoord een beperkte uitzondering op uitmaakt.
123. Verder illustratief in dit opzicht is het feit dat het BIPT niet bevoegd kan worden geacht om buiten de modaliteiten van het samenwerkingsakkoord om toch samen te werken met andere toezichthouders. In dat verband kan worden verwezen naar artikel 14 §2 3° f) van de wet van 17 januari 2003, dat stelt:

“§2. In het kader van zijn bevoegdheden [...] 3° werkt het Instituut samen met en verstrekt het informatie aan: f) de regulerende instanties van Gemeenschappen en Gewesten en dit volgens de nadere regels die werden afgesproken in samenwerkingsakkoorden met deze beleidsniveaus”.

Ten overvloede weze overigens opgemerkt dat hetzelfde artikel ook beperkingen bevat op het vlak van de samenwerking van het BIPT met de “instanties die belast zijn met mededinging”.

In elk geval is het BIPT op het vlak van samenwerking dus niet enkel beperkt door de hierboven aangehaalde grondwettelijke beginselen, maar op grond van zijn instellingswet. Het BIPT kan enkel samenwerken volgens de procedures 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, gesloten te Brussel op 17 november 2006, BS 19 september 2007 (Franse gemeenschap).

²⁰ Art. 1 Samenwerkingsakkoord.

²¹ Art. 3 Samenwerkingsakkoord.

²² Art. 5 en 6 Samenwerkingsakkoord.

Niet Vertrouwelijke Versie

modaliteiten afgesproken in het samenwerkingsakkoord, wat in deze niet lijkt te zijn gebeurd.

124. Ruimere samenwerking dan voorzien in het Samenwerkingsakkoord kan ten slotte ook niet rechtstreeks worden gegrond op de Europeesrechtelijke bepalingen ter zake. Artikel 3, 4. van de Kaderrichtlijn bevat weliswaar bepalingen op het vlak van samenwerking tussen toezichthoudende instanties. De tweede zin van dat artikel stelt: *“De lidstaten zorgen in voorkomend geval voor overleg en samenwerking tussen die instanties onderling en tussen die instanties en de nationale instanties belast met de uitvoering van het mededingingsrecht en de nationale instanties belast met de uitvoering van het consumentenrecht, in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang”*. Aan de nationale regelgevende instanties en de mededingingsinstanties legt artikel 3, 5. van dezelfde richtlijn expliciet de verplichting op om elkaar de informatie te leveren die nodig is voor de toepassing van het wet- en regelgevende kader inzake elektronische communicatie, aangezien het stelt: *“De nationale regelgevende instanties en de nationale mededingingsautoriteiten leveren elkaar de informatie die nodig is voor de toepassing van de onderhavige richtlijn en de bijzondere richtlijnen. Ten aanzien van de uitgewisselde informatie is de ontvangende instantie gehouden hetzelfde niveau van vertrouwelijkheid in acht te nemen als de informatieverstrekende instantie.”*²³
125. Hoewel de Europese bepalingen dus een zekere mate van overleg tussen de nationale regelgevende instanties vereisen, ook ingeval er meerdere regelgevende instanties bevoegd zijn in een lidstaat, kunnen over het precieze toepassingsgebied of de omvang van deze verplichtingen geen duidelijke conclusies worden getrokken omdat de richtlijnen geen verdere modaliteiten voor het opgelegde overleg of de samenwerking bepalen. Deze bepaling is dus in elk geval onvoldoende vaststaand en zeker om als basis voor een ruimere samenwerking dienst te kunnen doen, nu er ruimschoots aan wordt tegemoet gekomen door het tussen de betrokken overheden afgesloten Samenwerkingsakkoord.
126. Op grond van bovenstaande overwegingen dient te worden besloten dat het BIPT niet bevoegd kan worden geacht om met andere toezichthoudende instanties samen te werken buiten het door het Samenwerkingsakkoord geboden kader, dat zelfs maar een minimale procedurele garantie inhoudt op het vlak van transparantie en motivering van de besluitvorming.
127. Door een samenwerking op te zetten buiten het Samenwerkingsakkoord, schendt het BIPT dus de bepalingen van dit akkoord en de bevoegdheidsverdelende bepalingen op basis waarvan het Samenwerkingsakkoord werd afgesloten.

4. MISKENNING VAN DE ‘MODIFIED GREENFIELD’ BENADERING

128. De Europese Commissie heeft in haar Aanbeveling van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen²⁴ de markten geïdentificeerd waarvan de kenmerken het opleggen van *ex ante*

²³ Zie in dit verband ook: richtsnoeren marktanalyse, randnummers 126 en 143, die enkel specifieke bepalingen bevatten over samenwerking tussen nationale regelgevende instanties (NRI's) en mededingingsautoriteiten, tussen NRI's en de Europese Commissie en tussen NRI's van verschillende lidstaten.

²⁴ Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen, *P.B.* 2007, L344/65 (hierna “de Aanbeveling”).

Niet Vertrouwelijke Versie

regelgevende verplichtingen kunnen verantwoorden. De lijst van relevante markten die gevoegd is bij de Aanbeveling is evenwel niet-exhaustief. NRI's kunnen in functie van nationale omstandigheden andere markten onderwerpen aan *ex ante*-regelgeving indien zij 'consumer harm' vaststellen die niet kan worden opgelost door een regelgevende tussenkomst op de in de Aanbeveling gedefinieerde markten²⁵.

129. Regelgevende interventie *ex ante* strekt ertoe voordelen voor eindgebruikers op te leveren door duurzame concurrentie op de retailmarkten tot stand te brengen²⁶. Het uitgangspunt voor de aanwijzing van markten die aan *ex ante*-regelgeving kunnen worden onderworpen is dan ook de bepaling van relevante retailmarkt(en)²⁷.
130. Deze markten worden gedefinieerd volgens de principes van het mededingingsrecht²⁸. De bepaling van de markt geschiedt vanuit een toekomstgericht perspectief. Dit impliceert dat de verwachte en voorzienbare technologische of economische ontwikkelingen binnen de relevante tijdshorizon in aanmerking moeten worden genomen.
131. Nadat de retailmarkten zijn bepaald, moeten de overeenstemmende relevante wholesalemarkten worden bepaald. Overeenkomstig de "modified greenfield" benadering²⁹ moet eerst de markt die het meest stroomopwaarts ligt in de verticale toeleveringsketen worden geanalyseerd. De regulatoren moeten op deze wijze de hele verticale toeleveringsketen doorlopen tot zij het stadium van de retailmarkt(en) bereiken. Een stroomafwaartse markt kan enkel het voorwerp uitmaken van directe regulering in het geval dat de mededinging op deze markt nog steeds aanmerkelijke marktmacht vertoont ondanks de aanwezigheid van wholesale regulering op de verbonden stroomopwaartse markten^{30,31}.

²⁵ Pagina 11 van de Explanatory Note. Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Second Edition), (hierna "Explanatory Note bij de Aanbeveling"), C(2007)5406, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/proposals/sec2007_1483_final.pdf.

²⁶ Randnummer 2 van de Aanbeveling.

²⁷ Randnummer 4 van de Aanbeveling.

²⁸ Zie o.a. Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, P.B. 1997, C372/5. (hierna "de Bekendmaking")

²⁹ Pagina 13 van de Explanatory Note bij de Aanbeveling.

³⁰ Op pagina 13 van de Explanatory Note bij de Aanbeveling wordt volgend voorbeeld gegeven van een toepassing van de "modified greenfield approach":

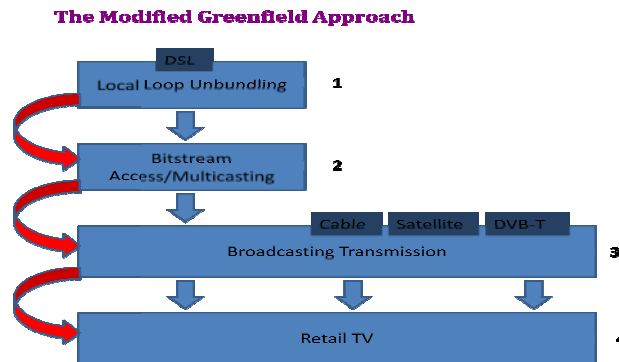
"For example, with regard to wholesale broadband access, it is recommended that NRAs first analyse the market for local loop unbundling. Taking into account regulation imposed in that market, the market for wholesale broadband access should then be analysed. If that market continues to exhibit SMP on a forward looking basis despite the presence of LLU regulation (unless the NRA finds that the market no longer fulfils the three-criteria test and excludes it from regulation on that basis), appropriate regulation on the wholesale broadband access market should be imposed.

Likewise, NRAs should take into account regulation imposed on the market for wholesale (physical) network infrastructure access when analyzing the wholesale market for fixed origination. Remedies imposed on the markets for local loop unbundling should then be taken into account when assessing SMP on a forward-looking basis on the retail fixed access market".

Vrije vertaling:

"Bijvoorbeeld, met betrekking tot wholesale breedbandtoegang, is het aanbevolen dat NRIs eerst de markt voor "local loop unbundling" analyseren. Rekening houdend met de regulering die in deze markt wordt opgelegd, moet vervolgens de wholesalemarkt voor breedbandtoegang worden onderzocht. Indien deze markt vanuit toekomstig perspectief AMM blijft vertonen, ondanks de

132. Toegepast op de retail omroepmarkt houdt dit schematisch gezien de volgende stappen in:



133. De wholesalemarkt die in de toeleveringsketen het meest stroomopwaarts ligt van de retail omroepmarkt, is de “markt voor fysieke toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie” (markt 4 van de Aanbeveling). In principe moet eerst worden onderzocht of deze markt aan de drie criteria voldoet³². Markten die zoals markt 4 voorkomen op de lijst van de Aanbeveling worden echter geacht aan deze test te voldoen³³.
134. Vervolgens moet men nagaan of een onderneming op deze markt aanmerkelijke marktmacht heeft. Een onderneming wordt geacht aanmerkelijke marktmacht te hebben wanneer zij een aan machtspositie gelijkwaardige positie heeft, dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke

aanwezigheid van LLU regulering (tenzij de NRI concludeert dat de markt niet langer aan de drie criteria test voldoet en het op die basis van regulering uitsluit), moet gepaste regulering worden opgelegd aan deze wholesalemarkt voor breedbandtoegang.

Evenzo, moeten de NRIs rekening houden met de regulering die werd opgelegd op de wholesale markt voor (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur wanneer de wholesale markt voor vaste oproepen wordt geanalyseerd. Verplichtingen die werden opgelegd aan de markt voor “local loop unbundling” moeten vervolgens in aanmerking worden genomen wanneer vanuit een toekomstig perspectief AMM op de retail markt voor vaste toegang wordt bepaald”.

³¹ Randnummer 15 van de Aanbeveling bepaalt in dit kader:

“Regelgevende controles met betrekking tot retaildiensten zouden alleen mogen worden opgelegd wanneer nationale regelgevende instanties van mening zijn dat met de desbetreffende maatregelen op wholesaleniveau of maatregelen betreffende carrierkeuze of carriërvorkeuze het doel, te weten een daadwerkelijke mededinging en het openbaar belang te waarborgen, niet kan worden verwezenlijkt. Door op wholesaleniveau onder meer te interveniëren met corrigerende maatregelen die op retailmarkten van invloed kunnen zijn, kunnen de lidstaten waarborgen dat er in een zo groot mogelijk deel van de waardeketen van normale mededingingsprocessen sprake is, hetgeen de beste resultaten oplevert voor eindgebruikers. [...]

Indien een nationale regelgevende instantie aantoont dat interventies op wholesaleniveau geen resultaat hebben opgeleverd, dan kan de retailmarkt in kwestie aan regelgeving ex ante worden onderworpen, op voorwaarde evenwel dat aan de drie bovenbeschreven criteria is voldaan”.

³² Randnummer 5 van de Aanbeveling. Het eerste criterium is de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Deze kunnen een structureel, wettelijk of regelgevend karakter hebben. Op grond van het tweede criterium kunnen slechts markten worden aangewezen waarvan de structuur niet neigt naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. Het derde criterium is dat de toepassing van het mededingingsrecht alleen het marktfalen in kwestie niet voldoende zou verhelpen.

³³ Randnummer 17 van de Aanbeveling.

Niet Vertrouwelijke Versie

mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen³⁴. *In casu* heeft het BIPT Belgacom aangemerkt als SMP-operator op markt 4.

135. Wanneer een onderneming met aanmerkelijke marktmacht wordt geïdentificeerd op een markt die aan de 3 criteria-test voldoet, bestaat de mogelijkheid om aan deze onderneming noodzakelijke en proportionele verplichtingen op te leggen op deze markt. *In casu* heeft het BIPT aan Belgacom verplichtingen opgelegd inzake ontbundelde toegang (BRUO).
136. Vervolgens moet dezelfde oefening worden herhaald op het eerstvolgende stroomafwaartse niveau in de toeleveringsketen. *In casu* is dat de markt voor “*wholesale breedbandtoegang*” (markt 5 van de Aanbeveling).
137. Deze markt komt voor op de lijst van de Aanbeveling en wordt dus geacht aan de 3 criteria-test te voldoen.
138. Vervolgens moet worden geanalyseerd of vanuit een toekomstig perspectief aanmerkelijke marktmacht zal blijven bestaan op deze markt, **niettegenstaande de verplichtingen die werden opgelegd op de stroomopwaartse markt voor ontbundelde toegang**.
139. Indien wordt vastgesteld dat aanmerkelijke marktmacht blijft bestaan, kan men noodzakelijke en proportionele verplichtingen opleggen aan de SMP-operator op deze stroomafwaartse markt. *In casu* heeft het BIPT Belgacom geïdentificeerd als SMP-operator op markt 5 en aan Belgacom verplichtingen opgelegd inzake bitstream access (BROBA). In het recente ontwerpbesluit van het BIPT betreffende de analyse van de breedbandmarkten wordt daarnaast een multicasting verplichting voorgesteld³⁵.
140. Zolang er een mededingingsprobleem blijft bestaan ondanks de regulering op stroomopwaartse markten moet deze oefening worden herhaald doorheen de gehele verticale toeleveringsketen tot het niveau van de retailmarkt is bereikt³⁶. Enkel in het geval dat de mededinging op deze retailmarkt nog steeds verstoord blijft, ondanks het opleggen van verplichtingen op de stroomopwaartse markt(en), zal de retailmarkt kunnen worden onderworpen aan directe *ex ante*-regulering.
141. Het BIPT heeft zijn analyse van de retail omroepmarkt niet verricht overeenkomstig de ‘modified greenfield’ benadering. Zo wordt er op geen enkele wijze rekening gehouden met de bestaande en komende regulering van de stroomopwaartse markten 4 en 5. Er wordt meer bepaald op geen enkele wijze onderzocht of het beweerde marktfalen op de retail omroepmarkt niet wordt opgelost of zal worden opgelost door de bestaande en komende SMP-verplichtingen inzake ontbundelde toegang, bitstream access en multicasting. Hierdoor is de marktanalyse van de retail omroepmarkt behept met een fundamenteel gebrek. Wanneer met deze stroomopwaartse SMP-verplichtingen rekening wordt gehouden, kan men niet om de vaststelling heen dat (i) de retail omroepmarkt niet voldoet aan de 3 criteria-test, (ii) dat Telenet op deze markt geen aanmerkelijke marktmacht heeft, en (iii) dat de voorgenomen regelgevende interventie niet noodzakelijk noch proportioneel is.

³⁴ Artikel 14 (2) van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en –diensten (“de Kaderrichtlijn”), P.B. 2002, L 108/33.

³⁵ Ontwerpbesluit van de raad van het BIPT van 20 december 2010 betreffende de analyse van de breedbandmarkten.

³⁶ *In casu* had ook nog de omroeptransmissiemarkt moeten worden onderzocht. Dit is de voormalige markt 18 die voorkwam op de lijst bij de Aanbeveling van 2003, maar in 2007 werd verwijderd omdat hij niet meer beantwoordde aan de 3 criteria-test.

IV. GEEN MARKTFALEN/GEEN CONSUMER HARM

1. VOORAF

142. In 2007 besloot de Europese Commissie om markt 18, de omroeptransmissiemarkt, die zich stroomopwaarts bevindt van de retail omroepmarkt, te verwijderen uit de lijst van de Aanbeveling. De Commissie oordeelde dat markt 18 niet langer voldeed aan de 3 criteria-test.
143. NRI's behouden de mogelijkheid om andere markten dan die uit de Aanbeveling te onderwerpen aan *ex ante*-regelgeving indien zij 'consumer harm' vaststellen die niet kan worden opgelost door *ex ante*-regelgeving op de markten uit de Aanbeveling³⁷.
144. Geen enkele NRI heeft de retail omroepmarkt gereguleerd. De beslissing van de Nederlandse regulator OPTA om de omroeptransmissiemarkt te reguleren werd vernietigd in beroep. Andere NRI's die de omroeptransmissiemarkt hebben onderzocht, zijn tot het besluit gekomen dat deze markt niet voldeed aan de 3 criteria-test en dus niet kon worden gereguleerd³⁸.
145. Volgens de Ontwerpbeslissing is er sprake van marktfaalen en 'consumer harm' op de retail omroepmarkten in België omwille van het kleine aantal actieve operatoren en prijzen die hoger zouden zijn dan indien de markt concurrerend zou zijn³⁹. Dit uitgangspunt lijkt evenwel meer te steunen op een intuïtieve benadering dan op een gedegen analyse van de kenmerken van de retail omroepmarkt.
146. Hieronder zal worden aangetoond dat er geen sprake is van enig marktfaalen en de Belgische consument op het vlak van de toegang tot omroepdiensten zeker niet slechter af is dan consumenten in andere Lidstaten van de Europese Unie. Er is dan ook geen enkele grond voor een regelgevende interventie op de retail omroepmarkt.

2. DE RETAIL OMROEPMARKT WORDT GEKENMERKT DOOR EEN TOENAME VAN HET AANTAL AANBIEDERS EN INFRASTRUCTUREN

2.1. Inleiding

147. De retail omroepmarkt werd de afgelopen jaren gekenmerkt door significante ontwikkelingen. Tot het begin van de jaren 2000 waren er slechts drie

³⁷ "Should an NRA identify an instance of consumer harm that cannot be addressed by imposing regulation on a market in the Recommendation, it may consider defining a new market" (Explanatory Note bij de Aanbeveling, p.11). Vrije vertaling: "Als een NRI een geval van schade aan de consument zou vaststellen dat niet kan worden verholpen door het opleggen van regulering aan een markt opgenomen in de Aanbeveling, mag het overwegen om een nieuwe markt te definiëren".

³⁸ Zie o.a. de brieven van de Commissie aan de NRIs in de zaken AT/2003/0018 (Oostenrijk); DK/2007/0618 (Denemarken); ES/2005/0252 (Spanje); FI/2004/0076 (Finland); FR/2006/0335 (Frankrijk); HU/2007/0734 (Hongarije); IE/2004/0042 (Ierland); IT/2006/0424 (Italië); MT/2008/0810 (Malta); PT/2007/0655 (Portugal); SE/2005/0188 (Zweden); UK/2004/0111 (Verenigd Koninkrijk). De CSA ondernam ook een poging om markt 18 te reguleren maar dit initiatief werd bekritiseerd door de Europese Commissie (zaak BE/2007/0578) en de ontwerpbeslissing uiteindelijk ingetrokken. Ook het BIPT analyseerde markt 18 in 2008, maar nam uiteindelijk geen beslissing omdat werd geoordeeld dat de 3 criteria-test niet was vervuld.

³⁹ Ontwerpbeslissing, randnummer 371.

infrastructuren waarlangs consumenten televisiesignalen konden ontvangen: (i) het terrestriële platform, dat uitsluitend werd gebruikt door de openbare omroepen (VRT/RTBf), (ii) satelliet, dat lange tijd een bescheiden rol speelde (maar wel toegang bood tot honderden zenders); en (iii) de kabel, dat het voornaamste distributieplatform was.

148. Halverwege de jaren 2000 is hierin verandering gekomen ingevolge de digitalisering die heeft geleid tot **toegenomen capaciteit** en de **vermenigvuldiging van het aantal beschikbare infrastructuren**. Hierna worden deze infrastructuren één voor één besproken.

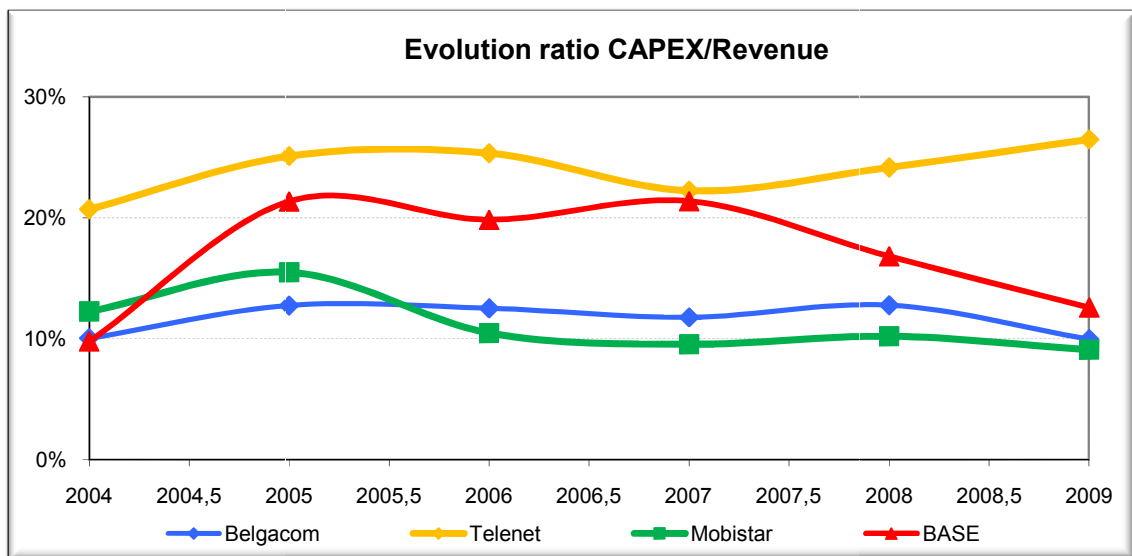
2.2. Kabel

149. **Telenet.** Telenet is actief in Vlaanderen, bepaalde delen van Brussel en één gemeente in het Franse taalgebied. De televisieactiviteit van Telenet is ontstaan naar aanleiding van de overname op 9 augustus 2002 van de kabeldistributieactiviteiten – inclusief het transportnetwerk – van 10 Vlaamse gemengde intercommunales. De kabelnetwerken die Telenet in 2002 overnam, dekten slechts 2/3 van Vlaanderen. In het resterende 1/3 waren andere kabelmaatschappijen actief:

- UPC in de regio Leuven (en enkele gemeenten in Brussel);
- 4 zuivere intercommunales in respectievelijk Limburg (Interelectra), delen van West-Vlaanderen (WVEM), delen van Antwerpen (Integan) en delen van Vlaams-Brabant (Havi-TV).

150. In februari 2007 heeft Telenet UPC overgenomen en op 1 oktober 2008 heeft Telenet ook de kabelactiviteiten van de zuivere intercommunales overgenomen.

151. Anders dan Belgacom heeft Telenet de kabelnetwerken die zij exploiteert niet gekregen van de publieke rechtspersonen die ze historisch hebben uitgebouwd. Telenet heeft deze kabelnetwerken in tegendeel verworven tegen betaling van de marktprijs. Sinds 1996 heeft Telenet in totaal meer dan € 3,8 miljard geïnvesteerd in de verwerving en opwaardering van haar kabelnetwerken. Niet voor niets heeft Telenet de hoogste verhouding CAPEX/omzet in vergelijking met bijvoorbeeld Belgacom, Mobistar of KPN (Base)⁴⁰:



⁴⁰ Bron: gepubliceerde jaarresultaten van de operatoren.

152. Eén en ander vertaalt zich o.a. in een kwalitatief zeer hoogstaand interactief digitaal televisieaanbod. Het interactief digitaal televisieplatform van Telenet wordt in de sector dan ook algemeen aanzien als één van de meest vooruitstrevende ter wereld.
153. Telenet blijft verder investeren in innovatieve toepassingen. Recente voorbeelden zijn bijvoorbeeld de lancering van YeloTV, een dienst die digitale televisiekanten van Telenet toelaat om hun set-top box met harde schijf online te programmeren via de website www.yelo.be en hen bovendien de mogelijkheid biedt om bepaalde zenders en films via Wifi te bekijken op hun iPhone of iPad.
154. **Tecteo.** Tecteo is actief in het Franse taalgebied, het Duitse taalgebied en één gemeente in het Nederlandse taalgebied en Brutélé in 24 gemeenten van het Franse taalgebied en in 6 gemeenten van het gebied Brussel-Hoofdstad. Tecteo en Brutélé bieden hun televisie-activiteiten samen aan onder de merknaam VOO.
155. **Numericable.** Numericable dekt delen van het gebied Brussel-Hoofdstad en twee gemeenten in het Nederlandse taalgebied.
156. **AIESH.** Tenslotte biedt AIESH enkel analoge kabeltelevisie aan in een beperkt deel van het Franse taalgebied.

2.3. IPTV

157. **Belgacom.** In juni 2005 lanceerde Belgacom haar televisieaanbod, BelgacomTV, op basis van haar DSL-platform. Deze lancering mag zonder meer succesvol worden genoemd. Belgacom beweert zelf dat zij het meest vooruitstrevende en snelst groeiende IPTV-platform ter wereld heeft⁴¹. In haar derde kwartaalverslag van 2010 stelde Belgacom hieromtrent het volgende:

*“Zoals eerder vermeld is tv een belangrijke groeimotor voor onze opbrengsten van de Consumer Business Unit. Ondanks de felle concurrentie van de kabel blijven we successen boeken met ons tv-product. Eind september hadden niet minder dan **920.000 klanten Belgacom als hun tv-aanbieder gekozen - een groei van 39% op jaarbasis.**” (nadruk toegevoegd)⁴².*

158. **Billi.** In februari 2010 heeft een nieuwe speler, Billi, de markt betreden met een eigen IPTV-aanbod op basis van het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom. Billi is voornamelijk in Brussel, de grootste steden van Wallonië en een deel van Limburg actief. Recentelijk kondigde Billi aan haar aanbod te zullen verruimen tot heel Vlaanderen. Daar waar de operator in Vlaanderen tot nog toe één PoP had, worden in 2011 minimaal drie grote steden in Vlaanderen ontsloten⁴³.

2.4. Satelliet

159. **Gratis satelliettelevisie.** Gratis satelliettelevisie telt naar schatting ongeveer

⁴¹ Belgacom Jaarverslag 2009, p. 11, http://www.belgacom.com/group/gallery/content/annual_report/2009/nl/complete_2009.pdf.

⁴² Belgacom kwartaalverslag 3 van 2010, p. 4, http://www.belgacom.com/group/gallery/content/shared/Q3_2010/2010_Q3_results_nl.pdf.

⁴³ “Telecom-operator Billi lanceert vernieuwend aanbod. Marktverruiming tot heel Vlaanderen in volle voorbereiding”, *Ite!* 15 december 2010, p. 5 (Bijlage 17).

Niet Vertrouwelijke Versie

425.000 gebruikers in België.

160. **TV Vlaanderen/TéléSat.** Ook betalende satelliettelevisie groeit gestaag dankzij het aanbod van TV Vlaanderen, dat in Vlaanderen is opgestart in juni 2006, en TéléSat, dat in Wallonië is opgestart in januari 2009⁴⁴. Naast het betalende basispakket genieten abonnees van TV Vlaanderen en TéléSat van de meer dan 400 free-to-air televisie- en radiokanalen die beschikbaar zijn op Astra (TV Vlaanderen) en de 800 free-to-air televisie- en radiokanalen die beschikbaar zijn op Eutelsat (TéléSat).
161. **KPN Belgium.** KPN Belgium heeft een overeenkomst gesloten met TV Vlaanderen en TéléSat met het oog op de verkoop van satelliettelevisie in de BASE Shops onder de merknaam Allo Telecom.
162. **Mobistar.** Sinds 8 oktober 2010 zijn ook Mobistar en Euphony met een televisieaanbod via satelliet begonnen⁴⁵. De eerste berichten wijzen erop dat deze lancering succesvol is. Mobistar verkoopt haar televisieaanbod als onderdeel van een bundel, het zgn. Starpack. Op amper enkele maanden tijd heeft Mobistar 10.000 Starpacks **geïnstalleerd**⁴⁶. Het werkelijke aantal verkochte packs wil Mobistar voorlopig niet kwijt. Blijkbaar loopt het installatieproces wat vertraging op. Dit hoort tot de normale groeipijnen bij de lancering van een nieuw product. Volgens geruchten in de pers ligt het werkelijk aantal verkochte packs tussen 20.000 en 50.000⁴⁷. De nieuwe TV klanten van Mobistar zijn evenwichtig verspreid over het hele land en stappen over van zowel kabel als IPTV⁴⁸.
163. Mobistar is de eerste operator in België die een “quintuple play”-product, inclusief mobiele televisie via haar 3G netwerk, aanbiedt.

2.5. DVB-T

164. Momenteel worden de zenders van de openbare omroep digitaal terreestrieel uitgezonden. In 2009 heeft de VRT haar digitaal zenderpark aan Norkring verkocht. Dankzij investeringen van Norkring in deze infrastructuur zal het digitaal terreestrieel netwerk in de toekomst meer dan 80% van de huishoudens in Vlaanderen en Brussel bereiken. Bovendien wordt de capaciteit uitgebreid van drie multiplexen (het equivalent van ongeveer 21 televisiekanalen), naar 5 à 6 multiplexen. In de toekomst zullen dus ongeveer 42 televisiekanalen kunnen worden aangeboden via het netwerk van Norkring. Dit heeft voor gevolg dat digitale terreestriele televisie een nog aantrekkelijker alternatief voor de kabel zal worden.
165. Tijdens de eerste ronde van het open biedproces dat door Norkring werd georganiseerd, heeft alleen Telenet (grotendeels) **niet-exclusieve** gebruiksrechten in dit DVB-T platform verworven. Norkring geeft evenwel zelf aan dat haar doelstelling blijft om haar netwerk aan meer dan één partner te verhuren⁴⁹. Vanaf april 2011 mogen nieuwe kandidaten voor digitale uitzendrechten zich dan ook aanbieden bij Norkring.
166. Mobistar, dat in oktober 2010 startte met digitale televisie via satelliet maar een decoder levert die ook DVB-T signalen aankan, heeft al interesse getoond om deel

⁴⁴ TV Vlaanderen en TéléSat zijn dochterondernemingen van het Nederlandse satelliet platform Canaal Digitaal.

⁴⁵ De hybride modems van Mobistar ondersteunen satelliet, DSL en DVB-T.

⁴⁶ Jaarresultaten Mobistar 2010, http://corporate.mobistar.be/pdf/FY_Q4_2010_NL.pdf.

⁴⁷ “TV-aanbod Mobistar slaat beter aan dan verwacht”, *De Tijd* 13 november 2010, www.tijd.be.

⁴⁸ A. JENOTTE, “Le marché de la télé n’est pas cadencassé”, *Le Soir*, 11 februari 2011 (Bijlage 18).

⁴⁹ “Frequently Asked Questions”, www.norkring.be.

Niet Vertrouwelijke Versie

te nemen aan het biedproces. Ook TV Vlaanderen heeft te kennen gegeven geïnteresseerd te zijn om de DVB-T infrastructuur van Norkring te gebruiken⁵⁰.

167. In Wallonië is de openbare omroep RTBF nog steeds eigenaar van het digitale terrestriële netwerk. RTBF lanceerde haar digitaal terrestrieel aanbod in november 2007 en biedt naast haar eigen drie televisiezenders ook Euronews en de publieke Franstalige en Duitstalige radiozenders aan.

2.6. Mobiele TV

168. Mobiele televisie zal in de toekomst meer en meer aan belang winnen naarmate mobiele breedbandnetwerken beter beschikbaar worden en smartphones met grote schermen (iPhone, ...) en laptops met datakaart en gelijkaardige toestellen (iPad, ...) wijder verspreid geraken. Wereldwijd kijkt reeds 11% van de consumenten mobiele TV op hun smartphone⁵¹. Volgens een recente studie van Cisco zal tegen 2014 tweederde van het mobiele verkeer videobeelden bevatten⁵². Momenteel hebben zowel Mobistar als Proximus een mobiel televisieaanbod.

2.7. Internet (OTT)

169. Meer en meer worden televisiediensten ook “over-the-top” (OTT) geleverd, d.i. via het internet.
170. Zo zijn de programma's van de nieuwsdienst van de VRT (o.m. 'Het Journaal', 'Koppen', 'Terzake', 'Vranckx', 'Volt', 'De zevende dag' en 'Villa Politica') gratis en integraal te bekijken op de website www.deredactie.be. Hetzelfde geldt voor de programma's van Ketnet (video.ketnet.be). Ook de VMMA biedt de programma's van VTM, 2BE en JIM gratis ('het Nieuws' en de programma's van JIM), dan wel tegen betaling aan via de website www.iwatch.be. De programma's van JIM kunnen zelfs live en lineair op het internet worden bekeken (www.jim.be). Daarnaast zijn ook onder meer de programma's van RTBF en RTL grotendeels integraal en gratis te bekijken op hun respectieve websites (www.rtf.be en www.rtlinfo.be).
171. Het valt te verwachten dat deze trend zich in de toekomst alleen maar zal voortzetten. Zo kondigde SBS bijvoorbeeld aan haar video-op-aanvraagdienst C-More naar de Apple iPad en iPhone en de Samsung Galaxy S en Galaxy Tablet te zullen brengen⁵³. Op dit ogenblik zijn de programma's 'Vlaanderen Vandaag' en 'Autojacht' gratis te bekijken op de website van VT4 (www.vt4.be).
172. Ook de eindapparatuur past zich aan deze nieuwe omgeving aan. Zo brengen Sony, Samsung en Panasonic televisietoestellen op de markt die zijn uitgerust met een internetmodem die toelaat om hen op het internet aan te sluiten. Ook LG kondigde recent een SmartTV aan. De meeste nieuwe LG-tv's zullen deze technologie ingebouwd krijgen, waardoor ze toegang krijgen tot een aantal commerciële en gratis videodiensten op het web, zoals films van Netflix⁵⁴. Apple lanceerde in de tweede helft van 2010 Apple TV dat niet alleen toelaat films en

⁵⁰ D. DECKMYN, “Digitale tv via antenne is toekomstmuziek”, *De Standaard*, 16 november 2010, www.standaard.be.

⁵¹ Nielsen, “How people watch: a global Nielsen consumer report”, Augustus 2010 (Bijlage 19).

⁵² Cisco Visual Networking Index: Global Mobile Data Traffic Forecast Updates, 2009-2014, 9 februari 2010, http://www.cisco.com/en/US/solutions/collateral/ns341/ns525/ns537/ns705/ns827/white_paper_c11-520862.html.

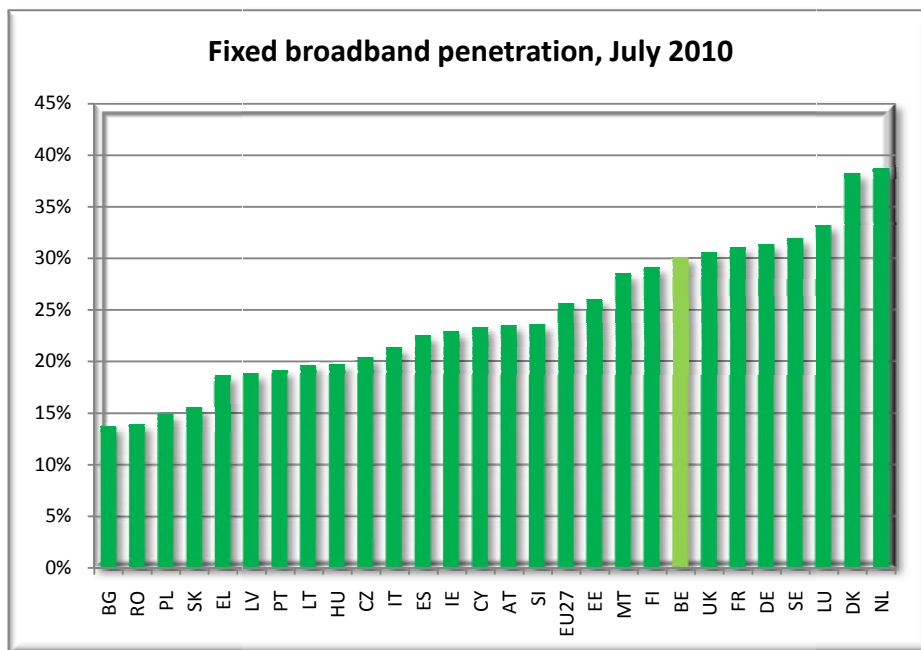
⁵³ http://www.vijftv.be/c-more_iphone.php; http://www.vijftv.be/c-more_ipad.php; <http://www.vt4.be/cmored-galaxytab>; <http://www.vt4.be/cmored-galaxys>.

⁵⁴ D. DECKMYN, “Alles is een computer”, *De Standaard*, 6 januari 2010, www.standaard.be.

Niet Vertrouwelijke Versie

televisieprogramma's⁵⁵ die beschikbaar zijn op iTunes via de televisie te bekijken, maar ook toegang geeft tot Youtube, Netflix, Flickr, internet radio, podcasts, Boxee en andere diensten⁵⁶.

173. Logitech heeft een set-top box op de markt gebracht die Google TV ondersteunt. Die dienst van Google werd in oktober 2010 gelanceerd en laat gebruikers toe gestreamde films, series en allerhande internetinhoud rechtstreeks te bekijken op hun televisie. Google TV maakt het mogelijk om het huidige TV-aanbod te combineren met het open web en belooft een enorm aanbod via deals met belangrijke spelers als HBO, TBS, New York Times, CNN, Cartoon Network, TNT en anderen. De dienst biedt bovendien ook toegang tot de video op aanvraag-diensten van Amazon en Netflix⁵⁷. Tenslotte is het ook via spelconsoles zoals Microsoft's Xbox mogelijk om content dat beschikbaar is op het internet met een televisietoestel te bekijken.
174. Er zijn ook tal van platformen die televisieprogramma's aanbieden via het internet. Internationale spelers als Hulu⁵⁸, Joost, Netflix, Youtube TV⁵⁹ en Amazon worden gekenmerkt door een sterke groei en het is een kwestie van tijd alvorens zij hun activiteiten zullen uitbreiden naar België.
175. De ontwikkeling van OTT-televisie als een volwaardig alternatief televisieplatform is in belangrijke mate afhankelijk van de breedbandpenetratie⁶⁰ en breedbandsnelheid⁶¹. Volgens de Europese Commissie scoort België momenteel op beide aspecten substantieel beter dan andere Lidstaten, wat een snelle ontwikkeling van OTT-televisie mee in de hand zal werken.



⁵⁵ Onder meer de televisieprogramma's van de Amerikaanse televisiezenders ABC en Fox.

⁵⁶ Studie van Citi Investment Research & Analysis, "Over The Top TV. What's On The Box?", 17 september 2010, p. 43 (Bijlage 20).

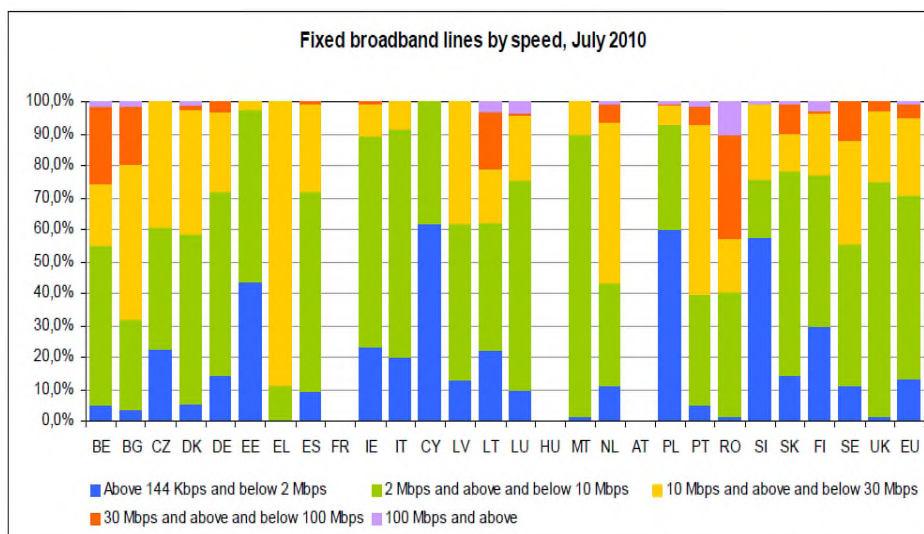
⁵⁷ "Verandert Google TV onze manier van TV-kijken?", *De Morgen* 8 oktober 2010, www.demorgen.be.

⁵⁸ Rapid TV News, "Hulu confirms European expansion", 7 februari 2010, <http://www.rapidtvnews.com/index.php/201002075787/hulu-confirms-european-expansion.html>.

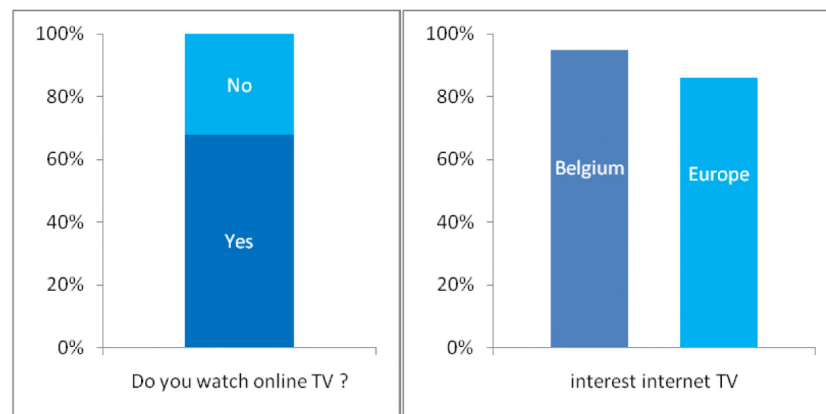
⁵⁹ "Youtube wordt (ook) tv-zender", *De Standaard*, 14 september 2010, www.standaard.be.

⁶⁰ Bron: Europese Commissie, Communications Committee, COCOM10-29 FINAL, Working Document: Broadband access in the EU: situation at 1 July 2010, p. 5.

⁶¹ Bron: Europese Commissie, Communications Committee, COCOM10-29 FINAL, Working Document: Broadband access in the EU: situation at 1 July 2010, p. 8.



176. Uit een recente studie van Nielsen blijkt overigens dat maar liefst 95% van de Belgen belangstelling heeft voor internet TV⁶². Zoals de tabel hieronder aantoont, heeft 68% van de Belgen reeds online televisie gekeken⁶³.

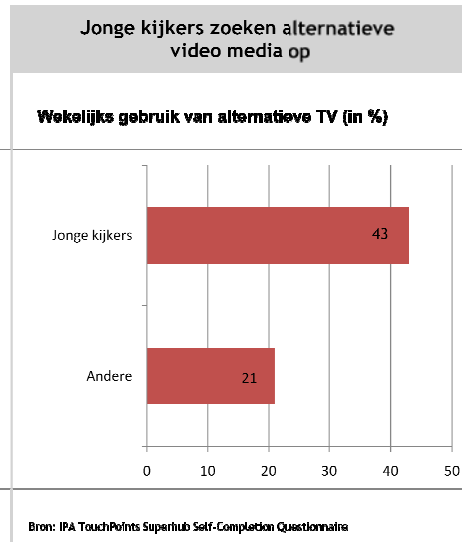
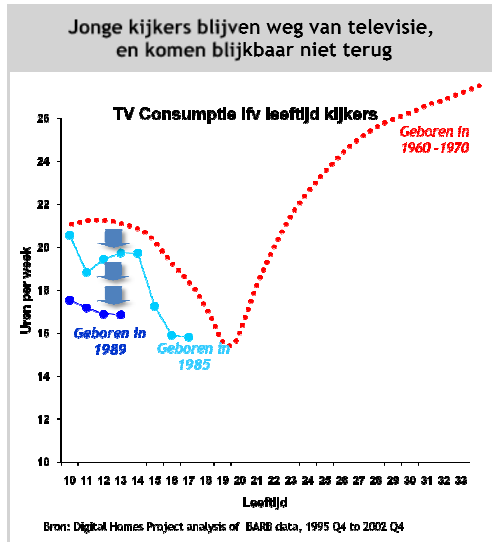


177. Vooral jonge kijkers kijken meer en meer online en komen niet meer terug naar klassieke televisie:

⁶² Bijlage 19.

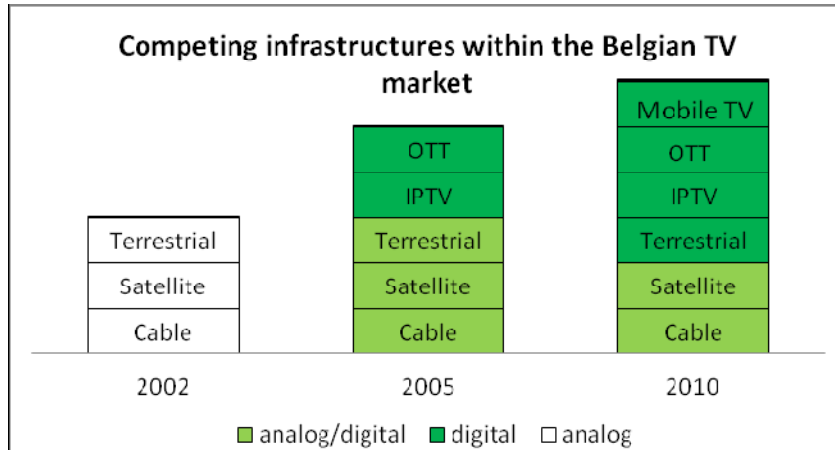
⁶³ Studie van Bain.

Niet Vertrouwelijke Versie

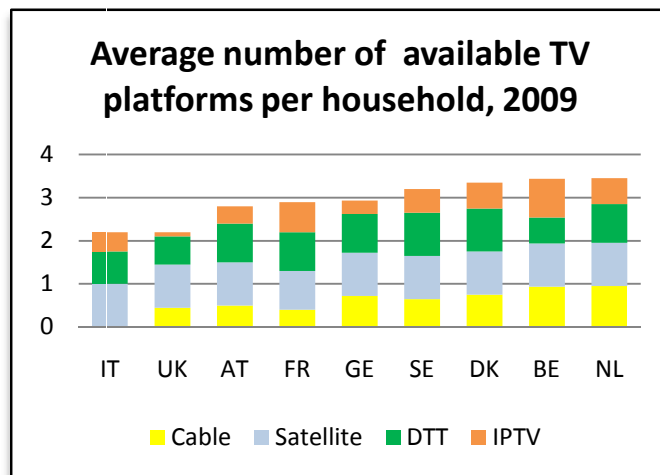


3. DE TOENAME VAN HET AANTAL AANBIEDERS EN INFRASTRUCTUREN LEIDT TOT COMPETITIEVE DRUK, EEN SNELLE DIGITALISERING EN LAGE PRIJZEN

178. Het hiernavolgende schema geeft een overzicht van het toegenomen aantal beschikbare infrastructuren op de retail omroepmarkt:



179. In weinig landen van de Europese Unie hebben evenveel gezinnen toegang tot evenveel verschillende televisieplatformen. De tabel hieronder geeft een overzicht van de beschikbaarheid van kabel, satelliet, DVB-T en IPTV voor huisgezinnen in Duitsland, Italië, Oostenrijk, Frankrijk, Zweden, Denemarken, Nederland en België⁶⁴:



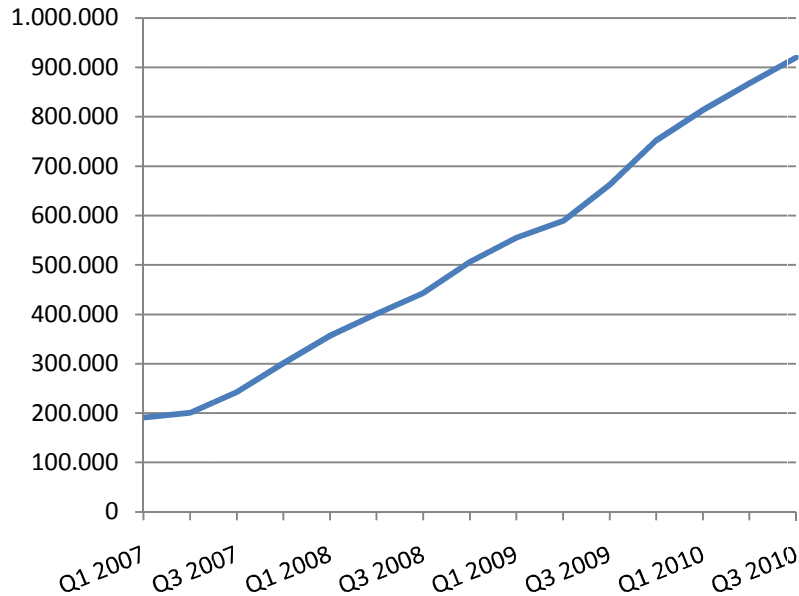
Daaraan kan ook nog OTT en mobiele televisie worden toegevoegd.

180. Deze ontwikkelingen hebben een significante toename van de concurrentie voor gevolg. Consumenten hebben nu de keuze tussen verschillende platformen en maken ook gebruik van deze mogelijkheid. Overstapdrempels worden laag gehouden door permanente promoties, de mogelijkheid om de vereiste decoders te huren, de ontwikkeling van draadloze technologie (het gebruik van wifi heeft voor gevolg dat er geen nood meer is aan binnenbekabeling), enz. De kabel blijft in België weliswaar een belangrijk distributieplatform, maar het is lang niet meer het enige.

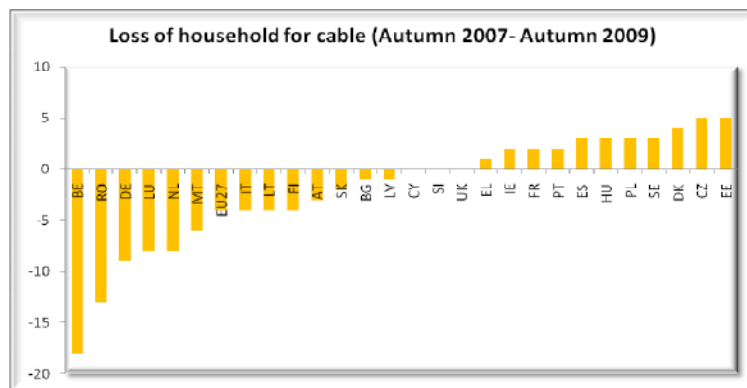
⁶⁴ Bron: Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets (Bijlage 2).

Niet Vertrouwelijke Versie

181. De figuur hieronder geeft bijvoorbeeld de groei van BelgacomTV in België sinds 2007 grafisch weer:



182. Indien Belgacom het huidige consistente groeitempo volhoudt in de komende drie jaar, dan zal zij aan het eind van 2013 ruim 1,5 miljoen tv klanten bedienen⁶⁵. Dit komt overeen met een marktaandeel van ca. 30-35% en zal samen gaan met een aanzienlijke daling van het marktaandeel van Telenet⁶⁶. De groei van andere infrastructures en de mogelijke toetreding van bijkomende IPTV-aanbieders op basis van het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom, zullen een aanzienlijke additionele impact hebben op het marktaandeel van Telenet.
183. In 2009 zijn meer dan 60.000 kabeltelevisieklanten van Telenet overgestapt naar concurrerende platformen. Ook in de eerste negen maanden van 2010 leed Telenet een organisch nettoverlies van 54.200 kabeltelevisie abonnees⁶⁷. België kende tijdens de periode 2007-2009 proportioneel het grootste verlies aan kabelklanten in vergelijking met andere Europese Lidstaten:



⁶⁵ Van het vierde kwartaal 2007 tot en met het derde kwartaal 2010 heeft Belgacom er 671.000 klanten bij gekregen. Aan het eind van het derde kwartaal 2010 bedroeg het aantal TV-klanten 920.000.

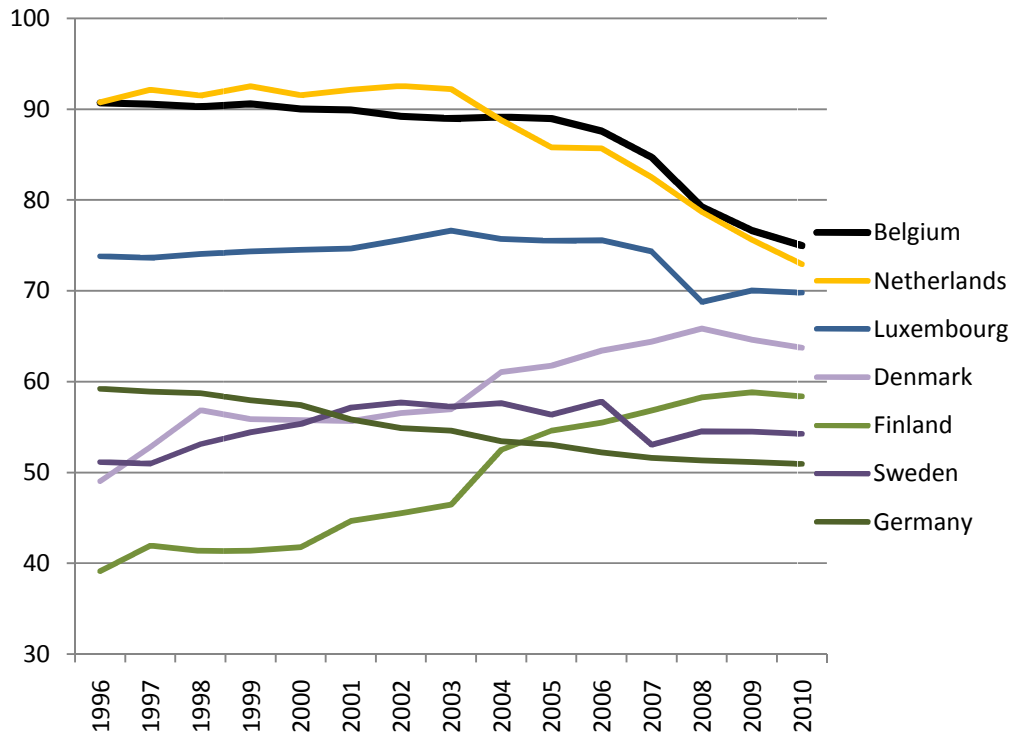
⁶⁶ RBB Economics, Reactie op de ontwerpbeslissing VRM, p. 16 (Bijlage 1).

⁶⁷ Persbericht Telenet, "Resultaten eerste negen maanden 2010", p. 6, http://media.tn-media.be/pdf/Earnings_release_Q3_2010_NL.pdf.

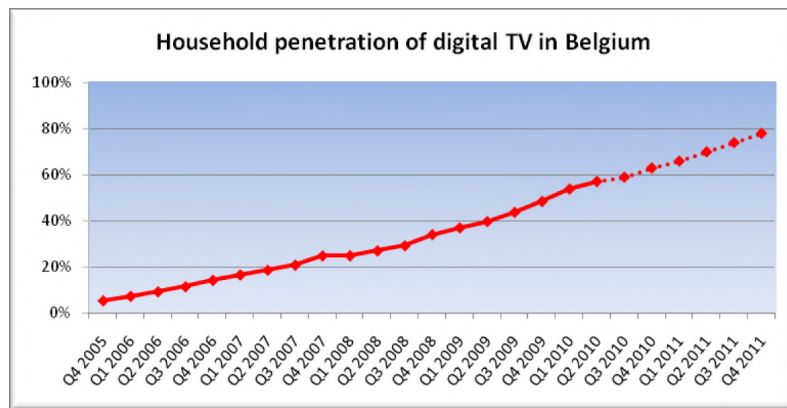
Niet Vertrouwelijke Versie

Source : Morgan Stanley, 2010 and European Commission E-communication household survey, 2010

184. De figuur hieronder schetst de ontwikkeling van het marktaandeel van de kabel in de landen waar de kabel een belangrijke rol speelt (penetratie boven de 50%). Uit deze figuur blijkt duidelijk dat (i) het aandeel van de kabel in België aan het dalen is en (ii) dat de rol van de kabel in België zeker niet (meer) uitzonderlijk is en goed vergelijkbaar is met een aantal andere Europese landen waar geen regulering van de kabel werd voorzien⁶⁸. Alles wijst er op dat deze dalende trend zal worden verdergezet tijdens de voorgenumen reguleringsperiode.



185. De dynamiek van de markt leidt tot een snelle digitalisering. De huidige verwachting is dat de penetratiegraad van digitale televisie in België verder zal toenemen tot 80% van de huishoudens tegen het einde van 2011⁶⁹.



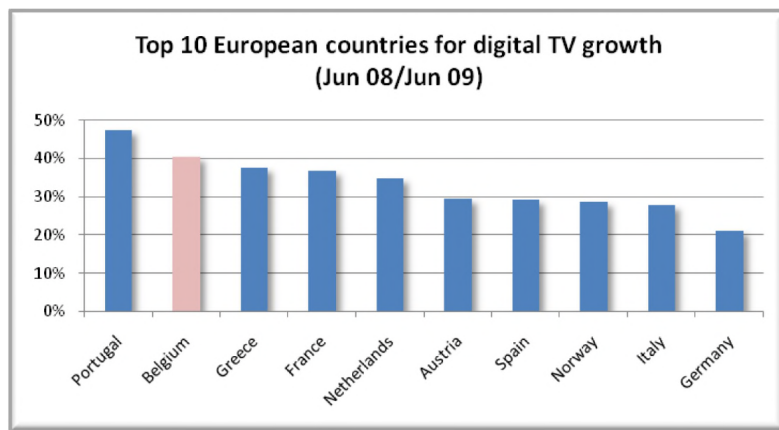
186. De Belgische markt heeft dan ook de tweede grootste digitale televisie groeicijfers

⁶⁸ Zie o.a. RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, pagina 29 (Bijlage 1).

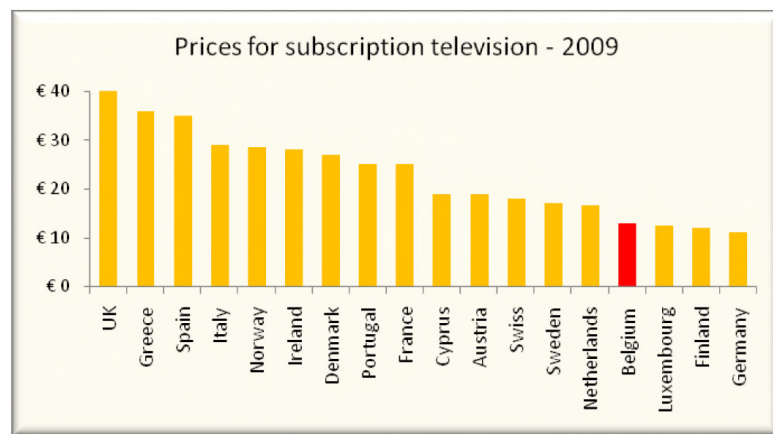
⁶⁹ Bron: berekeningen Telenet op basis van publiek beschikbare informatie.

Niet Vertrouwelijke Versie

van Europa na Portugal⁷⁰:



187. De dynamiek van de markt leidt ook tot lage prijzen. Tijdens de afgelopen 5 jaar is de prijs van het kabelabonnement met slechts 12% gestegen. Dit komt neer op een jaarlijkse stijging die gelijke tred houdt met de inflatie en dus kostenstijgingen reflecteert⁷¹. Tijdens dezelfde periode verrichtte Telenet aanzienlijke investeringen in het kabelnetwerk. Het digitale basisaanbod werd bovendien uitgebreid van 40 zenders in 2005 tot 72 zenders in 2011, waarvan 14 in HD.
188. Een vergelijking van de prijzen aangerekend in België met de rest van Europa leert dat het televisieabonnement in België bij de goedkoopste van Europa behoort⁷²:



189. Eén en ander wordt verder in de hand gewerkt door het feit dat de prijs van het kabelabonnement is onderworpen aan **prijnsregulering** op grond van de Wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen en het Ministerieel Besluit van 20 april 1993 houdende bijzondere bepalingen inzake prijzen. Krachtens deze wettelijke bepalingen mogen ondernemingen uit de sector van de teledistributie⁷³ geen prijsverhoging toepassen zonder voorafgaandelijke goedkeuring.
190. Kabeloperatoren kunnen de prijs van het kabeltelevisieabonnement dus niet vrij

⁷⁰ Verslag Deutsche Bank, Telenet Group, 1 november 2009, Bijlage 21.

⁷¹ Zie de uitgebreide analyse van de prijsevolutie in het verslag van RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, p.18 & 19 (Bijlage 1).

⁷² Screen Digest, 2010.

⁷³ Onder teledistributie wordt het netwerk verstaan waardoor de transmissie via kabel of via andere distributiesystemen van televisieprogrammadragerende signalen mogelijk wordt (http://economie.fgov.be/nl/consument/Gereguleerde_prijzen/Teledistributie/index.jsp).

bepalen. Willen zij een prijsverhoging doorvoeren, dan moeten zij hiervoor een aanvraag indienen bij de Prijzendienst van de FOD Economie. Om ontvankelijk te zijn, dient dergelijke aanvraag onder meer een becijferde rechtvaardiging voor de verhoging en de evolutie van de kostprijs-elementen te bevatten.

191. Deze aanvragen zullen vervolgens worden onderzocht, “*waarbij getracht wordt de economische behoeften van de bedrijven te verzoenen met een sociaal aanvaardbaar prijsniveau voor de consument*”⁷⁴. Slechts na het verplichte advies van de Commissie tot Regeling der Prijzen én een positieve beslissing van de Prijzendienst van de FOD Economie kunnen kabeloperatoren overgaan tot een verhoging van hun prijzen.
192. Krachtens deze regelgeving zijn de tarieven van de kabeloperatoren dus kostengeoriënteerd. Het is dan ook niet te verklaren dat de Ontwerpbeslissing op geen enkele wijze rekening houdt met het bestaan van deze prijsregulering.

4. GEEN MARKTFALEN EN GEEN ‘CONSUMER HARM’

193. Zoals gezegd besloot de Europese Commissie in 2007 om markt 18, de omroeptransmissiemarkt, te verwijderen van de lijst van de Aanbeveling. Zij deed dit op basis van de volgende overweging:

*“Many of the comments received during the consultation indicated that significant market changes are underway. **There is evidence of greater platform competition as the transition from analogue to digital delivery platforms occurs.** One implication is that there are likely to be fewer capacity constraints on any given platform. A second is that many Member States are likely to have 3-4 competing platforms (terrestrial, satellite, cable and telecom-based) in contrast to 2-3 analogue platforms, one of which, satellite, developed much later. The transition from analogue to digital provides an impetus for platforms to compete and attract end-users, which in a two-sided market context, also means obtaining content.”*⁷⁵.

194. Uit de uiteenzetting hierboven blijkt duidelijk dat deze bemerkingen onverkort van toepassing zijn voor de Belgische markt.
195. De Belgische consument kan kiezen tussen het televisieaanbod van een technologisch geavanceerd DSL-netwerk (VDSL-2) enerzijds en vooruitstrevende kabelnetwerken (DOCSIS 3.0) anderzijds. Beide infrastructuren bieden **televisiediensten van hoge kwaliteit** aan. Kabelmaatschappijen en IPTV-operatoren blijven verder investeren in de verbetering van de kwaliteit van hun netwerk en in de ontwikkeling en lancering van **innovatieve diensten en toepassingen**.
196. Naast de kabel en IPTV heeft de Belgische consument nog minstens **2**

⁷⁴ http://economie.fgov.be/nl/consument/Gereguleerde_prijzen/Teledistributie/index.jsp.

⁷⁵ Vrije vertaling: “*Vele opmerkingen ontvangen tijdens de consultatie toonden aan dat aanzienlijke marktveranderingen in aankomst zijn. Er zijn bewijzen van een grotere platformconcurrentie terwijl de overgang van analoge naar digitale verdeelplatformen plaatsvindt. Eén implicatie is dat er waarschijnlijk minder capaciteitsbeperkingen zullen zijn op eender welk platform. Een tweede is dat veel Lidstaten waarschijnlijk 3-4 concurrerende platformen zullen hebben (terrestrieel, satelliet, kabel en op basis van het telefoonnet) in tegenstelling tot 2-3 analoge platformen, waarvan satelliet zich veel later ontwikkelde. De overgang van analoog naar digitaal zorgt voor een stimulans voor de platformen om te concurreren en eindgebruikers aan te trekken, hetgeen in een tweezijdige marktcontext, eveneens het verwerven van content betekent*”.

Niet Vertrouwelijke Versie

bijkomende distributieplatformen ter beschikking, met name de satelliet en DVB-T. In weinig landen van de Europese Unie hebben evenveel gezinnen toegang tot evenveel verschillende mogelijke televisieplatformen. Alle elementen voor de verdere versterking van infrastructuurconcurrentie zijn in België dus aanwezig. Dat Mobistar TV investeert in de succesvolle lancering van een televisieaanbod op basis van satelliet bevestigt duidelijk deze trend naar toegenomen infrastructuurconcurrentie.

197. De businessmodellen van de bestaande marktdeelnemers worden bovendien bedreigd door de opkomst van OTT-televisie.
198. Door deze ontwikkelingen is het marktaandeel van de kabel aan het dalen. De rol van de kabel is in België zeker niet (meer) uitzonderlijk doch integendeel goed vergelijkbaar met een aantal andere Europese landen waar de kabel eveneens een hoge penetratiegraad heeft.
199. Voor de toegang tot kwalitatief hoogstaande televisiediensten betaalt de Belgische consument tenslotte **prijzen die tot de laagste van Europa behoren** en bovendien het voorwerp uitmaken van een **kostengebaseerde prijsregulering**.
200. Kortom, de kenmerken van de Belgische markt spreken de veronderstelling van een marktfalen tegen. Er is in tegendeel sprake van **marktdynamiek** door een toenemend aantal spelers, toenemende **infrastructuurconcurrentie en innovatie**. Een regelgevende interventie is in dergelijke context niet verantwoord en creëert in tegendeel het risico dat investeringen in bijkomende infrastructuurconcurrentie worden afgeremd⁷⁶.
201. Als er in België al sprake is van marktfalen, dan is het wel op het niveau van mobiele telefonie. Verschillende vergelijkingen⁷⁷ tonen aan dat België inzake mobiele telefonie over de hele lijn slecht scoort. België situeert zich nagenoeg systematisch boven het Europees prijsniveau. Op het vlak van mobiel breedband is België één van de duurste landen in Europa en bevindt het zich op vlak van klantenaantallen in de absolute staart van het Europese peloton. Het BIPT bevestigt deze analyse: *“de tarieven in België voor mobiel internet zijn van de hoogste in Europa.”*⁷⁸.
202. Het is in die context overigens ironisch dat het voornemen om de kabeloperatoren te reguleren een dermate verregaande operationele en financiële impact zal hebben op deze operatoren dat dit hun mogelijkheden om te investeren in de toetreding tot de mobiele markt (bijvoorbeeld via de aangekondigde vierde 3G licentie) zal aantasten. De kabeloperatoren behoren nochtans tot de meest geloofwaardige potentiële toetreders tot de mobiele markt.
203. De nodeloze regulering van de retail omroepmarkt loopt dus niet alleen het risico om infrastructuurconcurrentie op deze markt af te remmen, maar ook om de broodnodige toename van de concurrentie op de mobiele markt te fnuiken.

V. AFBAKENING VAN DE RELEVANTE MARKT

⁷⁶ Zie hierna, randnummer 544.

⁷⁷ Comreg, Ficora, OESO en de EC

⁷⁸ Persbericht BIPT, “Het BIPT lanceert een informatiewebsite betreffende de veiling van 3G- en 4G-vergunningen”, 7 februari 2011.

http://www.bipt.be/nl/637/ShowDoc/3420/Persberichten/Het_BIPT_lanceert_een_informatiewebsite_betrefend.aspx

1. VOORAFGAANDE BEMERKING: GEEN ANALYSE VAN DE WHOLESALMARKT

204. De Ontwerpbeslissing verricht uitsluitend een analyse van de retailmarkt zonder overeenkomstig de modified greenfield benadering de overeenstemmende wholesalemarkt(-en) te analyseren. Telenet maakt uitdrukkelijk voorbehoud betreffende de gevolgen van deze gebreken van de analyse van de omroepmarkt⁷⁹.

2. RELEVANTE PRODUCTMARKT

2.1. Methodologie voor het definiëren van de relevante productmarkt

2.1.1. Algemeen

205. Volgens de Europese Commissie omvat de relevante markt voor een product of dienst *“alle producten of diensten die daarmee substitueerbaar of voldoende uitwisselbaar zijn, niet alleen op grond van hun objectieve kenmerken, waardoor ze bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte van de consumenten te voorzien, de prijs of beoogde toepassing ervan, maar ook op grond van de mededingingsvoorwaarden en/of de structuur van vraag en aanbod op de betrokken markt.”*⁸⁰. Producten of diensten die slechts in beperkte of relatief beperkte mate onderling substitueerbaar zijn, behoren niet tot dezelfde markt⁸¹.
206. Bij de afbakening van de relevante markt moet de substitueerbaarheid worden onderzocht zowel aan de vraag- als aan de aanbodzijde. Substitueerbaarheid aan de vraagzijde is *“een maat voor de bereidheid van de consument om de betrokken dienst of het betrokken product te vervangen door andere diensten of producten”* bij een relatieve prijsverhoging⁸². Relevante criteria zijn onder meer de technische kenmerken, het gebruik en de prijszetting van een product of dienst. De mogelijkheid voor consumenten om een product of dienst te substitueren door een ander kan belemmerd worden door aanzienlijke overschakelingskosten.
207. Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde geeft aan *“in hoeverre andere leveranciers dan die welke de betrokken producten of diensten aanbieden, bereid zijn hun productlijn op de zeer korte tot korte termijn om te schakelen dan wel de betrokken producten of diensten kunnen aanbieden zonder aanzienlijke extra kosten”* bij een relatieve prijsverhoging⁸³. Bij de analyse wordt er rekening gehouden met *“de waarschijnlijkheid dat ondernemingen die momenteel niet actief*

⁷⁹ Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, p.6 (Bijlage 2).

⁸⁰ Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (2202/C 165/03) (de “Richtsnoeren”), randnummer 44. Het criterium van de voldoende substitueerbaarheid of uitwisselbaarheid werd voor het eerst door het Hof van Justitie vastgelegd in zaak nr. 6/72, Europemballage en Continental Can tegen de Commissie, *Jur.* 1973, randnummer 32 en zaak nr. 85/76, Hoffman La-Roche tegen de Commissie, *Jur.* 1979, randnummer 23. Zie ook Bekendmaking, randnummer 7.

⁸¹ Richtsnoeren, randnummer 44. Zie ook zaak nr. C-333/94 P, Tetra Pak tegen de Commissie, *Jur.* 1996, p. I-5951, randnummer 13. In deze zaak bevestigde het Hof van Justitie dat het feit dat de vraag naar aseptische en niet-aseptische drankkartons voor de verpakking van vruchtensap door de tijd marginaal en stabiel was ten opzichte van de vraag naar drankkartons voor de verpakking van melk, het bewijs vormde voor de geringe uitwisselbaarheid tussen de sector voor melkverpakkingen en die voor andere verpakkingen.

⁸² Richtsnoeren, randnummer 39.

⁸³ Richtsnoeren, randnummer 39.

Niet Vertrouwelijke Versie

*zijn op de relevante productmarkt, toch besluiten tot de markt toe te treden, binnen een redelijk tijdsbestek, na een relatieve prijsverhoging*⁸⁴.

208. De substitueerbaarheid aan de vraagzijde weegt zwaarder door dan de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde. Indien de substitutie aan de vraagzijde vaststaat, zal de analyse van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde niet langer vereist zijn omdat de aanwezigheid van de betrokken aanbieders op dezelfde productmarkt vaststaat.
209. De graad van substitutie aan de vraag- en de aanbodzijde kan worden nagegaan aan de hand van de test van de hypothetische monopolist⁸⁵. Bij deze test wordt onderzocht *“wat er zou gebeuren indien er een kleine, maar significante, duurzame verhoging zou plaatsvinden van de prijs voor een bepaald product of dienst, in de veronderstelling dat de prijzen voor alle overige producten of diensten constant blijven*⁸⁶. In de praktijk gaat het om een prijsverhoging van 5 tot 10%. Deze test wordt de “relatieve prijsstijging-test of de SSNIP-test (“Small but Significant Non-transitory Increase in Price”) genoemd.

2.1.2. Standpunt van het BIPT

210. Het BIPT is van oordeel dat de relevante productmarkt overeenstemt met *“de retailmarkt voor de levering van tv-signalen, inclusief analoge en digitale signalen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV)*⁸⁷. Satellietelevisie, DVB-T, OTT en mobiele televisie worden uitgesloten⁸⁸.
211. Het BIPT onderneemt een zeer statische analyse van de relevante markt. Met name slaat het BIPT in hoofdzaak acht op de marktgegevens zoals ze beweerdelijk bestaan op het moment van het beweerde probleem (d.w.z. vandaag), zonder de toekomstige evolutie van de markt in aanmerking te nemen.

2.1.3. Standpunt van Telenet

212. De Belgische retail omroepmarkt is dynamisch en wordt gekenmerkt door fundamentele en snelle veranderingen die de bestaande marktstructuren ingrijpend wijzigen. Bij het uitvoeren van de marktanalyse, met het oog op eventuele *ex ante*-regulering, moeten de NRI's prospectief te werk gaan en rekening houden met de verwachte of voorzienbare technologische of economische ontwikkelingen⁸⁹:

*“Bij een analyse van daadwerkelijke mededinging moet onder meer worden onderzocht of de markt in de toekomst concurrerend zal zijn en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend is.*⁹⁰

213. De analyse van het BIPT weerspiegelt de aanpak van een mededingingsautoriteit die geroepen wordt om te onderzoeken of een bepaalde afspraak of gedraging op een gegeven ogenblik inbreuk maakt op het kartelverbod of misbruikverbod op een relevante markt. Dit “gegeven ogenblik” staat vast in de tijd en de marktanalyse is eerder statisch. *In casu* rust echter op het BIPT, nu zij *ex ante*-regulering wenst op te leggen, de verplichting om de relevante markt af te bakenen op een prospectieve wijze, d.w.z. ook rekening houdend met de markt zoals hij er in een tijdspanne van bijvoorbeeld drie jaar zal uitzien.
214. De Europese Commissie is van mening dat dynamische concurrentie of

⁸⁴ Richtsnoeren, randnummer 52.

⁸⁵ Richtsnoeren, randnummer 48.

⁸⁶ Richtsnoeren, randnummer 40.

Niet Vertrouwelijke Versie

concurrentie op langere termijn kan plaatsvinden tussen bedrijven die niet noodzakelijkerwijs concurreren op een bestaande statische markt waar innovatie een stuwende kracht is⁹¹:

“de retailomroep (is) [...] zo een markt waar innovatie een stuwende kracht is en die wordt gekenmerkt door voortdurende technologische vernieuwing, aangezien nieuwe technologieën worden ingevoerd om gelijkaardige diensten aan eindgebruikers aan te bieden.”⁹²

215. De kabeloperatoren worden inderdaad geconfronteerd met concurrentie van alternatieve en nieuwe platformen die alleen maar sterker kan worden tijdens de periode waarvoor de verplichtingen van toepassing zouden zijn. Dat dit het geval is, wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door de ontwikkelingen van de markt gedurende de afgelopen jaren. Vijf jaar na haar toetreding als nieuwe speler op de retail omroepmarkt heeft Belgacom een marktaandeel van bijna 20% verworven⁹³.
216. Hierboven werd verder reeds aangegeven dat België in vergelijking met de rest van Europa één van de landen is waar de eindgebruikers de meeste keuze hebben tussen verschillende televisieplatformen.
217. Telenet zal hierna aan de hand van een prospectieve marktanalyse aantonen dat het BIPT ten onrechte *satelliet en DVB-T* uit de relevante markt heeft uitgesloten en geen rekening heeft gehouden met het feit dat de operatoren op de omroepmarkt onder concurrentiële druk (“competitive constraint”) staan van OTT en mobiele televisie. Vooraf wordt ook de substitueerbaarheid tussen analoge en digitale kabeltelevisie en tussen digitale kabeltelevisie en IPTV onderzocht.

2.2. Substitueerbaarheid tussen aanbiedingen van analoge televisie en digitale televisie

2.2.1. Substitueerbaarheid aan de vraagzijde

218. **Standpunt BIPT.** Het BIPT is terecht van mening dat er substitueerbaarheid aan de vraagzijde bestaat tussen analoge en digitale kabeltelevisie⁹⁴.
219. **Geen grote overstapdrempels.** De overstap van analoge naar digitale televisie brengt voor de eindgebruiker geen grote administratieve of operationele obstakels met zich mee:
 - De eindgebruiker heeft de mogelijkheid om de noodzakelijke set-top box te huren in plaats van te kopen. Er worden op regelmatige tijdstippen promoties gehouden (bijvoorbeeld gratis installatie en/of activatie) die de overstapkosten verder drukken.
 - De oorspronkelijke overeenkomst tussen de eindgebruiker en de omroepoperator wordt vaak afgesloten voor een bepaalde duur. Na het verstrijken van deze initiële duur wordt het contract evenwel een contract

⁸⁷ Ontwerpbeslissing, randnummer 142.

⁸⁸ Ontwerpbeslissing, randnummers 117 en 125.

⁸⁹ Explanatory Note bij de Aanbeveling, p. 5.

⁹⁰ Kaderrichtlijn, randnummer 27.

⁹¹ Aanbeveling, randnummer 11.

⁹² Zaak NL/2005/0247: Retailmarkten voor de doorgifte en verzorging van vrij toegankelijke radio- en televisie (“RTV”) pakketten via de kabel in Nederland, 3 november 2005, p. 9.

⁹³ Zie *infra*, randnummer 458.

⁹⁴ Ontwerpbeslissing, randnummers 82, 83 en 88.

Niet Vertrouwelijke Versie

van onbepaalde duur dat op elk ogenblik zonder kosten kan worden opgezegd met een opzeggingstermijn van één maand.

- De maandelijkse abonnementsgelden zijn voor analoge en digitale televisie gelijkaardig. Digitale televisie is zelfs iets goedkoper dan analoge televisie als gevolg van het verschillend BTW-tarief⁹⁵. Ook het maandelijkse huurgeld van een set-top box is laag zodat op dit vlak geen sprake kan zijn van een overstapsdrempel⁹⁶.

220. **Tendens richting digitale televisie.** Er is een algemene markttendens richting digitale televisie. Dit is omdat digitale televisie een technologische verbetering is die analoge televisie op termijn integraal zal vervangen⁹⁷. De Explanatory Note bij de Aanbeveling bevestigt dat er in dergelijke omstandigheden geen sprake is van een afzonderlijke relevante markt:

“In the early phase of the market, it may be difficult to identify any switching between the two products. However, an NRA will have to anticipate or forecast end-users’ behaviour and apply a forward-looking approach. If the forecast determines that the upgraded or newly developed product will substitute the previous product, and the latter will disappear from the market then the upgraded or newly developed product cannot constitute a new market.”⁹⁸

221. **Geen merkbare verschillen inzake functiemogelijkheden.** Het BIPT marktonderzoek van 2010 geeft aan dat 43% van alle televisiekijkers nog steeds enkel over analoge televisie beschikken⁹⁹. Volgens dit marktonderzoek zijn de voornaamste redenen waarom klanten niet naar digitale televisie overstappen: *“betaalbaarheid, eenvoud, het feit dat de “must-have”-zenders deel uitmaken van het analoge aanbod en de mogelijkheid om een programma op te nemen terwijl men een ander programma bekijkt.”¹⁰⁰* Telenet merkt op dat de aangehaalde redenen bijna allemaal feitelijk onjuist zijn. Door een lager BTW-tarief is digitale televisie *de facto* goedkoper. De eindgebruikers kunnen zowel bij analoge als bij digitale televisie de “must-have” kanalen bekijken¹⁰¹. Zowel bij analoge als bij digitale televisie bestaat de mogelijkheid om een programma op te nemen terwijl men een ander programma bekijkt.

222. **Gelijkaardige prijszetting.** Op het vlak van de prijzen zijn er geen noemenswaardige verschillen tussen analoge en digitale kabeltelevisie. De prijs

⁹⁵ Een consument betaalt bij de overschakeling van analoge naar digitale televisie slechts 12% BTW in plaats van 21% voor het abonnement.

⁹⁶ De prijzen voor digitale televisie bij Telenet en VOO (€13,33 en €12,5, respectievelijk) liggen iets lager dan de prijzen voor analoge televisie bij Telenet en VOO (€14,4 en €14, respectievelijk). Zie *infra*, Tabel 1.4.1.

⁹⁷ Beslissing nr. 2008-C/C-57 van 31 oktober 2008 (Tecteo-BETV/ACM), randnummer 39; Beslissing nr. 2008-C/C-05 van 31 januari 2008 (Tecteo/Brutele-Câble wallon), randnummers 76-78; Beslissing OPTA van 5 maart 2009, randnummers 278-287 en Beslissing nr. 2010-C/C-48 van de Nederlandse Raad voor de Mededinging van 29 november 2010, randnummers 74 en 85. Zie ook de Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007, randnummer 7 (*“Een gestage verbetering van bestaande netwerkinfrastructuur leidt zelden tot het ontstaan van een nieuwe of opkomende markt”*); and COMP/JV.48, Vodafone/Vivendi/Canal+ (2000), randnummer 64.

⁹⁸ Aanbeveling, p. 18 – Vrije vertaling: *“In het vroeg stadium van de markt, kan het moeilijk zijn om enige substitutie tussen twee producten vast te stellen. Een NRI moet echter anticiperen op het gedrag van de eindgebruiker voorspellen en toekomstgerichte aanpak hanteren. Indien de voorspelling vaststelt dat het verbeterde of nieuw ontwikkelde product het eerdere product zal vervangen, en dat het laatste van de markt zal verdwijnen, dan kan het verbeterde of nieuwe product geen nieuwe markt vormen”*.

⁹⁹ BIPT marktonderzoek van 2010, vraag 8.

¹⁰⁰ Ontwerpbeslissing, randnummer 85.

¹⁰¹ In elke gemeenschap vertegenwoordigen de top acht kanalen 80% van de kijkcijfers: Eén, Ketnet/Canvas, VTM, 2BE, VT4, VijfTV en Vitaya in Vlaanderen en La Une, La Deux, RTL-TVI, Club RTL, TF1, France 2 en France 3 in het Franstalig gebied.

Niet Vertrouwelijke Versie

van het basisabonnement is identiek, met dien verstande dat de BTW op digitale televisie lager is. De tabel hieronder geeft een overzicht van de prijzen en kosten voor analoge en digitale kabeltelevisie¹⁰²:

	Basisabonnement	Activatiekost	Huur box	Aankoop box	Andere
Analoog					
Telenet	€14,4	€50	NVT ¹⁰³	NVT	NVT
Numéricable	€15,55	€45	NVT	NVT	NVT
VOO	€14	€50	NVT	NVT	NVT
Digitaal					
Telenet	€13,33	€50	€8 (HDrecorder)	€129 (HD box)	NVT
Numéricable	€15,50	€45	€5	€99	NVT
VOO	€12,50	€50	€6	NVT	NVT

2.2.2. Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde.

223. Aangezien er substitueerbaarheid is aan de vraagzijde, is het niet nodig om een analyse van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde uit te voeren.

2.2.3. Conclusie

224. De hierboven voorgestelde elementen tonen aan dat analoge en digitale televisie substitueerbaar zijn.

2.3. Substitueerbaarheid tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en IPTV

2.3.1. Substitueerbaarheid aan de vraagzijde

225. **Standpunt BIPT.** Het BIPT concludeert terecht dat er substitueerbaarheid is aan de vraagzijde tussen digitale kabeltelevisie en IPTV¹⁰⁴.

226. **Gelijkaardige prijszetting.** De prijzen voor digitale kabeltelevisie en IPTV zijn gelijkaardig. De tabel hieronder geeft een overzicht van de prijzen. Eindgebruikers van digitale televisie betalen een maandelijkse abonnementsprijs tussen €18,5/maand en €21,33/maand voor kabeltelevisie of IPTV¹⁰⁵. In Vlaanderen en Brussel is het prijsverschil minimaal (€18,5/maand voor Belgacom tegenover €20,5/maand voor Numéricable en €21,33/maand voor Telenet). In Wallonië is de prijs voor Belgacom TV en VOO digitale kabeltelevisie dezelfde (€18,5/maand). Niet alleen de prijzen voor de basispakketten maar ook de huurprijzen voor de decoders voor kabeltelevisie of IPTV zijn gelijkaardig (tussen €5 en €8 per maand)¹⁰⁶.

¹⁰² Bron: operatoren.

¹⁰³ Niet Van Toepassing.

¹⁰⁴ Ontwerpbeslissing, randnummers 98, 99 en 102.

¹⁰⁵ De huurprijs voor de decoder is inbegrepen in de weergegeven prijzen.

¹⁰⁶ Bron: operatoren.

	Basisabonnement	Activatiekost	Huur box	Aankoop box	Andere
Digitaal					
Belgacom	€12,5	€50	€6 (niet HD-decoder)	€75 (niet HD-recorder)	NVT
			€6(HD-decoder)	€250 (HD recorder)	
Telenet	€13,33	€50	€8 (HD-recorder)	€129 (HD box)	NVT
Numéricable	€15,50	€45	€5	€99	NVT
VOO	€12,50	€50	€6	NVT	NVT
Billi	€50,99, maar alleen in een bundel				

227. **Gelijkaardige functiemogelijkheden.** De verschillende platformen bieden vergelijkbare diensten aan zoals premiumpakketten, video on demand (“VoD”), goede beeldkwaliteit, high definition televisie (“HDTV”), interactiviteit en een vergelijkbaar bereik. De tabel hieronder geeft hiervan een overzicht¹⁰⁷:

	Kabel	IPTV
Standaard pakket (20-25 kanalen)	√	√
Premium pakket	√	√
VoD	√	√
Beeldkwaliteit	+++	+++
HD	√	√
Interactiviteit	+++	+++
Bereik	95%	90%

228. **Bundelmogelijkheden.** Kabel en IPTV-operatoren bieden “triple play” (internet, digitale televisie en vaste telefoonlijn) en/of “quadruple play” pakketten (internet, digitale televisie, vaste telefoonlijn en mobiele telefonie) aan. De tabel hieronder geeft een overzicht van de verschillende bundels die worden aangeboden op de Belgische markt door de kabel en IPTV-operatoren¹⁰⁸.

		Vaste telefonie	Internettoegang	Mobiele telefonie	Televisie
Triple Play	VOO	+	+		+
	Numéricable	+	+		+
	Billi	+	+		+
	Telenet	+	+		+
	Scarlet	+	+		+
Quadruple Play	Belgacom	+	+	+	+

229. **Gelijkaardige inhoud.** De verschillende kanalen die beschikbaar zijn als deel van de basispakketten bij kabeltelevisie en IPTV zijn gelijkaardig. Een overzicht van het aantal beschikbare kanalen wordt gegeven in de tabel hieronder. De kanalen

¹⁰⁷ Zie: “Tv-abonnementen,”

http://www.belgacom.be/private/nl/jsp/dynamic/product.jsp?dcrName=hbs_tv_sub_comfort

¹⁰⁸ Telenet en Scarlet bieden mobiele telefonie aan, maar niet als onderdeel van een bundel.

Niet Vertrouwelijke Versie

van de publieke omroepen (Eén, Ketnet/Canvas, La Une, La Deux) van elke gemeenschap zijn “must-carry” kanalen in België en behoren dus tot de pakketten van alle distributeurs. In elke gemeenschap vertegenwoordigen de top acht kanalen 80% van de kijkcijfers¹⁰⁹, waarvan de “must-carry” kanalen meetellen voor een aandeel van 40%.

	Basispakket – aantal kanalen	Premium Pakket	HD kanalen	Top kanalen
Digitaal				
Belgacom	70	Ja	15	√
Telenet	70	Ja	15	√
Numéricable	120	Ja, 130 kanalen	24	√
VOO	75	Ja	12	√
Billi	52	Ja (5 kanalen)	Neen	√

230. Belgacom, Telenet en VOO bieden ongeveer hetzelfde aantal kanalen in hun basispakket aan, met name ongeveer 70-75. Numéricable heeft een groter aantal kanalen (120). Zij stelt verscheidene “etnische” kanalen ter beschikking van de eindgebruikers om Brusselse immigranten aan te trekken.
231. **Geen grote overstapdrempels.** De meeste operatoren maken de overstap naar een ander platform eenvoudig voor *de gebruiker* (bv. Belgacom en Scarlet bieden een document op hun website met uitleg rond de opzeg van een kabelabonnement). Na de initiële duur kunnen de contracten zonder kosten worden opgezegd met een opzeggingstermijn van één maand. De set-top box die vereist is om het nieuwe platform te kunnen gebruiken, hoeft niet te worden aangekocht maar kan worden gehuurd. De oude decoder kan gewoon worden ingeleverd. Regelmatige promoties (gratis activatie en/of installatie) dragen verder bij tot een verlaging van de overstapdrempels.
232. Het beste bewijs dat er geen grote overstapdrempels zijn, is dat er reeds een groot aantal gebruikers is overgeschakeld van kabeltelevisie naar IPTV (Belgacom TV of Scarlet).
233. De Raad voor de Mededinging bevestigde in het licht van deze vaststelling dat kabel en IPTV behoren tot dezelfde relevante markt. De Auditeur stelde hierover het volgende:

“à nouveau que les coûts de migration d’un réseau à un autre sont relatifs dès lors qu’ils sont le plus souvent compensés à l’occasion d’offres spécifiques pour les nouveaux abonnés mais que surtout les câblos-opérateurs ont reconnu connaître une diminution du nombre de leurs clients suite à la progression spectaculaire et continue des abonnés auprès de Belgacom TV, rendant obsolète de raisonnement tenu par le Conseil il a quelques mois encore.”¹¹⁰

234. De Raad voor de Mededinging volgde dit standpunt:

¹⁰⁹ Eén, Ketnet/Canvas, VTM, 2BE, VT4, VijfTV en Vitaya in Vlaanderen en La Une, La Deux, RTL-TV1, Club RTL, TF1, France 2 en France 3 in het Franstalig gebied.

¹¹⁰ Belgische Mededingingsautoriteit, zaak CONC-C/C-08/0023, Tecteo-BETV/ACM, beslissing nr. 2008/C/C-57 van 31 oktober 2008, randnummer 116. Vrije vertaling: “opnieuw dat de overstapkosten van het ene platform naar het andere beperkt zijn, aangezien zij meestal gecompenseerd worden naar aanleiding van speciale aanbiedingen voor nieuwe abonnees maar bovenal dat de kabeloperatoren te kennen hebben gegeven dat hun aantal klanten is verminderd als gevolg van de spectaculaire en continue ontwikkeling van het klantenbestand van Belgacom TV, waardoor de redenering van de Raad van slechts enkele maanden geleden achterhaald is”.

“les chiffres les plus récents évoqués ci-dessus (numéro 116) suggèrent que le marché a évolué par rapport à la situation analysée sur la base des chiffres disponibles dans le cadre de sa décision du 31 janvier 2008.”¹¹¹

235. **Conclusie.** De hierboven gestelde elementen tonen aan dat er substitueerbaarheid is aan de vraagzijde.

2.3.2. Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde

236. Aangezien er substitueerbaarheid is aan de vraagzijde, is het niet nodig om een analyse van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde uit te voeren.

2.3.3. Conclusie

237. Kabeltelevisie en IPTV zijn substitueerbaar.

2.4. Substitueerbaarheid tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en betalende satelliettelevisie

2.4.1. Substitueerbaarheid aan de vraagzijde

238. **Standpunt BIPT.** Het BIPT meent ten onrechte dat er geen substitueerbaarheid is aan de vraagzijde tussen digitale kabeltelevisie en betalende satelliettelevisie¹¹². Het verwijst hiervoor naar enkele zgn. functionele nadelen van satelliettelevisie zoals (i) wettelijke en contractuele beperkingen op het plaatsen van schotelantennes, (ii) beperkingen door de organisatie van televisiezenders op de omroepsatellieten, (iii) het gebrek aan een retourpad en dus aan interactiviteit en (iv) de beperkte mogelijkheden tot multiple play. Het BIPT verwijst ook naar (i) het beperkte succes van satelliet, (ii) het feit dat grote initiële kosten zouden gelden voor de benodigde eindapparatuur en (iii) de twijfels van bepaalde analisten betreffende de kans op slagen van MobistarTV.
239. Hierna zal worden aangetoond dat de verschillende elementen waarnaar het BIPT verwijst feitelijk onjuist zijn en/of niet van aard zijn om te besluiten tot een onvoldoende substitueerbaarheid tussen kabel- en satelliettelevisie.
240. **Gelijkaardig zenderaanbod.** Satelliettelevisie biedt een iets ruimer zenderaanbod aan dan kabeltelevisie en biedt ook de “must-carry” kanalen aan. De tabel hieronder geeft een overzicht van het aantal beschikbare kanalen.
241. Telenet merkt op dat het aantal televisiekanalen dat op een bepaald platform wordt aangeboden in wezen niet relevant is. Het BIPT marktonderzoek van 2010 bevestigt dit¹¹³. De top acht kanalen vertegenwoordigen 80% van de kijkcijfers. Of een distributeur nu 100 kanalen aanbiedt of niet zal niet veel veranderen, zolang

¹¹¹ Belgische Mededingingsautoriteit, zaak CONC-C/C-08/0023, Tecteo-BETV/ACM, beslissing nr. 2008/C/C-57 van 31 oktober 2008, randnummer 117. Vrije vertaling: “de meest recente cijfers, hierboven aangehaald (nummer 116), tonen aan dat de markt is geëvolueerd ten aanzien van de geanalyseerde situatie op basis van de cijfers die beschikbaar waren in het kader van de beslissing van 31 januari 2008”.

¹¹² Ontwerpbeslissing, randnummers 108, 109, 110, 111 en 112.

¹¹³ BIPT marktonderzoek van 2010, vraag 6. Slechts 4% van de ondervraagden gaven aan het zenderaanbod in aanmerking genomen te hebben bij hun keuze van provider.

de top acht kanalen maar worden aangeboden¹¹⁴.

	Basispakket – aantal kanalen	Premium Pakket	HD kanalen	Top kanalen
Digitaal				
TV Vlaanderen	21(light), 41(basis), 53(basis+)	Ja + 400 FTA kanalen	20	√
TéléSat	27(basis light), 55(basis)	Ja + 800 FTA kanalen	10	√
Telenet	70	Ja	15	√
Numéricable	120	Ja, 130 kanalen	24	√
VOO	75	Ja	12	√
Mobistar- Euphony	28	Ja + 250 FTA kanalen	14	√

242. **Gelijkaardige functiemogelijkheden.** De tabel hieronder geeft een overzicht van de functiemogelijkheden die beide platformen bieden. Kabeltelevisie biedt premiumpakketten, VoD, uitstekende beeldkwaliteit, HDTV, interactiviteit en bereikt 95% van de huishoudens in België. Satellietelevisie biedt premiumpakketten, uitstekende beeldkwaliteit, HDTV en bereikt 100% van de huishoudens. In combinatie met DSL en een hybride set-top box biedt satelliet tevens de mogelijkheid om VoD en interactiviteit te hebben.

	Kabel	Satelliet
Standaard pakket (20-25 kanalen)	√	√
Premium pakket	√	√
VoD	√	In combinatie met DSL
Beeldkwaliteit	+++	+++
HD	√	√
Interactiviteit	+++	In combinatie met DSL
Bereik	95%	100%

243. **Interactiviteit.** De Ontwerpbeslissing stelt dat er bij satelliettelevisie slechts beperkte interactiviteit mogelijk is door een gebrek aan retourkanaal¹¹⁵. Het gebrek aan interactiviteit kan evenwel geen grond zijn om satelliettelevisie uit de relevante markt uit te sluiten:

- Interactiviteit speelt slechts een bescheiden rol bij de keuze van een operator door de consument. Uit het BIPT marktonderzoek blijkt bijvoorbeeld dat 70% van de consumenten zelden of nooit gebruik maakt van de interactieve diensten¹¹⁶. VoD diensten vertegenwoordigden in 2010 [Zakengeheim] van de lineaire televisieomzet van Telenet. Zowel in aantal transacties als in termen van inkomsten is ook het succes van interactieve toepassingen beperkt. In 2010 bedroegen de totale inkomsten uit

¹¹⁴ Dit wordt bevestigd in de zaak NL/2005/0247: Retailmarkten voor de doorgifte en verzorging van vrij toegankelijke RTV-pakketten via de kabel in Nederland, 3 november 2005, p. 13.

¹¹⁵ Ontwerpbeslissing, randnummer 108.4.

¹¹⁶ BIPT marktonderzoek van 2010, vraag 18.

- interactieve applicaties voor Telenet ongeveer [Zakengeheim] van de lineaire televisieomzet.
- Dat de mogelijkheid tot interactiviteit geen onderscheidend criterium kan zijn voor de opname of uitsluiting van een platform uit de relevante markt blijkt uit het feit dat analoge televisie, dat evenmin interactiviteit aanbiedt, in de Ontwerpbeslissing terecht als onderdeel van de relevante markt wordt gerekend.
244. Overigens kan een satellietoperator wel degelijk interactiviteit aanbieden door middel van hybride set-top boxen. Bij hybride set-top boxen wordt het beeld ontvangen via satelliet maar komt de interactiviteit tot stand via DSL. Mobistar biedt bijvoorbeeld satelliettelevisie aan in combinatie met DSL. Dit hybride systeem biedt in feite “the best of two worlds.” Terwijl de kracht van satelliet ligt in het lineair aanbieden van honderden televisiekkanalen in digitale en HDTV-kwaliteit, biedt DSL de perfecte oplossing voor interactiviteit en on-demand diensten.
245. In het buitenland bestaan er verschillende voorbeelden van succesvolle satellietaanbiedingen op basis van hybride technologie:
- France Télécom biedt Orange TV aan via DSL en satelliet: *“Digital TV services over both ADSL and satellite continue to perform for France Telecom and its Orange-branded TV services. [...] In France itself the number of digital TV customers rose 34% year on year to 2.894 million at March 31, 2010. The Orange sports and Orange cinema series channels had a total of 713,000 subscribers at 31 March 2010, compared with 363,000 a year earlier.”*¹¹⁷
 - DIRECTV U.S. had op 30 september 2010 18,93 miljoen abonnees, met een maandelijkse omzet per abonnee van \$88,98: *“DIRECTV U.S., [...], is the largest provider of DTH digital television services and the second largest provider in the multi-channel video programming distribution, or MVPD, industry in the United States. As of September 30, 2010, DIRECTV U.S. had 18.93 million subscribers with average monthly revenue per subscriber, or ARPU, of \$88.98. We believe we have the most comprehensive HD programming in the country with over 130 national channels.”*¹¹⁸
 - Sky heeft sinds 30 september 2010 in de UK en Ierland 9.956.000 gebruikers: *“Sky operates the most comprehensive multi-channel television service in the UK and Ireland. 10 million households enjoy an unprecedented choice of movies, news, entertainment and sports channels and interactive services on Sky digital.”*¹¹⁹

¹¹⁷ Zie: “Orange TV still key for France Telecom,” <http://www.broadbandtvnews.com/2010/04/29/orange-tv-still-driver-for-france-telecom/>. Vrije vertaling: “Digitale TV diensten via zowel ADSL als satelliet blijven werken voor France Telecom en haar TV diensten van het merk Orange. [...] In Frankrijk zelf is het aantal digitale TV klanten jaar na jaar gestegen met 34% tot 2.894 miljoen op 31 maart 2010. De Orange sport en Orange cinema kanalen hadden een totaal van 713.000 abonnees op 31 maart 2010, vergeleken met 363.000 een jaar eerder.”

¹¹⁸ Zie: “Corporate Profile,” <http://investor.directv.com/overview.cfm>. Vrije vertaling: “DIRECTV U.S., [...] is de grootste aanbieder van DTH digitale televisiediensten en de tweede grootste aanbieder van de multi-kanaal video programma distributie, of MVPD, industrie in de Verenigde Staten. Sinds 30 september 2010 heeft DIRECTV U.S. 18,93 miljoen abonnees met een gemiddelde maandelijkse inkomst per abonnee, of ARPU, van \$88,98. Wij geloven dat we de meest omvattende HD programmering in het land hebben met meer dan 130 nationale kanalen”.

¹¹⁹ Zie: “Our products & Services,” http://corporate.sky.com/about_sky/what_we_do/our_products_and_services.htm en “Key facts & figures,” http://corporate.sky.com/about_sky/key_facts_and_figures.htm. Vrije vertaling: “Sky biedt de meest omvattende multi-kanaal televisiedienst in het VK en Ierland aan. 10 miljoen huishoudens genieten van een vooraf niet gekende keuze aan films, nieuws, entertainment en sportzenders en interactieve diensten op Sky digital”.

246. **Bundelmogelijkheden.** Het BIPT meent dat satellietoperatoren slechts een beperkte mogelijkheid hebben tot het aanbieden van multiple play-diensten.
247. Volgens het BIPT marktonderzoek neemt slechts 24% van de Belgische consumenten vaste telefonie, internet en televisie af van dezelfde operator. Van die 24% koopt slechts 64% deze producten aan in het kader van een bundel. Terwijl het belang van multiple play-aanbiedingen niet kan worden miskend, moet dus worden vastgesteld dat een meerderheid van de consumenten in België hun televisiedienst nog steeds buiten een bundel aankopen.
248. Bovendien kunnen ook aanbieders van satelliettelevisie dankzij de gereguleerde wholesaleproducten van Belgacom op het vlak van ontbundelde toegang en bitstream access, multiple play-pakketten aanbieden. Mobistar biedt bijvoorbeeld een “Star Pack” bundel aan, bestaande uit vaste telefonie, internettoegang en televisie¹²⁰. Ook in het buitenland zijn voorbeelden bekend van succesvolle multiple play-strategieën van aanbieders van satelliettelevisie¹²¹.
249. **Stedenbouwkundige en contractuele beperkingen op het plaatsen van schotelantennes.** De Ontwerpbeslissing verwijst naar het bestaan van stedenbouwkundige en contractuele beperkingen op het plaatsen van schotelantennes¹²².
250. De Lidstaten van de Europese Unie kunnen het plaatsen van schotelantennes echter niet zomaar beperken. De Europese Commissie stelde dat het vrij verkeer van goederen en diensten, geïnterpreteerd in het licht van artikel 10 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens, inhoudt dat iedereen die dit wenst de mogelijkheid moet hebben om een schotelantenne te gebruiken¹²³.
251. De bestaande stedenbouwkundige regels betreffende het plaatsen van schotelantennes kunnen alvast geen wezenlijke belemmering vormen.
- In Vlaanderen zijn schotelantennes vrijgesteld van vergunning wanneer zij (i) aan de achterkant van een gebouw zijn geplaatst en een maximale diameter van 80cm hebben of (ii) op een plat dak of in de achtertuin zijn geplaatst en een maximale diameter van 120cm hebben¹²⁴.
 - In Brussel zijn schotelantennes tot 40dm² vrijgesteld van vergunning¹²⁵.
 - In Wallonië zijn schotelantennes tot 1,00m² vrijgesteld van vergunning¹²⁶.
252. De overige toepasselijke stedenbouwkundige voorschriften zijn niet zwaar (bv. schotelantennes moeten een kleur hebben die vergelijkbaar is aan die van het steunpunt).

¹²⁰ Zie: “Star Pack,” <http://offer.mobistar.be/nl/aanbod/tv/order> en Bijlage 22.

¹²¹ 24% van de klanten van Sky in het Verenigd Koninkrijk hadden eind 2010 ingetekend op een bundel (Bijlage 36).

¹²² Ontwerpbeslissing, randnummer 108.1.

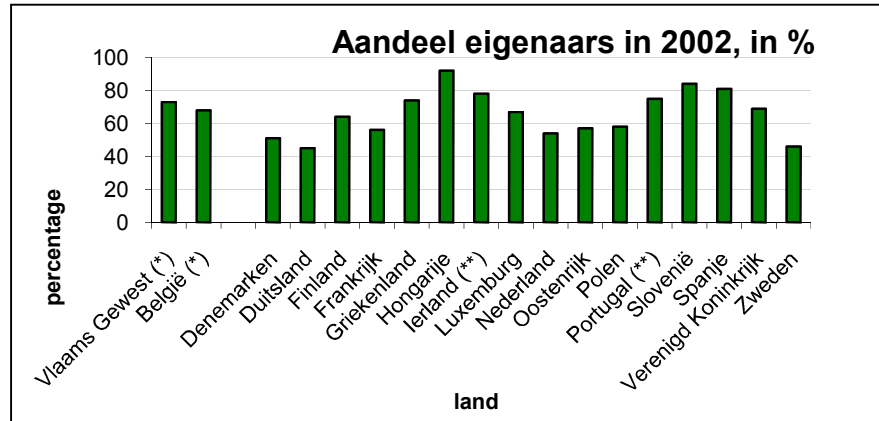
¹²³ Mededeling van de Commissie over de toepassing van de algemene beginselen van het vrije verkeer van goederen en diensten op het gebied van het gebruik van schotelantennes, p. 8.

¹²⁴ Besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2010 tot bepaling van handelingen waarvoor geen stedenbouwkundige vergunning nodig is, B.S. 10 september 2010, p. 57529, artikel 12.2.

¹²⁵ Besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 november 2008 tot bepaling van de handelingen en werken die vrijgesteld zijn van een stedenbouwkundige vergunning, van het advies van gemachtigde ambtenaar, van de gemeente of van de koninklijke commissie voor monumenten en landschappen of van de medewerking van een architect, B.S. 2 december 2008, p. 63257, artikel 21, 5°.

¹²⁶ Besluit van de Waalse Regering van 27 oktober 2005 tot bepaling van de lijst van handelingen en werken waarvoor de stedenbouwkundige vergunning, het voorafgaande advies van de gemachtigde ambtenaar of de medewerking van een architect niet vereist zijn of die een voorafgaande stedenbouwkundige verklaring vereisen en tot wijziging van artikel 307 van het Waals Wetboek van Ruimtelijke Ordening, Stedenbouw en Patrimonium, B.S. 23 november 2005, p. 50392, artikel 262, 5°.

253. Eventuele beperkingen op het plaatsen van schotelantennes in huurcontracten van flatgebouwen zijn geen Belgisch unicum en bestaan ook in andere Lidstaten van de Europese Unie waar satelliet een belangrijke rol speelt. Bovendien blijkt uit de grafiek hieronder dat een groot percentage huishoudens in België eigenaar is van het pand dat het bewoont en dus vermoedelijk geen dergelijke beperkingen kent:



254. De Ontwerpbeslissing geeft overigens geen enkele inschatting van het aantal huishoudens dat getroffen is door wettelijke of contractuele beperkingen. Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het vermoedelijk slechts om een minderheid gaat.
255. De installatie van een schotelantenne vereist overigens geen specifiek gereedschap of technische kennis en is zeker niet complexer dan de installatie van de uitrusting voor de ontvangst van digitale televisie.
256. Het massale succes van satelliettelevisie bij o.a. de allochtone bevolking in de grote steden, in het Duitse taalgebied van België en in de overige landen van de EU¹²⁷, toont eveneens aan dat er geen grote wettelijke, contractuele of technische obstakels zijn voor het installeren van schotelantennes.
257. **Organisatie van de zenders op de omroepsatellieten.** De opwerping van het BIPT dat een schotelantenne slechts het signaal van twee satellieten kan ontvangen en dat gebruikers daarom moeten kiezen tussen een meer Nederlandstalig of een meer Franstalig zenderpakket, is niet ernstig¹²⁸. Vooreerst stelt dit probleem – voor zover het al bestaat – zich slechts voor een beperkt aantal tweetalige gezinnen in de regio Brussel. De Ontwerpbeslissing geeft overigens niet aan over hoeveel gezinnen het gaat. Bovendien is het niet zo dat satellietshotels per definitie slechts zijn uitgerust met 2 koppen. Er zijn op de markt ook meerkoppige schotels, waarmee het aangekaarte probleem zich niet stelt, beschikbaar tegen een marginale meerprijs.
258. **Opname van satelliettelevisie.** De Ontwerpbeslissing stelt dat de beperkte opname van satelliettelevisie erop wijst dat het eerder een nichepositie bekleedt op de markt.
259. Er volgt evenwel geen enkele prospectieve analyse betreffende het potentieel van satelliettelevisie. Het BIPT beperkt zich ertoe te verwijzen naar de twijfels van

¹²⁷ Er dient overigens te worden vastgesteld dat satelliettelevisie in verschillende Europese landen een belangrijke ontwikkeling kent, ook in landen waar het kabelnetwerk sterk ontwikkeld is. Zo steeg de penetratie van satelliet-TV in Polen tussen 2004 en 2009 van 20 naar 51% (terwijl deze van kabel stagneerde tussen 32 en 33%) als gevolg van een aantrekkelijk aanbod tegen een lage prijs door Polsat.

¹²⁸ Ontwerpbeslissing, randnummer 108.3.

bepaalde experts bij de mogelijkheid van Mobistar om op basis van satelliettelevisie effectief te kunnen concurreren met kabeltelevisie en IPTV¹²⁹. Aangezien Mobistar slechts sinds oktober 2010 actief is op de omroepmarkt is het op z'n minst voorbarig om nu reeds te besluiten dat zij niet succesvol kan zijn. Dat Mobistar investeert in een aanbod van satelliettelevisie is alvast het beste bewijs dat zij zelf wél gelooft in het potentieel ervan. Zij is overigens niet de enige aangezien ook in het buitenland talrijke grote spelers hebben geïnvesteerd in een oplossing via satelliettechnologie (Orange France, Orange Poland, Telecom Austria, Portugal Telecom, enz.).

260. Er zijn eveneens experts die geloven in het initiatief van Mobistar:

- Bill Wijdeveld, Managing Director ASTRA Benelux:

*"De bundeling van DSL en satelliet is een ideale combinatie van twee volledig complementaire infrastructuren. Terwijl de typische kracht van satelliet ligt in het lineair aanbieden van honderden televisiekanalen in digitale en HDTV-kwaliteit, biedt DSL de perfecte oplossing voor interactiviteit en on-demand diensten. De lancering van Mobistar TV is het bewijs van een snel groeiende trend naar hybride satelliet/DSL oplossingen, die zich naar verwachting ook in andere ASTRA-markten zal gaan manifesteren."*¹³⁰

- Jean-Philippe Ducart, Test-Aankoop:

*"L'arrivée de Mobistar introduit enfin une vraie concurrence car les tarifs sont, à première vue, attractifs."*¹³¹

261. De eerste resultaten wijzen er overigens op dat Mobistar effectief succes boekt. Hierboven werd reeds verwezen naar de eerste cijfers die werden bekendgemaakt naar aanleiding van de publicatie van de jaarresultaten van Mobistar. Blijkbaar kan Mobistar de vraag naar haar Starpack aanbod momenteel niet volgen:

*"Selon nos informations, l'offre en télévision interactive de Mobistar rencontrerait un succès inattendu qui surprendrait la direction de l'opérateur mobile elle-même. Signe de cet engouement, des revendeurs ont même été confrontés à une pénurie de décodeurs en raison de l'ampleur de la demande."*¹³²

262. **Voldoende concurrentiële druk.** De Ontwerpbeslissing verwijst naar het BIPT marktonderzoek waaruit zou blijken dat "slechts 13%" van de gebruikers zouden overstappen naar satelliettelevisie indien dit significant goedkoper zou zijn. Het BIPT besluit hieruit dat "consumenten waarschijnlijk niet geneigd zijn om te migreren naar satellietaanbiedingen."¹³³

263. Vooreerst kunnen ernstige vraagtekens worden geplaatst bij de mogelijkheid om op basis van het BIPT marktonderzoek tot relevante conclusies te komen:

¹²⁹ Ontwerpbeslissing, randnummer 112.

¹³⁰ "Telecombedrijf Mobistar breidt aanbod uit met televisie via de ASTRA-satelliet", *The Satellite Magazine*, <http://www.satellitemagazine.com/?action=pagina&id=49&id2=2644>

¹³¹ "La télé, relais de croissance," *L'Echo*, 22 september 2010, p. 3 (Bijlage 24). Vrije vertaling: "De komst van Mobistar introduceert eindelijk een echte concurrentie want de tarieven zijn, op het eerste gezicht, aantrekkelijk".

¹³² "Succès surprise pur Mobistar," *La Libre Belgique*, 21 januari 2011, p. 24 (Bijlage 5). Vrije vertaling: "Volgens onze informatie zou het interactieve televisieaanbod van Mobistar een onverwacht succes kennen dat de directe van de mobiele operator zelf zou verrassen. Een teken van dit succes is dat de detailhandelaars zelfs geconfronteerd werden met een tekort aan decoders omwille van de grote vraag".

¹³³ Ontwerpbeslissing, randnummer 110.

Niet Vertrouwelijke Versie

- Het BIPT marktonderzoek werd uitgevoerd voordat Mobistar haar aanbod van satelliettelevisie in de markt heeft gezet. Daarmee is dit onderzoek voor wat betreft de bereidheid om over te stappen naar satelliettelevisie feitelijk achterhaald.
- De vraagstelling van het BIPT marktonderzoek geeft aanleiding tot vertekende resultaten en laat bijgevolg niet toe om relevante conclusies te trekken. De vraag die had moeten worden gesteld, is of de bevroagden zouden overstappen naar satelliet ingeval van een kleine maar significante verhoging van de prijs van hun kabel of IPTV-abonnement in een situatie waarin satelliet een inhoudelijk vergelijkbaar aanbod heeft (alle must have-zenders):

*“The VRM predominantly relies on a consumer survey commissioned by the BIPT, where only 13% of customers in Belgium (9% of customers in the Telenet area) said that they would switch to satellite TV in case of a “significantly lower” subscription price. We believe that this sort of evidence is not sufficient to exclude satellite from the relevant product market. On the one hand, customers should have been asked whether they would switch to satellite in case of a small but significant, permanent **increase in the price of cable or IPTV** (say 10%), assuming they could get the **same bouquet of programmes** than they receive on their current platform. The assumption that customers could get the same bouquet is particularly important, since the VRM must eliminate all content considerations, when assessing the substitutability of TV signals provided over alternative platforms”¹³⁴.*

264. Zelfs indien het BIPT marktonderzoek als uitgangspunt zou worden genomen, dan nog is hierin geen aanleiding te vinden om satelliettelevisie buiten de relevante markt te houden. De vraag bij de afbakening van de relevante markt is of er bij een kleine maar significante en duurzame prijsverhoging van een hypothetische monopolist op de markt voldoende klanten zullen overstappen naar satelliettelevisie om een dergelijke prijsverhoging verlieslatend te maken. Indien dit zo is, dan behoort satelliettelevisie tot de relevante markt. Deze vraag kan niet negatief worden beantwoord op grond van de loutere vaststelling dat “slechts” een deel van de bevroagden zou overstappen¹³⁵. De bemerkingen van WIK Consult zijn op dit vlak opnieuw bijzonder verhelderend:

“It is not required that all, or an overwhelming share of, customers regard satellite as a demand substitute for the transmission of TV signals over cable and IPTV networks. A hypothetical monopolist test in the form of a critical loss test would likely establish that TV over satellite imposes a short-run pricing constraint on the other two platforms. The critical loss is the percentage loss of subscribers that would make a price increase of 10% for a hypothetical monopoly provider of cable TV and IPTV

¹³⁴ Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, p.10. Vrije vertaling: “De VRM steunt hoofdzakelijk op een marktonderzoek in opdracht van het BIPT, waar slechts 13% van de klanten in België (9% van de klanten in het gebied van Telenet) antwoordden dat ze zouden overschakelen naar satelliet TV in het geval van een “significant lagere” abonnementsprijs. Wij zijn van mening dat dit soort van bewijs niet voldoende is om satelliet van de relevante productmarkt uit te sluiten. Enerzijds diende aan de klanten te worden gevraagd of ze naar satelliet zouden overschakelen in het geval van een kleine, maar significante, duurzame **verhoging van de prijs voor kabel of IPTV** (laten we zeggen 10%), in de veronderstelling dat ze **hetzelfde boeket van programma's** zouden krijgen als ze nu krijgen bij hun huidig platform. De veronderstelling dat klanten hetzelfde boeket zouden krijgen is bijzonder belangrijk, aangezien de VRM alle ‘content’ overwegingen achterwege moet laten bij de boordeling van de substitueerbaarheid van TV signalen aangeboden via alternatieve platformen” (Bijlage 2).

¹³⁵ Verslag RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, p.8 (Bijlage 1).

Niet Vertrouwelijke Versie

unprofitable.¹³⁶ Under a few simplifying assumptions, the critical loss for a given price increase can be shown to depend only on the price-cost margin prior to the price increase. For cable TV and IPTV, for which price-cost margins are typically high, a small percentage loss of sales is already sufficient to make a 10% price increase unprofitable. If price-cost margins for cable TV and IPTV were in the neighbourhood of 80%, the critical loss would be 11%. In other words, if 11% or more of a hypothetical monopolist's subscribers switched to satellite TV in case of a 10% price increase, satellite TV would impose a short-run pricing constraint on cable TV and IPTV, and satellite TV would have to be included in the relevant product market.”¹³⁷

265. **Geen grote omschakelingsobstakels.** Het BIPT stelt dat er voor satelliettelevisie een grote initiële investering is vereist om alle benodigde randapparatuur (decoder + antenne) aan te kopen¹³⁸.

266. De Europese Commissie spreekt deze bewering tegen:

*“de belangstelling van het grote publiek voor deze toestellen die geschikt zijn voor een directe en eenvoudige ontvangst van velerlei hoogwaardige diensten tegen een **redelijke prijs** neemt tegenwoordig dan ook toe. Schotelantennes worden steeds populairder en worden niet alleen beroepsmatig, maar ook thuis gebruikt”¹³⁹.*

267. Het uitgangspunt van het BIPT is ook feitelijk onjuist. De noodzakelijke decoder kan worden gehuurd aan een lage maandelijkse huurprijs (zie de tabel in randnummer 268 hieronder). Bovendien bieden sommige satellietaanbieders de gratis installatie en een gratis schotelantenne aan bij de overstap (bv. Mobistar). Indien de aanbieder de schotelantenne niet betaalt, dan nog is de aankoopprijs van een schotelantenne niet buitengewoon duur. De prijs is te vergelijken met de aankoop van een decoder voor het gebruik van kabeltelevisie of IPTV (bv. LIDL biedt een schotel en ontvanger aan voor €99,99)¹⁴⁰. Uit de tabel op pagina 47 van de Ontwerpbeslissing blijkt overigens dat wanneer de eindgebruiker kiest voor huur, de jaarlijkse kostprijs van satelliet – eindapparatuur inbegrepen – lager is dan die van de kabel.

¹³⁶Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, Annex 8.2 (Bijlage 2).

¹³⁷ Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, p.10. Vrije vertaling: “**Het is niet vereist dat alle, of een overweldigend gedeelte van, klanten satelliet zien als een substituut voor de transmissie van TV signalen via kabel of IPTV netwerken. Een ‘hypothetische monopolist’-test in de vorm van een ‘kritiek verlies’-test zou waarschijnlijk aantonen dat TV via satelliet op korte termijn prijsdruk uitoefent op de andere twee platformen. Het kritiek verlies is het percentage van verlies aan abonnees dat een prijsverhoging van 10% voor een hypothetisch monopolistische aanbieder van kabel-tv of IPTV onrendabel zou maken. Onder een paar vereenvoudigende veronderstellingen, kan aangetoond worden dat het kritiek verlies voor een bepaalde prijsverhoging slechts afhangt van de prijs-kosten marge voorafgaand aan de prijsverhoging. Voor kabel TV en IPTV, voor dewelke de prijs-kosten marge typisch hoog is, is een klein percentage verlies van verkoop al voldoende om een 10% prijsverhoging onrendabel te maken. Indien prijs-kosten marges voor kabel TV en IPTV in de buurt van 80% zouden liggen, zou het kritiek verlies 11% zijn. Met andere woorden, in het geval dat 11% of meer van de abonnees van de hypothetische monopolist overgeschakeld zijn naar satelliet TV in het geval van een prijsverhoging van 10%, zou satelliet TV op korte termijn prijsdruk uitoefenen op kabel TV en IPTV, en zou satelliet TV tot de relevante productmarkt moeten gerekend worden**” (Bijlage 2).

¹³⁸ Ontwerpbeslissing, randnummer 111.

¹³⁹ Mededeling van de Commissie over de toepassing van de algemene beginselen van het vrije verkeer van goederen en diensten - Artikel 28 en 49 van het verdrag – op het gebied van het gebruik van schotelantennes, 27 juni 2001, COM (2001) 351 final, p. 3.

¹⁴⁰Zie voor promotie: “Digitaal SAT-systeem,” http://www.lidl.be/cps/rde/xchg/SID-F03CF18A-0EE4B812/lidl_be/hs.xsl/index_27745.htm en Bijlage 23.

Niet Vertrouwelijke Versie

268. **Gelijkaardige prijszetting.** Het maandelijkse abonnementsgeld voor betalende satellietgebruikers ligt iets lager dan de abonnementsgelden voor kabeltelevisie, maar blijft binnen dezelfde prijsaard (vanaf €13,85 per maand voor Télésat en vanaf €14,45 per maand voor TV Vlaanderen).¹⁴¹ De tabel hieronder geeft een overzicht van de prijszetting:

	Basisabonnement	Activatiekost	Huur box	Aankoop box	Andere
Digitaal					
TV Vlaanderen	€10,5 (light)	€29,95	€3,95 (HD)	€199 (niet-HD, incl. schotel)	€24,95 voor schotel
	€14,5 (basis)				
	€19,5 (basis+)		€7,95 (incl. schotel + HD recorder)	€319 (HD set, incl. schotel)	
ALLO telecom – KPN Belgium Resale TV Vlaanderen	€10,5 (light)	€25,95	€3,95 (HD)	NVT	NVT
	€14,9 (basis)				
	€19,9 (basis+)		€7,95 (incl. schotel + HD recorder)		
Télésat ALLO telecom – KPN Belgium (resale)	€9,9 (basis light)	€29,25	€3,95 (incl. schotel)	€299 (incl. schotel)	NVT
	€13,9 (basis)		€7,95 (incl. schotel + HD recorder)	€472 (incl. schotel + HD recorder)	
Telenet	€13,33	€50	€8 (HD recorder)	€129 (HD box)	NVT
Numéricable	€15,50	€45	€5	€99	NVT
VOO	€12,50	€50	€6		NVT
Mobistar-Euphony	€55, maar alleen in een bundel				

269. Kleine prijsverschillen tussen verschillende platformen volstaan overigens niet om te besluiten dat ze niet tot dezelfde productmarkt behoren. De Europese Commissie heeft bevestigd dat *“het [...] niet noodzakelijk [is] dat een product, om te worden beschouwd als een substituuat aan de vraagzijde, ook tegen dezelfde prijs wordt aangeboden. Een goedkoop product of goedkope dienst van lage kwaliteit kan best een doeltreffend substituuat vormen voor een product van hogere kwaliteit dat voor een hogere prijs wordt aangeboden. Wat in dit geval telt is de waarschijnlijke reactie van de consumenten op een relatieve verhoging van de prijs.”*¹⁴²
270. **Standpunt Raad voor de Mededinging.** De Raad besloot eind november 2010 dat *“de kleinhandelsmarkt voor de levering van televisiesignalen en de toegang tot een omroeptransmissieplatform [...] zowel analoge aanbiedingen via kabel, als digitale aanbiedingen via kabel, DSL en satelliet [omvat].”*¹⁴³ De Raad kwam tot dit besluit omdat *“[d]e door de auditeur aangehaalde verschillen die er tussen deze omroeptransmissieplatformen bestaan qua prijszetting, zenderpakket en*

¹⁴¹ De huurprijs voor de decoder is inbegrepen in de weergegeven prijzen.

¹⁴² Richtsnoeren, randnummer 46.

¹⁴³ Raad voor de Mededinging, beslissing nr. 2010-C/C-48 van 29 november 2010, randnummer 85.

Niet Vertrouwelijke Versie

functionele kenmerken [...] niet van die aard zijn dat zij tot het besluit nopen dat deze platformen tot verschillende markten behoren."¹⁴⁴

271. De onderlinge substitueerbaarheid tussen kabel en satelliet werd eveneens bevestigd in een beslissing van de Voorzitter van de Raad van de Mededinging, die voor wat betreft het Duitstalig gebied van België vaststelde dat het stopzetten van de distributie van de zender "SAT1" door de kabeloperator Interest had geleid tot een massale overstap naar satelliet¹⁴⁵. Het Hof van Beroep heeft deze vaststelling van de Raad bevestigd:

*"des lors qu'il apparaît des éléments de la cause que le phénomène de désabonnement en Communauté germanophone va de pair avec le développement dans cette région du recours à l'utilisation d'antennes paraboliques, et, qu'il existe une forte demande dans cette Communauté d'accès à la chaîne populaire SAT1, le président du Conseil de la concurrence a, à bon escient, constaté qu'il existait un risque évident de voir se développer ce phénomène et que la situation requérait, par conséquent, une intervention rapide"*¹⁴⁶.

272. Ook in Nederland rekende OPTA satelliet tot de relevante retailmarkt¹⁴⁷.
273. **Rol van gratis satelliettelevisie in België.** De Ontwerpbeslissing houdt tenslotte ten onrechte geen rekening met de rol van gratis satelliettelevisie.
274. In de figuur hieronder¹⁴⁸ wordt een overzicht gegeven van de penetratie van zowel kabeltelevisie als IPTV bij huishoudens in België. In Gent, Antwerpen, Brussel, verschillende gemeentes en steden in Wallonië en in het Duitstalig gebied gebruiken minder dan 85% van de huishoudens kabeltelevisie of IPTV. Aangezien niet redelijkerwijs kan worden aangenomen dat in deze gemeentes en steden 15% van de huishoudens niet over televisie beschikken, volgt hieruit dat deze huishoudens gebruik maken van een alternatief platform, wellicht in de eerste plaats satelliet. Zo gebruikt 50% van de huishoudens in het Duitse taalgebied satelliet¹⁴⁹, wat bewijst dat satelliet geen marginaal verschijnsel is.
275. De reden waarom de steden vooral geler kleuren is omdat satelliettelevisie populair is bij allochtone gezinnen wegens de beschikbaarheid van programma's uit het buitenland. Satelliettelevisie wordt niet alleen aangeboden door TV Vlaanderen, Télésat en Mobistar, maar het is ook mogelijk om een ruim gratis zenderaanbod te ontvangen via de satellieten Astra 1 en Türksat. Astra 1 biedt zowel Turkse (bv. TRT) als Arabische zenders (bv. 2M Morokko) aan, terwijl Türksat focust op Turkse zenders¹⁵⁰. De kabeloperatoren proberen het hoofd te bieden aan de concurrentie van deze gratis satelliettelevisie door in hun basispakketten ook "etnische" kanalen op te nemen en op die manier de immigranten als klant aan te trekken. Numéricable biedt zowel Turkse (bv. TRT) als Arabische zenders (bv. Baraem) aan¹⁵¹. Telenet biedt tevens Turkse (bv. TRT) en Arabische zenders (bv. Al

¹⁴⁴ Raad voor de Mededinging, beslissing nr. 2010-C/C-48 van 29 november 2010, randnummer 87.

¹⁴⁵ Raad voor de Mededinging, beslissing van 4 september 1994, A&M 1996, 47.

¹⁴⁶ Brussel 4 september 1996, Ing.-Cons. 1996, 373. Vrije vertaling: "aangezien uit de elementen van de zaak bleek dat het fenomeen van het opzeggen van het abonnement in de Duitstalige Gemeenschap gepaard gaat met de ontwikkeling in deze regio van de toevlucht naar het gebruik van schotelantennes en dat er in deze Gemeenschap een sterke vraag bestaat naar toegang tot het populaire kanaal SAT1, heeft de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging terecht vastgesteld dat er een evident risico bestond dat dit fenomeen zich verder zou ontwikkelen en dat de situatie bijgevolg om een snelle interventie vroeg".

¹⁴⁷ OPTA, Marktanalyse Omroep, 5 maart 2009.

¹⁴⁸ Ontwerpbeslissing, randnummer 43.

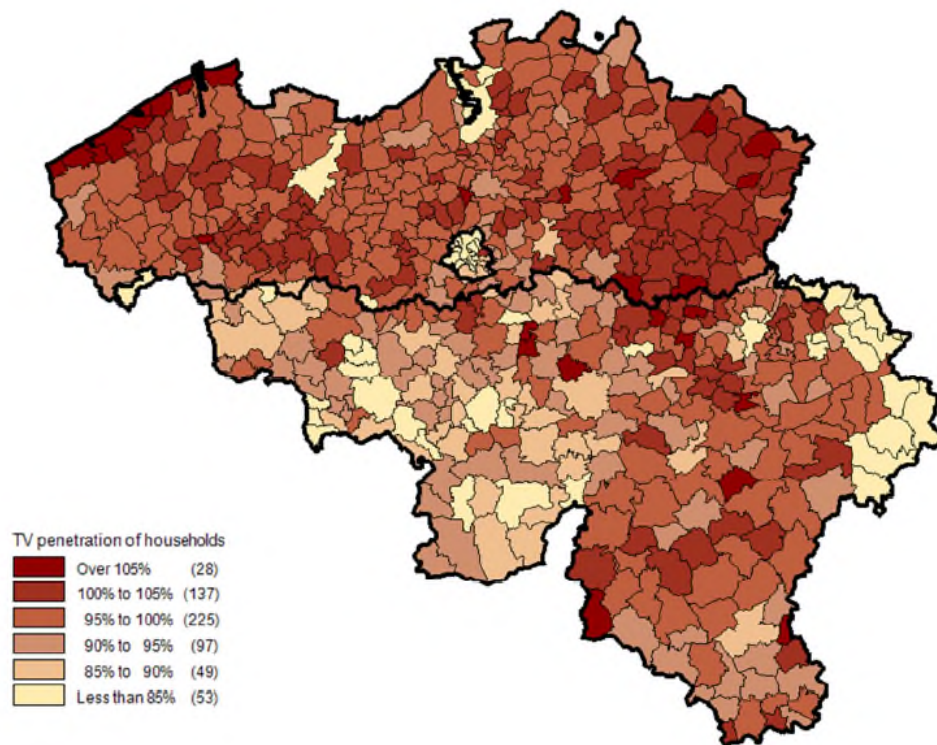
¹⁴⁹ Ontwerpbeslissing, randnummer 109, voetnoot 63.

¹⁵⁰ Zie "Satelliet en TV, onafhankelijk advies," <http://satellietentv.nl/gratis-tv-astra1.html>.

¹⁵¹ Zie "Télévision numérique, HD & VOD," <http://www.numericable.be/index.php?page=tv&id=plus>.

Niet Vertrouwelijke Versie

Jazeera) aan¹⁵² en ook VOO biedt Turkse en Arabische zenders aan (bv. TRT en Al Aoula).¹⁵³ Belgacom biedt eveneens zenders voor migranten aan (bv. Al Aoula en Al Jazeera).



276. **Conclusie.** De hierboven gestelde elementen tonen aan dat er substitueerbaarheid is aan de vraagzijde.

2.4.2. Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde

277. **Analyse niet vereist.** Aangezien er substitueerbaarheid is aan de vraagzijde, is het niet nodig om een analyse van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde uit te voeren.

278. In ieder geval betwist Telenet de bewering van het BIPT dat het voor een satellietoperator niet mogelijk is om snel en zonder aanzienlijke kosten zijn productiecapaciteit zo aan te passen dat hij dezelfde functies (interactiviteit, diensten op aanvraag) kan aanbieden als bij een digitaal televisieaanbod via de kabel¹⁵⁴. Mobistar is er in geslaagd om snel en zonder aanzienlijke bijkomende kosten een retourpad toe te voegen. Mobistar maakte vóór de lancering van haar televisieproduct reeds gebruik van DSL op basis van het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom. Mobistar kan deze verbinding nu gebruiken om interactiviteit en diensten op aanvraag aan haar consumenten aan te bieden.

2.4.3. Conclusie

279. De hierboven voorgestelde elementen tonen aan dat er substitueerbaarheid

¹⁵² Zie "Zenderaanbod digitale tv van Telenet,"

<http://telenet.be/3470/1/nl/thuis/televisie/zenderaanbod.html#basis>.

¹⁵³ Zie: "De digitale televisie," <http://www.voo.be/nl/tv/digitaal/zenders/bruxelles/>.

¹⁵⁴ Ontwerpbeslissing, randnummer 115.

bestaat tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en betalende satelliettelevisie.

2.5. Substitueerbaarheid tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en DVB-T

2.5.1. Substitueerbaarheid aan de vraagzijde

280. **Standpunt van het BIPT.** Het BIPT is van mening dat er geen substitueerbaarheid is tussen digitale kabeltelevisie en DVB-T omdat (i) geen gelijkaardig zenderpakket mogelijk is, (ii) er niet voldoende eindgebruikers DVB-T opnemen, en (iii) er geen gelijkaardige functiemogelijkheden zijn¹⁵⁵.
281. **Standpunt van Telenet.** Telenet meent dat er wél substitueerbaarheid bestaat tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en DVB-T.
282. **Zenderaanbod.** Het BIPT stelt dat de capaciteit van DVB-T beperkt is en momenteel slechts wordt gebruikt voor het aanbod van enkele publieke zenders¹⁵⁶. Het zou dus gedoemd zijn om een nichemarkt te bedienen van klanten die tevreden zijn met een beperkt aantal zenders en/of voor complementair gebruik.
283. In een prospectieve analyse moet echter ook rekening worden gehouden met de rol die DVB-T in de toekomst kan gaan spelen¹⁵⁷.
284. Dankzij investeringen van Norkring zal de DVB-T infrastructuur in de nabije toekomst meer dan 80% van de huishoudens in Vlaanderen en Brussel bereiken. Bovendien wordt de capaciteit uitgebreid van drie multiplexen (het equivalent van ongeveer 21 televisiekanalen) naar vijf à zes multiplexen. In de toekomst zullen dus ongeveer 42 televisiekanalen kunnen worden aangeboden via het netwerk van Norkring. Het is derhalve perfect mogelijk om via Norkring een aantrekkelijk inhoudelijk aanbod in de markt te zetten, met inbegrip van de acht kanalen die een aandeel van 80% van de kijkcijfers hebben. De twee VRT kanalen worden overigens over een eigen mux van de VRT doorgegeven en moeten dus geen tweede keer worden uitgezonden.
285. Het aantal aangeboden zenders is trouwens geen doorslaggevende drijfveer van de keuze van de consument voor de ene of de andere aanbieder. Het BIPT marktonderzoek bevestigt dit¹⁵⁸. De top acht kanalen vertegenwoordigen 80% van de kijkcijfers. Of een distributeur nu 100 kanalen aanbiedt of niet zal niet veel veranderen, zolang de top acht kanalen maar aangeboden worden¹⁵⁹.
286. **Succesmogelijkheden.** Tijdens de eerste ronde van het open biedproces dat door Norkring werd georganiseerd, heeft alleen Telenet (grotendeels) **niet-exclusieve** gebruiksrechten in dit DVB-T platform verworven. Norkring geeft evenwel zelf aan dat haar doelstelling blijft om haar netwerk aan meer dan één partner te verhuren¹⁶⁰. Vanaf april 2011 mogen nieuwe kandidaten voor digitale uitzendrechten zich dan ook aanbieden bij Norkring.

¹⁵⁵ Ontwerpbeslissing, randnummers 118, 120 en 122.

¹⁵⁶ Ontwerpbeslissing, randnummer 118.

¹⁵⁷ Zie *supra*, randnummers 280-299.

¹⁵⁸ BIPT marktonderzoek van 2010, vraag 6. Slechts 4% van de ondervraagden gaven aan het zenderaanbod in aanmerking genomen te hebben bij hun keuze van provider.

¹⁵⁹ Dit wordt bevestigd in de zaak NL/2005/0247: Retailmarkten voor de doorgifte en verzorging van vrij toegankelijke RTV-pakketten via de kabel in Nederland, 3 november 2005, p. 13.

¹⁶⁰ "Frequently Asked Questions", www.norkring.be.

287. In Nederland bewijst KPN met Digitenne dat DVB-T zich kan ontwikkelen tot een succesvol platform met ongeveer 900.000 betalende abonnees (marktaandeel van 12%) met slechts 22 kanalen. Ook in Zweden en het Verenigd Koninkrijk heeft DVB-T zich succesvol ontplooid.
288. Moest er geen succes mogelijk zijn, dan is het maar de vraag waarom Norkring de aanzienlijke investeringen in de DVB-T infrastructuur in Vlaanderen heeft gedaan. Norkring is een voorbeeld van een distributeur die gelooft in het potentieel van DVB-T en die ook succes heeft met DVB-T: *“Norkring AS is de Noorse nummer één op het vlak van omroepdiensten en de uitbater van een van de grootste netwerken in Europa. Het bedrijf is eigenaar van een groot aantal terrestriële zenders. Het beschikt over 47 grote en 2700 kleinere zendstations, samen goed voor meer dan 7000 zenders, verspreid over Noorwegen.”*¹⁶¹ Norkring biedt haar platform aan voor het gebruik van derden. Een aanbieder van een zenderpakket kan gebruik maken van het Norkring platform¹⁶². Door haar succes in Noorwegen heeft Norkring onlangs beslist om toe te treden tot de Belgische en Sloveense markt¹⁶³.
289. **Gelijkaardige prijszetting.** DVB-T wordt op heden gratis aangeboden. In Vlaanderen is Norkring echter aan het werken aan een meer uitgebreid DVB-T aanbod dat op commerciële basis zal worden aangeboden door operatoren¹⁶⁴.
290. **Gelijkaardige functiemogelijkheden.** De tabel hieronder geeft een overzicht van de verschillende diensten die kabeltelevisie en DVB-T aanbieden:

	Kabel	DVB-T
Standaard pakket (20-25 kanalen)	√	√
Premium pakket	√	√
VoD	√	In combinatie met DSL
Beeldkwaliteit	+++	+++
HD	√	
Interactiviteit	+++	In combinatie met DSL
Bereik	95%	80% Vlaanderen en Brussel

291. Het BIPT werpt op dat er bij DVB-T slechts beperkte interactiviteit mogelijk zou zijn bij ontstentenis van een retourkanaal¹⁶⁵. Hierboven werd evenwel reeds aangetoond dat interactiviteit slechts een bescheiden rol speelt in de keuze van de consument en het belang ervan commercieel niet moet worden overschat.
292. Bovendien kan een DVB-T operator interactiviteit realiseren door gebruik te maken van hybride set-top boxen. In randnummer 245 werden reeds voorbeelden gegeven van succesvolle hybride aanbiedingen die DVB-T met DSL combineren.

¹⁶¹ Zie: “Company: Norkring AS,” http://www.norkring.be/index2.php?page=company_norkring_AS.

¹⁶² Zie: “Occasional broadcast services,” <http://www.norkring.com/templates/Page.aspx?id=471>.

¹⁶³ Zie: “Organisation,” <http://www.norkring.com/templates/Page.aspx?id=518>.

¹⁶⁴ Zie: “Televisie en radio – digitale televisie,”

http://www.norkring.be/index2.php?page=tvradio_digitaletelevisie.

¹⁶⁵ Ontwerpbeslissing, randnummer 122.

293. **Bundelmogelijkheden.** Dankzij onder andere de gereguleerde wholesaleproducten van Belgacom op het vlak van ontbundelde toegang en bitstream access kan een DVB-T operator multiple play-diensten aanbieden.
294. **Standpunt van de Europese Commissie.** De Europese Commissie stelde in 2006, naar aanleiding van een overname in de Zweedse kabelsector, vast dat DVB-T in de nabije toekomst een valabel alternatief zal zijn voor kabeltelevisie¹⁶⁶.
295. **Standpunt Nederlandse Mededingingsautoriteit (“NMA”).** Tevens in 2006 besloot de Nederlandse Mededingingsautoriteit dat er moet worden uitgegaan “*van een markt voor de doorgifte van televisiesignalen naar vaste apparaten die naast de doorgifte via de ether (DVB-T) ten minste ook doorgifte via de kabel omvat.*”¹⁶⁷
296. **Conclusie.** De hierboven gestelde elementen tonen aan dat er substitueerbaarheid is aan de vraagzijde.

2.5.2. Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde

297. **Analyse niet vereist.** Aangezien er substitueerbaarheid is aan de vraagzijde, is het niet nodig om een analyse van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde uit te voeren.
298. In ieder geval betwist Telenet de bewering van het BIPT dat het voor een DVB-T operator niet mogelijk is om snel en zonder aanzienlijke kosten zijn productiecapaciteit zo aan te passen dat hij dezelfde functies (interactiviteit, diensten op aanvraag) kan aanbieden als bij een digitaal televisieaanbod via de kabel¹⁶⁸. Het is immers perfect mogelijk om snel en zonder aanzienlijke bijkomende kosten een retourpad toe te voegen door gebruik te maken van DSL, op basis van het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom.

2.5.3. Conclusie

299. De hierboven gestelde elementen tonen aan dat er substitueerbaarheid bestaat tussen aanbiedingen van digitale kabeltelevisie en DVB-T.

2.6. Toenemend belang en convergentie van internettelevisie en mobiele televisie

300. In een prospectieve analyse moet men tevens rekening houden met het toenemend belang en de convergentie van internettelevisie en mobiele televisie.
301. **Internettelevisie.** Hierboven werd reeds aangegeven dat meer en meer televisiediensten van Belgische en buitenlandse zenders ook “over-the-top” (OTT) worden geleverd, d.i. via het internet.
302. Aanbieders van internettelevisie kunnen hun diensten aanbieden aan alle eindgebruikers die beschikken over een internetaansluiting. Niets belet hen

¹⁶⁶ Zaak COMP/M.4217, Providence/Carlyle/UPC Sweden, beslissing van 2 juni 2006, randnummer 12: “*In general however it may be said that new platforms such as DTT and DSL technology may already and are in any case very likely in the near future to form viable alternatives to cable for the purpose of TV reception.*” Vrije vertaling: “*In het algemeen kan echter worden gesteld dat nieuwe platformen zoals DTT en DSL technologie reeds of in ieder geval in de nabije toekomst belangrijke alternatieven (kunnen) vormen voor het ontvangen van TV.*” Zie ook zaak COMP/C.2-38.287, Telenor/Canal+/Canal Digital, beslissing van 29 december 2003, randnummer 75.

¹⁶⁷ NMa, zaak nr. 5454, KPN/Nozema Services, beslissing van 3 maart 2006 randnummers 64-65.

¹⁶⁸ Ontwerpbeslissing, randnummer 124.

Niet Vertrouwelijke Versie

bovendien om met internettoegangsleveranciers kwaliteitsgaranties af te spreken, zolang dit niet resulteert in een onaanvaardbare degradatie van de standaard internetdienst van deze providers.

303. Ook de eindapparatuur past zich aan deze nieuwe omgeving aan. Zo komen er televisietoestellen op de markt die zijn uitgerust met een internetmodem. Apple lanceerde in de tweede helft van 2010 Apple TV dat niet alleen toelaat om films en televisieprogramma's¹⁶⁹ die beschikbaar zijn op iTunes via de televisie te bekijken, maar ook toegang geeft tot Youtube, Netflix, Flickr, internet radio, podcasts, Boxee en andere diensten¹⁷⁰. Logitech heeft een set-top box op de markt gebracht die Google TV ondersteunt. Tenslotte is het ook via spelconsoles zoals Microsoft's Xbox mogelijk om content die beschikbaar is op het internet met een televisietoestel te bekijken.
304. Het kijkgedrag van de jonge kijkers is ook aan het wijzigen. Jongeren schakelen over van "omroepkijken" naar "contentkijken". Hun kijkgedrag is niet langer omroepgedreven maar contentgedreven. Zij stellen zelf een eigen programma samen, op het platform dat zij verkiezen (televisie, smartphone, iPad, enz). Internettelevisie is uitermate geschikt om op dit wijzigende kijkgedrag in te spelen.
305. Door de stijgende bandbreedte die beschikbaar wordt voor internettoegang kan worden verwacht dat de verschillen tussen internettelevisie en de overige omroepplatformen in de komende reguleringsperiode verder zullen vervagen.
306. **Mobiele televisie.** Het BIPT moet ook rekening houden met het groeiende gebruik van de mobiele netwerken dat in de toekomst zal leiden tot meer substitutie tussen de verschillende platformen¹⁷¹.
307. Vóór de aanvang van de digitale revolutie was ieder type van distributieplatform gelinkt aan één type dienst. Op dit ogenblik kunnen breedbandinternet, telefoon en omroepdiensten geleverd worden via coaxiale kabelnetwerken, koperen netwerken, glasvezelnetwerken, 3G/4G mobiele netwerken en andere radiofrequentienetwerken.
308. Innovaties in hardware zullen het steeds eenvoudiger maken om audiovisuele inhoud te bekijken via mobiele breedbandnetwerken (bv. smartphones, iPad). Derhalve moet er worden rekening gehouden met de toenemende rol van mobiele televisie. Gebruikers verwachten dat deze diensten overal beschikbaar zijn, waar ze ook gaan.
309. Mobiele televisie zal gaandeweg meer concurrentiële druk gaan uitoefenen op de overige distributieplatformen¹⁷². Ook het BIPT verwacht deze marktevolutie en spreekt over "[...] *de verwachte groei van de mobiele datadiensten ("mobile data")*" en vermeldt het feit dat "*de diensten voor "mobile data" [...] zich geleidelijk aan commercieel sterk ontwikkelen*"¹⁷³.

¹⁶⁹ Onder meer de televisieprogramma's van de Amerikaanse televisiezenders ABC en Fox.

¹⁷⁰ Studie van Citi Investment Research & Analysis, "Over The Top TV. What's On The Box?", 17 september 2010, p. 43 (Bijlage 20).

¹⁷¹ Volgens de recente Digimeter studie gebruikt 23,6% van de Vlaamse gebruikers regelmatig het internet om televisie te kijken, en 4,4% gebruikt wel eens een handheld om televisie te kijken. IBBT-iLab.o, Digimeter rapport 1, p. 21 (Bijlage 26). Dit bewijst dat webtelevisie en mobiele televisie niet langer marginale fenomenen zijn.

¹⁷² "Evolution of the video viewer," Nielsen, p. 28 (Bijlage 27); "Over the top TV," Citi Investment Research & Analysis (Bijlage 20); "Cable subscribers cut cord due to Internet TV, economy," Michael Grotticelli (Bijlage 28); "Comcast loses high numbers of subscribers as Internet takes its toll," Michael Grotticelli (Bijlage 29).

¹⁷³ Beslissing van het BIPT van 29 juni 2010 betreffende de analyse van Markt 7, randnummers 378.2 en 429.3.

2.7. Algemene conclusie en overzicht

310. **Gelijkaardige prijszetting.** De tabel hieronder geeft een overzicht van de prijszetting voor de verschillende platformen. De prijzen voor digitale kabeltelevisie en IPTV zijn gelijkaardig. De prijzen voor satelliettelevisie zijn van dezelfde prijsaard, maar liggen net iets lager. Het is echter niet omdat er een licht prijsverschil is tussen de verschillende platformen, dat ze daarom niet tot dezelfde productmarkt kunnen behoren¹⁷⁴. DVB-T wordt op dit moment gratis aangeboden, maar in de toekomst zal DVB-T ook op commerciële basis aangeboden worden.

	Basisabonnement	Activatiekost	Huur box	Aankoop box	Andere
Analoog					
Telenet	€14,4	€50	Niet van toepassing ("NVT")	NVT	NVT
Numéricable	€15,55	€45	NVT	NVT	NVT
VOO	€14	€50	NVT	NVT	NVT
Digitaal					
Belgacom	€12,5	€50	€6 (niet HD decoder)	€75 (niet HD recorder)	NVT
			€6 (HD decoder)	€250 (HD recorder)	
TV Vlaanderen	€10,5 (light)	€29,95	€3,95 (HD)	€199 (niet-HD, incl. schotel)	€24,95 voor schotel
	€14,5 (basis)				
	€19,5 (basis+)		€7,95 (incl. schotel + HD recorder)	€319 (HD set, incl. schotel)	
ALLO telecom – KPN Belgium Resale TV Vlaanderen	€10,5 (light)	€25,95	€3,95 (HD)	NVT	NVT
	€14,9 (basis)				
	€19,9 (basis+)		€7,95 (incl. schotel + HD recorder)		
TéléSat ALLO telecom – KPN Belgium (resale)	€9,9 (basis light)	€29,25	€3,95 (incl. schotel)	€299 (incl. schotel)	NVT
	€13,9 (basis)		€7,95 (incl. schotel + HD recorder)	€472 (incl. schotel + HD recorder)	
Telenet	€13,33	€50	€8 (HD recorder)	€129 (HD box)	NVT
Numéricable	€15,50	€45	€5	€99	NVT
VOO	€12,50	€50	€6		NVT

¹⁷⁴ Richtsnoeren, randnummer 46.

Niet Vertrouwelijke Versie

Mobistar-Euphony	€55, maar alleen in een bundel
Billi	€50,99, maar alleen in een bundel

311. **Gelijkaardige functiemogelijkheden.** De tabel hieronder geeft een overzicht van de verschillende functiemogelijkheden voor elk platform:

	Kabel	IPTV	Satelliet	DVB-T	Webtelevisie
Standaard pakket (20-25 kanalen)	√	√	√	Nog niet	Nog niet
Premium pakket	√	√	√	√	√
VoD	√	√	In combinatie met DSL	In combinatie met DSL	√
Beeldkwaliteit	+++	+++	+++	++	++
HD	√	√	√	Beperkt	√
Interactiviteit	+++	+++	In combinatie met DSL	In combinatie met DSL	+++
Bereik	95%	90%	100%	80% VI+Bxl	70%

312. Kabeltelevisie en IPTV bieden gelijkaardige diensten aan. Bij satelliettelevisie en DVB-T wordt de afwezigheid van directe interactiviteit opgevangen door het gebruik van hybride set-top boxen. Bij hybride set-top boxen komt de interactiviteit tot stand via een apart retourkanaal, bijvoorbeeld DSL.
313. **Bundelmogelijkheden.** De tabel hieronder geeft een overzicht van de bundels. Ook satelliettelevisie en DVB-T beschikken over de mogelijkheid om multiple play-diensten aan te bieden.

Niet Vertrouwelijke Versie

		Vaste telefonie	Internettoegang	Mobiele telefonie	Televisie
Triple Play	VOO	+	+		+
	Numéricable	+	+		+
	Base	+	+	+	
	Telenet	+	+		+
	Scarlet	+	+		+
Quadruple Play	Belgacom	+	+	+	+
	Mobistar	+	+	+	+
	Euphony	+	+	+	+

314. **Gelijkaardig zenderpakket.** De tabel hieronder geeft een overzicht van het aantal beschikbare kanalen.
315. Kabeltelevisie en IPTV bieden een gelijkaardig zenderpakket. Satellietelevisie biedt een iets ruimer zenderaanbod aan en het zenderaanbod van DVB-T is vooral nog beperkter. Het aantal televisiekanalen dat op een bepaald platform wordt aangeboden, speelt geen doorslaggevende rol. De top acht kanalen vertegenwoordigen 80% van de kijkcijfers. Of een distributeur nu 100 kanalen aanbiedt of niet zal niet veel veranderen¹⁷⁵. Alle platformen hebben de capaciteit om de belangrijkste zenders aan te bieden.

	Basispakket – aantal kanalen	Premium Pakket	HD kanalen	Top kanalen
Analoog				
Telenet	+25	NVT	NVT	√
Numéricable	25	NVT	NVT	√
VOO	+25	NVT	NVT	√
Digitaal				
Belgacom	70	Ja	15	√
TV Vlaanderen	21(light), 41(basis), 53(basis+)	Ja + 400 FTA kanalen	20	√
TéléSat	27(basis light), 55(basis)	Ja + 800 FTA kanalen	10	√
Telenet	70	Ja	15	√
Numéricable	120	Ja, 130 kanalen	24	√
VOO	75	Ja	12	√
Mobistar-Euphony	28	Ja + 250 FTA kanalen	14	√
Billi	52	Ja (5 kanalen)	Neen	√

316. **Geen grote overstapsdrempels.** De operatoren maken de overstap naar een ander platform eenvoudig voor de gebruiker door de gemakkelijke opzegbaarheid van de contracten en door regelmatige promoties allerhande. De technische omschakeling is noch financieel noch technisch prohibitief voor de consument.
317. **Succesmogelijkheden.** Kabeltelevisie en IPTV hebben hun succes reeds bewezen. Moest er voor satellietelevisie en DVB-T geen succes zijn weggelegd,

¹⁷⁵ Dit wordt bevestigd in de zaak NL/2005/0247: Retailmarkten voor de doorgifte en verzorging van vrij toegankelijke RTV-pakketten via de kabel in Nederland, 3 november 2005, p. 13.

dan is het maar de vraag waarom Mobistar en Norkring toch aanzienlijke investeringen hebben gedaan en blijven doen. De ervaringen in het buitenland tonen aan dat zowel satelliettelevisie als DVB-T succesvolle platformen kunnen zijn.

318. **Standpunt Nederlandse Mededingingsautoriteit.** In een beslissing van 2006 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit gewezen op *“de potentiële concurrentiedruk van alternatieve infrastructures van doorgifte van tv-signalen”* op de kabeldistributeurs¹⁷⁶.
319. **Standpunt van OPTA.** In een recente marktanalyse besliste OPTA, de Nederlandse regulator, tot de afbakening van de relevante retailmarkt als de markt voor de distributie van televisiesignalen aan eindgebruikers via kabel, satelliet, DVB-T, IPTV en glasvezel¹⁷⁷. Bepaalde operatoren legden klacht neer tegen deze marktdefinitie, maar het College van Beroep voor het Bedrijfsleven verwierp deze klachten en behield deze multi-platform definitie. Het College benadrukte dat *“OPTA, [...], terecht heeft geconcludeerd dat, in het kader van een prospectieve analyse, als voorgeschreven in de Richtsnoeren, van een toenemende substitueerbaarheid van de kabel door verschillende alternatieve platforms mag worden uitgegaan en dat daaraan doorslaggevende betekenis toekomt.”*¹⁷⁸ Het College voegde eraan toe dat de nood aan verschillende toestellen (decoders) en de kleine verschillen in de inhoud, de overstap tussen de verschillende platformen niet verhinderen¹⁷⁹.
320. **Conclusie.** De hierboven beschreven concurrentievoorwaarden tonen aan dat kabeltelevisie, IPTV, satelliet en DVB-T tot dezelfde retailmarkt voor de levering van analoge en digitale televisiesignalen behoren.

3. RELEVANTE GEOGRAFISCHE MARKT

3.1. Inleiding

3.1.1. Basisprincipes van de analyse van de relevante geografische markt

321. Volgens de Bekendmaking en de Richtsnoeren van de Europese Commissie omvat de relevante geografische markt *“het gebied 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 [...] volstrekt homogeen zijn. Het volstaat dat ze op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn, zodat alleen zones waarin de concurrentievoorwaarden heterogeen zijn, niet als uniforme markt kunnen worden beschouwd.”*¹⁸⁰
322. De Europese Commissie adviseert dat de vaststelling van de geografische markt verloopt volgens *“dezelfde lijnen als die welke in het voorafgaande werden*

¹⁷⁶ NMa, zaak 5796, Cinven/Warburg Pincus/Essent Kabelcom, beslissing van 8 december 2006, randnummers 35-36.

¹⁷⁷ OPTA, Marktanalyse Omroep, 5 maart 2009, p. 113, randnummer 357.

¹⁷⁸ Uitspraak van het College, AWB 09/563 tot en met 09/539 en 09/541 tot en met 09/548 van 18 augustus 2010, randnummer 6.3.

¹⁷⁹ Uitspraak van het College, AWB 09/563 tot en met 09/539 en 09/541 tot en met 09/548 van 18 augustus 2010, randnummer 6.3.

¹⁸⁰ Bekendmaking, randnummer 8 en Richtsnoeren, randnummer 56.

*besproken in verband met de beoordeling van de substitutie aan de vraag- en de aanbodzijde als reactie op een relatieve prijsverhoging*¹⁸¹. Bij de analyse van de substitueerbaarheid aan de vraagzijde, moeten de nationale regulatoren “een inschatting maken van consumentenvoorkeuren, alsmede van bestaande geografische aankooppatronen”¹⁸². Met betrekking tot de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde geldt het volgende: “wanneer kan worden aangetoond dat exploitanten die momenteel niet actief of aanwezig zijn op de relevante markt, zullen besluiten op korte termijn tot die markt toe te treden in het geval van een relatieve prijsverhoging, moet de marktomschrijving worden verruimd zodat ook die “buitenstaanders” eronder komen te vallen”¹⁸³.

323. De Europese Commissie wijst op “een aantal gevallen waar de grenzen van de relevante markten kunnen worden verruimd om producten of geografische gebieden in aanmerking te nemen die weliswaar niet direct substitueerbaar zijn, maar toch in de marktdefinitie moeten worden opgenomen vanwege de zgn. ‘ketensubstitutie’”¹⁸⁴. Volgens de Europese Commissie 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”¹⁸⁵.
324. De Europese Commissie heeft duidelijk gemaakt dat er heel nauwkeurig zal worden gecontroleerd of de afbakening van een regionale markt wel ondersteund wordt door voldoende bewijzen¹⁸⁶. Zij zal onder meer kijken naar (i) het aantal operatoren dat aanwezig is in de sub-nationale markt, (ii) de distributie en evolutie van de regionale marktaandeelen, (iii) de regionale verschillen (bv. retailprijs, aanwezigheid van alternatieve operatoren, functionaliteit, types van producten en marketing strategieën), en (iv) de stabiliteit van de geografische grenzen over de jaren heen¹⁸⁷.
325. De Richtsnoeren preciseren dat wanneer regionale netten concurreren met landelijke infrastructuren, er als gevolg van ketensubstitutie tot een ruimere geografische marktafbakening moet worden besloten:

*“Ketensubstitutie kan bijvoorbeeld optreden wanneer de prijzen die worden aangerekend door ondernemingen die afzonderlijke geografische markten bedienen, worden begrensd door een onderneming die diensten op nationaal niveau aanbiedt. Dit is bijvoorbeeld het geval als de prijzen die door de kabelnetwerkexploitanten worden aangerekend in bijzondere gebieden begrensd worden door een dominante onderneming die nationaal opereert.”*¹⁸⁸

¹⁸¹ Richtsnoeren, randnummer 57.

¹⁸² Richtsnoeren, randnummer 58.

¹⁸³ Richtsnoeren, randnummer 58.

¹⁸⁴ Richtsnoeren, randnummer 62.

¹⁸⁵ Richtsnoeren, randnummer 62.

¹⁸⁶ Richtsnoeren, randnummer 62.

¹⁸⁷ Zie zaak IT/2009/892, n. 131; zaak AT/2008/836, n. 151, zaak AT/2009/932, n. 131, en zaak FR/2008/781, Wholesale broadband access, Commission Comments van 18 juli 2008; Garzanti, Telecommunications, broadcasting and the internet EU competition law and regulation, p. 434.

¹⁸⁸ Richtsnoeren, randnummer 62, voetnoot 49. Zie ook zaak nr. COMP/M.1628, Total Fina/Elf, randnummer 188, (PB L 143 van 29 mei 2001, p. 1).

3.1.2. Standpunt BIPT

326. Het BIPT is van oordeel dat de relevante geografische markt overeenstemt met “het dekkingsgebied van de kabelnetwerken [...] in België”¹⁸⁹. Het belangrijkste argument van het BIPT om tot deze regionale afbakening van de markt te komen, is het ontbreken van ketensubstitutie. Daarnaast verwijst het BIPT naar een vermeende heterogeniteit van de concurrentievoorwaarden tussen de verzorgingsgebieden van de kabeloperatoren.
327. Hierna zal worden aangetoond dat het BIPT ten onrechte besluit tot het bestaan van subnationale markten.

3.2. Ketensubstitutieanalyse

3.2.1. Uitgangspunten

328. De ketensubstitutie-analyse is een algemeen aanvaarde methode om de geografische markt af te bakenen¹⁹⁰. De Europese Commissie preciseert dat “in bepaalde gevallen [...] het bestaan van substitutieketens [kan] leiden tot de bepaling van een relevante markt waarop producten of gebieden welke [zich] aan de uiteinden van de markt [...] bevinden, niet rechtstreeks substitueerbaar zijn.”¹⁹¹
329. **Europese Commissie.** De Europese Commissie geeft een voorbeeld van ketensubstitutie in haar bekendmaking: “Een voorbeeld hiervan is de geografische markt van een product waarvan de vervoerskosten aanzienlijk zijn. In dergelijke gevallen zijn leveringen van een bepaalde fabriek wegens de vervoerskosten beperkt tot een bepaald gebied rond de fabriek. In beginsel kan een dergelijk gebied de relevante geografische markt zijn. Indien de distributie van fabrieken zodanig is, dat er aanzienlijke overlappingsen zijn tussen de gebieden rond de verschillende fabrieken, is het echter mogelijk dat de prijsstelling van die producten is beperkt door een substitutieketeneffect en leidt tot de afbakening van een ruimere geografische markt.”¹⁹²
330. De Europese Commissie paste de ketensubstitutie-analyse toe bij verschillende transacties in verschillende sectoren¹⁹³, zoals bijvoorbeeld de retailsector:

“In earlier decisions concerning retail operations, the Commission has generally taken the view that retail markets can be defined as national under certain circumstances. Although the catchment area of a retail outlet, which can be based on the distance a consumer is willing to travel to reach it, is of a local or regional scale, the catchment area does not necessarily determine the geographic market. In a situation where several retail chains operate networks of stores on a national scale, the important parameters of competition are determined on a national scale. Therefore, from the viewpoint of the catchment area, what may be a local or regional market has to be aggregated to a national market in these

¹⁸⁹ Richtsnoeren, randnummer 151.

¹⁹⁰ Richtsnoeren, randnummer 62 en Bekendmaking, randnummer 57.

¹⁹¹ Bekendmaking, randnummer 57.

¹⁹² Bekendmaking, randnummer 57.

¹⁹³ Pilkington-Techint/SIV, zaak IV/M.358, beslissing van de Commissie van 21 december 1993 (1994 O.J. L158/24), randnummer 16; zaak nr. COMP/M.1628, Total Fina/Elf, (PB L 143 van 29 mei 2001, p. 1), hfdstk. 5.1.2.: “*Marché géographique: Il existe une substitualibité en chaîne sur chaque autoroute entre stations-service.*” Vrije vertaling: “Geografische markt: er bestaan een ketensubstitutie op elke autoroute tussen benzinstations”.

*circumstances.*¹⁹⁴

331. **Raad voor de Mededinging.** De Belgische Raad voor de Mededinging heeft de ketensubstitutie-analyse toegepast bij verschillende transacties om tot een verruimde marktdefinitie te komen¹⁹⁵.
332. De Raad voor de Mededinging heeft in de Belgacom/Scarlet zaak een verbintenis aan Belgacom opgelegd die Belgacom verplichtte om een uniform nationaal tarief voor breedbandinternetdiensten toe te passen. De rechtvaardiging van de verbintenis is gebaseerd op een ketensubstitutie-analyse. De Raad verwijst in het bijzonder naar de analyse van OPTA voor de wholesale breedbandtoegang. In deze beslissing erkende OPTA dat het beleid van KPN (het toepassen van uniforme retailprijzen) betekende dat regionale kabeloperatoren indirect met elkaar in concurrentie treden:

*“Volgens OPTA zorgt KPN, de operator van het vaste openbare telefoonnetwerk in Nederland en marktleider op de kleinhandelsmarkt voor breedbandtoegang, voor een gemeenschappelijke prijsbeperking door nationaal gelijke tarieven te hanteren, zodat andere aanbieders indirect met elkaar concurreren, als is het geografisch dekkinggebied van de kabeloperatoren regionaal en niet nationaal.”*¹⁹⁶

333. De Raad oordeelde verder dat *“Al geldt voor de Belgische markt niet of slechts in zeer beperkte mate dat de dekkinggebieden van kabeloperatoren elkaar overlappen, toch kan de vaststelling van OPTA voor het overige mutatis mutandis*

¹⁹⁴ Blokker/Toys “R” Us (II), zaak IV/M.890, beslissing van de Commissie van 26 juni 1997 (1998 O.J. L316/1), randnummer 38. Vrije vertaling: *“In eerdere beslissingen met betrekking tot retail operaties, heeft de Commissie over het algemeen het standpunt ingenomen dat retailmarkten onder bepaalde voorwaarden nationaal kunnen worden gedefinieerd. Hoewel het dekkinggebied van een retail afzetmarkt, dat kan gebaseerd zijn op de afstand die een consument bereid is af te leggen om het te bereiken, een lokale of regionale schaal heeft, bepaalt het dekkinggebied niet noodzakelijk de geografische markt. In het geval waar verschillende retail ketens gebruik maken van netwerken of winkels op een nationale schaal, worden de belangrijke concurrentieparameters bepaald op een nationale schaal. Bijgevolg moet in deze omstandigheden het dekkinggebied dat een lokale of regionale markt kan zijn worden verenigd tot een nationale markt”*. Zie ook: Rewe/Meinl, zaak IV/M.1221, beslissing van de Commissie van 3 februari 1999 (1999 O.J. L274/1), randnummer 18; Kesko/Tuko, zaak IV/M.784, beslissing van de Commissie van 20 november 1996 (1997 O.J. L110/53), randnummer 21; OBS! Danmark, zaak IV/M.998, beslissing van de Commissie van 10 november 1997, randnummer 15; Ahold/Superdiplo, zaak COMP/M.2161, beslissing van de Commissie van 23 oktober 2000, randnummer 16 en Rewe/Adeg, zaak COMP/M.5047, beslissing van de Commissie van 23 juni 2008, randnummers 27-30.

¹⁹⁵ RvM, beslissing nr. 2005-C/C-26 van 20 mei 2005, randnummer 3.2.1. In de zaak Voeten/Delhaize Groep/Cash Fresh Groep onderzocht de Raad een concentratie van grootwarenhuisketens. De Raad merkte op dat de detailhandelsmarkten lokaal kunnen worden afgebakend, volgens de verzorgingsgebieden van de detailhandelszaken in een bepaald gebied. Maar de Raad concludeerde dat de markt nationaal moest gedefinieerd worden omdat *“de meeste grootwarenhuisketens [...] een uniform commercieel beleid over het ganse grondgebied [hebben], zowel op het vlak van prijzen als winkelinrichting, productenassortimenten, publiciteitscampagnes en getrouwheidsprogramma’s.”*; RvM, beslissing nr. 2001-C/C-41 van 3 augustus 2001. De Hessenatie/Noord Natie concentratiezaak betrof een fusie van de operationele activiteiten van de twee grootste stuwadoors in de Antwerpse haven. De Raad concludeerde tijdens haar eerste beoordeling dat *“[...] het bestaan van substitutieketens inderdaad aanleiding kan geven tot een uitbreiding van de relevante geografische markt,”* maar oordeelde dat een tweede faseonderzoek noodzakelijk was om te bepalen of de ketensubstitutie-analyse *in casu* wel degelijk kon toegepast worden¹⁹⁵. Na een uitgebreid onderzoek besloot de Raad dat *“de relevante geografische markt niet beperkt is tot de range Antwerpen-Rotterdam, doch breder moet gezien worden, namelijk de range Le Havre-Hamburg.”*; Holcim Béton Belgique/Interbeton, Raad voor de Mededinging, beslissing nr. 2004-C/C-48 van 12 juli 2004, randnummer 5.2.1 (De Raad bevestigde dit in CBR BETON/Interbéton); en Autogrill S.p.A./Carestel Group, Raad voor de Mededinging, beslissing nr. 2006-C/C-20 van 9 oktober 2006, randnummer IV.D.3.2.4.

¹⁹⁶ RvM, zaak MEDE-C/C-08/0006, Belgacom NV/Scarlet NV, beslissing nr. 2008-C/C-59 van 7 november 2008, randnummer 98.

*ook opgaan voor de Belgische markt*¹⁹⁷.

3.2.2. Toepassing in concreto

334. **Nationale spelers.** De ERG stelt in zijn gemeenschappelijk standpunt over de geografische aspecten van de marktanalyse:

*“A national uniform price of an operator with a national coverage might [...] have the effect that competitive pressure in some areas will be felt on a national level with the result that there are no significant differences in prices”*¹⁹⁸.

335. Wanneer er gelijkaardige prijzen bestaan is er een sterk vermoeden dat er onvoldoende verschillen bestaan tussen de concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabeloperatoren om een subnationale marktafbakening te rechtvaardigen:

*“if prices (of the incumbent and alternative operators) are geographically uniform, i.e. do not differ by geographic areas, then this may be indicative of there being insufficient geographic variations in competitive conditions to justify the definition of local geographic markets”*¹⁹⁹.

336. Ook de economische literatuur bevestigt dat:

*“the effectiveness of the constraint would be dependent on the nationwide operator’s inability to price discriminate geographically itself. If it is unreasonable to presume that the satellite operator will offer different prices to customers in different areas, and the service it provides is a good substitute for those provided by cable operators, it will be appropriate to define a national market”*²⁰⁰.

337. Dezelfde auteurs stellen dat er slechts sprake kan zijn van subnationale markten wanneer de nationale operator kan prijsdiscrimineren tussen de verzorgingsgebieden van de kabeloperatoren.

338. Belgacom is op nationale schaal actief en voert een nationaal prijsbeleid. Zij concurreert met Telenet in Vlaanderen en in een deel van Brussel, met VOO in Wallonië en Brussel en met Numéricable in Brussel en de Vlaamse randgemeenten van Brussel. Het is onwaarschijnlijk dat zij in de toekomst verschillende prijzen zal hanteren in de dekkingsgebieden van verschillende

¹⁹⁷ RvM, zaak MEDE-C/C-08/0006, Belgacom NV/Scarlet NV, beslissing nr. 2008-C/C-59 van 7 november 2008, randnummer 98.

¹⁹⁸ ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), oktober 2008, ERG (08) 20 final. Vrije vertaling: “Een nationale uniforme prijs van een operator met een nationale dekking kan [...] het gevolg hebben dat concurrentiële druk in sommige gebieden zal worden gevoeld op een nationale schaal met als resultaat dat er geen significante verschillen zijn in prijzen”.

¹⁹⁹ ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), oktober 2008, ERG (08) 20 final, 14. Vrije vertaling: “Indien de prijzen (van de bestaande en alternatieve operatoren) geografisch uniform zijn, i.e. niet verschillen naar gelang de geografische gebieden, dan kan dit een teken zijn dat er onvoldoende geografische verschillen in de concurrentiële voorwaarden zijn om de afbakening van lokale geografische markten te rechtvaardigen”.

²⁰⁰ Europe Economics, Market Definition in the Media Sector: Economic Issues. Rapport voor de Europese Commissie, DG Competition, november 2002, para 2.2.33. Vrije vertaling: “de doeltreffendheid van de druk zou afhangen van het onvermogen van de nationale operator om zelf geografische prijsdiscriminatie toe te passen. Als het onredelijk is om te veronderstellen dat de satelliet operator ten aanzien van zijn klanten verschillende prijzen in verschillende gebieden zou hanteren, en de dienst die het aanbiedt een goed substituuat vormt voor deze aangeboden door de kabeloperatoren, zal het gepast zijn om een nationale markt te definiëren”.

kabeloperatoren. Feitelijk zou dit neerkomen op het differentiëren van de prijzen tussen Vlaanderen en Wallonië. In meerdere opzichten (maatschappelijk, politiek, regulator²⁰¹ en ook commercieel) zal Belgacom zich dit simpelweg niet kunnen veroorloven. Het bestaan van een sterke nationale speler die een nationaal prijsbeleid voert is op zich reeds het bewijs van de nationale dimensie van de relevante markt.

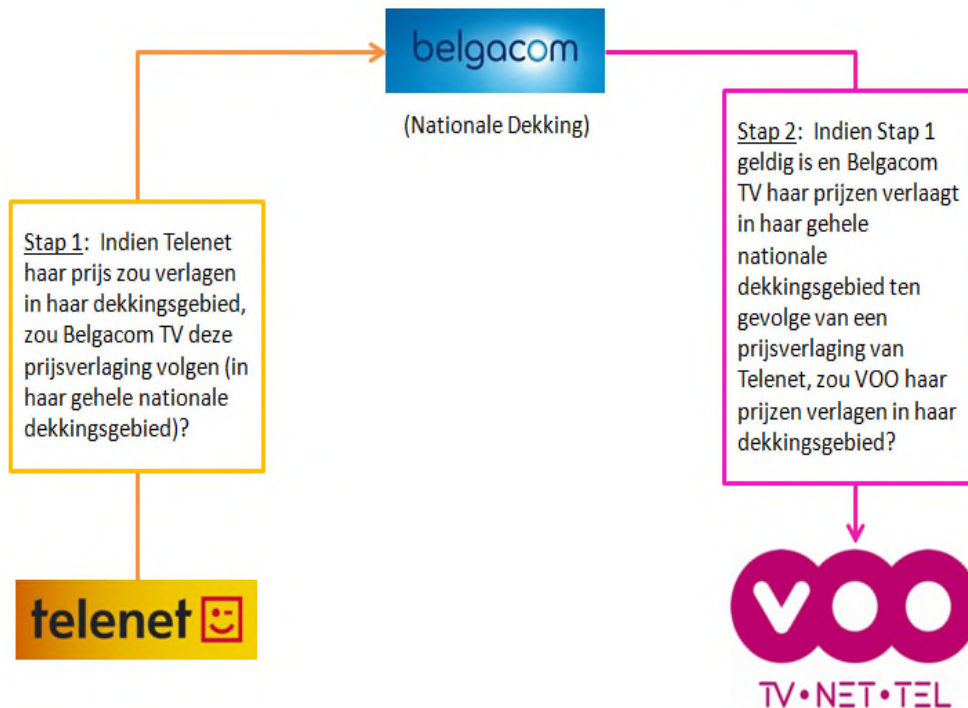
339. In een prospectieve analyse van de geografische markt moet men bovendien rekening houden met het feit dat door de recente toetreding van partijen zoals Mobistar en de te verwachten toetreding en groei van bijkomende IPTV operatoren, de concurrentie verder zal toenemen en een nog meer nationaal karakter zal krijgen.
340. **Ketensubstitutieanalyse in de Ontwerpbeslissing.** Ondanks de aanwezigheid van nationale spelers die een nationaal prijsbeleid voeren, besluit het BIPT toch tot het bestaan van subnationale markten.
341. Het BIPT stelt te hebben onderzocht hoe Belgacom zal reageren op een hypothetische prijsverlaging van 5 à 10% door Telenet²⁰² (**stap 1**). Belgacom heeft de keuze tussen (1) het behoud van haar prijs, wat zal resulteren in het verlies van klanten aan Telenet in het dekkingsgebied van Telenet en de daarmee overeenstemmende brutomarge op deze verloren klanten; ofwel (2) het doorvoeren van een prijsverlaging, wat zal resulteren in het behoud van klanten in het dekkingsgebied van Telenet en een extra klantenwerving in de andere dekkingsgebieden. Dit heeft echter ook een lagere brutomarge tot gevolg op het volledige klantenbestand. De Ontwerpbeslissing besluit terecht dat Belgacom zal opteren voor het doorvoeren van een prijsverlaging²⁰³.
342. Het BIPT stelt vervolgens te hebben onderzocht wat de reactie van VOO zou zijn op de prijsverlaging van Belgacom (**stap 2**). VOO heeft de keuze tussen (1) het behoud van haar prijs, wat zal resulteren in het verlies van klanten aan Belgacom; ofwel (2) het doorvoeren van een prijsverlaging, wat zal resulteren in het behoud van klanten, maar in een verlies van brutomarge hierop. De Ontwerpbeslissing besluit dat VOO haar prijzen ongewijzigd zal behouden²⁰⁴.

²⁰¹ Naar aanleiding van de overname van Scarlet in 2008 heeft Belgacom zich ertoe verbonden om voor breedbandinternet en vaste telefonie nationale prijzen toe te passen. In de mate dat BelgacomTV in de context van multiple play bundels wordt verkocht heeft dit noodzakelijkerwijze ook een weerslag op het prijsbeleid van Belgacom inzake televisie (RvM, beslissing nr. 2008-C/C-59 van 7 november 2008, *Belgacom/Scarlet*).

²⁰² Het moet opgemerkt worden dat een prijsdaling in de praktijk niet realistisch zou zijn nu de prijzen van het kabelabonnement kostengebaseerd zijn. Na een prijsverlaging zou de prijs dus niet langer kostendekkend zijn.

²⁰³ Ontwerpbeslissing, randnummer 161.

²⁰⁴ Ontwerpbeslissing, randnummer 161.



343. Het besluit van het BIPT dat stap 2 niet werkt, steunt op berekeningen die bij de Ontwerpbeslissing zijn gevoegd in Bijlage 3. Deze bijlage wordt evenwel als vertrouwelijk aangemerkt. Het BIPT heeft een niet-vertrouwelijke versie van deze bijlage ter beschikking gesteld van Telenet. Telenet beschikt echter enkel over de gegevens die voor Telenet in aanmerking werden genomen. De gegevens over de andere operatoren werden haar niet meegedeeld.
344. De analyse van het BIPT roept een aantal belangrijke vragen op die de betrouwbaarheid ervan ernstig in twijfel trekken.
345. De kruiselingse prijselasticiteit is blijkbaar opgebouwd uit (1) de variabele "price importance" en (2) de "% of price sensitive customers that would churn".
- De parameter "price importance" is gebaseerd op de resultaten van het BIPT marktonderzoek en "verschillende (andere) elementen".

Daarbij is het vooreerst de vraag of het BIPT marktonderzoek als uitgangspunt kan dienen. In dit onderzoek wordt gevraagd wat de belangrijkste reden was voor de keuze van de huidige aanbieder. Er wordt echter niet onderzocht wat de reactie van de respondenten zou zijn op een relatieve verandering in de prijzen. Het is zeker niet uitgesloten dat prijs voor een aanzienlijk groter deel van de respondenten een doorslaggevende factor wordt indien één van de aanbieders een aanzienlijke prijsverlaging zou doorvoeren. Het aantal respondenten dat aangeeft prijs belangrijk te vinden kan daarom niet zomaar gelijkgesteld worden aan het aantal prijsgevoelige respondenten.

Op 18 februari 2011 deelde het BIPT mee dat de andere 'verschillende elementen' waarop de parameter "price importance" steunt de volgende zijn: (i) publiek gerapporteerde churn rates en (ii) gegevens afgeleid uit de analyse van de omroepmarkt door OPTA in Nederland, een studie van Lexonomics uit 2007 en een document van Ofcom over BT uit 2005. Hoe deze verschillende elementen *in concreto* werden verwerkt, wordt niet gepreciseerd.

Niet Vertrouwelijke Versie

- De parameter “% of price sensitive customers that would churn.” is blijkens een e-mail van het BIPT van 8 februari 2011 gebaseerd op de assumptie dat slechts 50% van de prijsgevoelige consumenten zullen overstappen. Het is niet duidelijk waarop deze assumptie is gebaseerd.

Het is Telenet verder ook niet meteen duidelijk waarop de voor Telenet gebruikte brutomarge van [**Zakengeheim**] steunt.

346. Zelfs wanneer men de parameters van het BIPT als uitgangspunt aanvaardt, blijven er ernstige vragen over de robuustheid van de analyse. Zoals gezegd werkt volgens het BIPT “stap 1” wèl, wat wijst op het bestaan van ketensubstitutie (Belgacom zal reageren op een prijsverlaging door Telenet), maar werkt “stap 2” niet (Tecteo zal niet reageren op een prijsverlaging door Belgacom). Bij gebrek aan toegang tot de gebruikte informatie is niet te achterhalen waar dit verschil vandaan komt, maar de conclusie lijkt niet in overeenstemming te zijn met de vaststelling dat de positie van Belgacom in Wallonië nog sterker lijkt dan in Vlaanderen en dat consumenten in Wallonië prijsgevoeliger zijn dan in Vlaanderen. Het BIPT geeft zelf overigens geen enkele verklaring of uitleg voor een andere uitkomst bij “stap 2” dan bij “stap 1”. Verder werd kennelijk ook geen rekening gehouden met het feit dat de waarde van een klant niet enkel bestaat in de brutomarge die hij bijdraagt op één product (*in casu* televisie), maar ook in de mogelijkheid om op termijn andere producten aan deze klant te verkopen (*cross selling*).
347. Simulaties uitgevoerd door RBB Economics op basis van de beperkte beschikbare gegevens geven alvast aan dat het verschil in “stap 2” tussen wèl en niet reageren vermoedelijk klein is. Bij kleine afwijkingen van één of meerdere van de gebruikte assumpties of parameters loont het de moeite voor VOO om te reageren²⁰⁵. Dit wijst er op dat de conclusie dat “stap 2” niet houdt, geen robuuste conclusie is, hoewel de definitie van de markt als subnationaal, ondanks de aanwezigheid van nationale spelers met een nationaal prijsbeleid, hier volledig van afhangt.
348. **Besluit.** De Ontwerpbeslissing blijft in gebreke afdoende aan te tonen dat er, ondanks de aanwezigheid van nationale spelers die een nationaal prijsbeleid voeren, geen ketensubstitutie-effecten bestaan.
349. Een recent voorbeeld uit de praktijk bewijst trouwens dat er ketensubstitutie is. In juni 2010 is VOO gestart met het aanbieden van gratis activatiekosten. Belgacom heeft vastgesteld dat het voor haar meer winstgevend zou zijn om de klanten te behouden en heeft derhalve beslist om ook een promotie te voeren waarin gratis activatiekosten worden aangeboden. Belgacom biedt deze promo aan sinds 10 oktober 2010. Telenet heeft op haar beurt geoordeeld dat het belangrijk is om klanten te behouden en is op 30 oktober 2010 gestart met een promotie die gratis activering van internet aanbiedt. Dit is het perfecte voorbeeld dat er wel degelijk ketensubstitutie bestaat tussen de kabeloperatoren die elk in hun dekkinggebied concurreren met de nationale speler Belgacom.

3.3. Geen wezenlijke verschillen tussen de concurrentievoorwaarden in de dekkinggebieden van de kabeloperatoren

350. **Inleiding.** Het BIPT meent dat er heterogeniteit is in de concurrentievoorwaarden tussen de relevante dekkinggebieden²⁰⁶. Volgens Telenet zijn er evenwel geen wezenlijke verschillen (i) in marktaandeel, penetratie en technologische kenmerken van de kabelnetwerken, (ii) in consumentenvoorkeuren,

²⁰⁵ RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, pagina 13 (Bijlage 1).

²⁰⁶ Ontwerpbeslissing, randnummer 163.

Niet Vertrouwelijke Versie

televisieaanbiedingen en prijzen in de verschillende dekkingsgebieden van kabeloperatoren, en (iii) qua wetgeving en regulering.

351. Hierna zal worden aangetoond dat deze verschillen niet van die aard zijn dat zij een subnationale marktafbakening kunnen verantwoorden. Het rapport van WIK Consult vat de analyse op treffende wijze samen:

*“The VRM notes some differences in market shares of cable operators, cable penetration, degree of digitization of cable networks, diversity of TV offers, and differences in the media regulatory framework between regions, must carry rules, taxes (contributions to finance local channels and audio-visual creation in Wallonia) and prices. **The differences, however, either relate to content issues here (which should be neglected when defining a market for TV signals), or they are not significant enough.** In fact, with regard to prices - a major indicator of differences in competitive conditions, the VRM notes itself that the existing price differences between cable operators are small and in themselves do not provide sufficient evidence for subnational markets.²⁰⁷”*

3.3.1. Geen wezenlijke verschillen in marktaandelen, penetratie en technologische kenmerken

352. **Marktaandeel.** Door de consolidatie van de kabel in Wallonië beginnen de marktaandelen steeds meer naar elkaar toe te groeien. De bestaande verschillen zijn niet van die aard dat zij een impact kunnen hebben op de marktafbakening.
353. **Penetratiegraad.** Er is een gelijkaardig aantal operatoren in alle regio's. De tabel hieronder geeft een overzicht van de verschillende operatoren in Vlaanderen, Brussel en Wallonië.

Aantal operatoren	Vlaanderen	Brussel	Wallonië
Kabel	Telenet	Telenet, Numéricable, VOO	VOO
IPTV	Belgacom, Scarlet, Billi (Mobistar)	Belgacom, Scarlet, Billi (Mobistar)	Belgacom, Scarlet, Billi (Mobistar)
Satelliet	TV Vlaanderen, Mobistar, Euphony	TV Vlaanderen of TéléSat, Mobistar, Euphony	TéléSat, Mobistar, Euphony
DVB-T	Norkring	Norkring, RTBF	RTBF
Mobiel	Belgacom, Mobistar, KPN Group Belgium, Telenet	Belgacom, Mobistar, KPN Group Belgium, Telenet	Belgacom, Mobistar, KPN Group Belgium, Telenet

²⁰⁷ Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, p. 13 (Bijlage 2). Vrije vertaling: “De VRM merkt op dat er sommige verschillen in de marktaandelen van de kabeloperatoren, kabelpenetratie, graad van digitalisering van de kabelnetwerken, diversiteit van TV aanbiedingen, en verschillen in het regelgevend kader tussen de regio's, must carry regels, belastingen (bijdragen om lokale kanalen en audiovisuele creaties in Wallonië te financieren) en prijzen bestaan. De verschillen hebben echter ofwel betrekking op content (hetgeen niet in aanmerking zou mogen worden genomen bij het definiëren van de markt voor TV signalen) ofwel zijn ze niet significant genoeg. In feite, met betrekking tot prijzen – een belangrijke indicatie van verschillen in concurrentiële voorwaarden, stelt de VRM zelf vast dat de bestaande prijsverschillen tussen de kabeloperatoren klein zijn en op zich onvoldoende bewijs verschaffen voor het bestaan van subnationale markten”.

354. **Technologische kenmerken.** De verschillende platformen bieden gelijkaardige functiemogelijkheden aan²⁰⁸. Het BIPT merkt op dat de netwerken van AIESH en Tecteo in Wallonië nog niet (volledig) bidirectioneel zijn en er dus gebieden zijn waar de kabel nog geen interactiviteit biedt. Hierboven werd reeds aangegeven dat het al dan niet aanbieden van interactiviteit geen bepalend criterium voor de marktafbakening kan zijn. Bovendien kan worden verwacht dat Tecteo tijdens de komende reguleringsperiode interactiviteit zal aanbieden in haar ganse verzorgingsgebied.

3.3.2. Geen wezenlijke verschillen in consumentenvoorkeuren, televisieaanbiedingen en prijzen in de verschillende dekkingsgebieden van kabeloperatoren

355. **Televisieaanbiedingen.** Ondanks de taalverschillen bieden de verschillende platformen gelijkaardige basispakketten aan²⁰⁹. Telenet biedt in Vlaanderen alle belangrijke Franstalige televisie- en radiozenders (bv. RTBF, RTL) aan, en VOO biedt in Wallonië Nederlandstalige televisie en radiozenders aan (bv. VRT). Numéricable biedt in Brussel niet langer verschillende Nederlandstalige en Franstalige pakketten aan.

356. **Prijzen.** Op de meeste plaatsen in België kan een huishouden kiezen uit tenminste een aansluiting op de kabel, IPTV, satelliet of DVB-T. De omroepdiensten worden tegen vergelijkbare prijzen aangeboden²¹⁰. Wanneer de prijsverschillen tussen de verschillende regio's laag zijn, concludeert de Europese Commissie dat de verschillende regio's deel uitmaken van dezelfde geografische markt²¹¹.

357. Bovendien zijn de prijzen niet zo verschillend dat de aanbieders van televisiesignalen via kabel, IPTV, satelliet of DVB-T het nodig vinden daarop te reageren door in hun eigen aanbod een regionale differentiatie aan te brengen. Het gebrek aan prijsdiscriminatie is een centraal element bij de analyse van de geografische markt. De Europese Commissie heeft dit in Volvo/Scania bevestigd:

*“the ability of manufacturers to price discriminate between different geographic areas is a central element of defining the relevant geographic market.”*²¹²

358. De OFT (Office of Fair Trading) besloot bijvoorbeeld dat:

²⁰⁸ Zie *supra*, randnummers 227, 242 en 290-292.

²⁰⁹ Zie *supra*, randnummers 229-230, 240, 282-285.

²¹⁰ Zie *supra*, randnummers 222, 226, 268-269 en 289. Zie ook RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, pagina 15, hoofdstuk 3.2.2 (Bijlage 1).

²¹¹ Zie bijvoorbeeld: ICI/Tioxide, zaak IV/M.23, beslissing van de Commissie van 28 november 1990, randnummer 12 (de Europese Commissie bepaalde dat: *“there would not appear to be a large degree of price variation between Member States”*). Vrije vertaling: *“er bleek geen grote graad van prijsvariatie tussen de Lidstaten te bestaan”*); Mitsubishi/UCAR, zaak IV/M.24, beslissing van de Commissie van 4 januari 1991, randnummer 10 (de Europese Commissie baseerde de marktdefinitie op het feit dat: *“quality and prices are very important and do not significantly differ between Member States”*). Vrije vertaling: *“kwaliteit en prijzen zijn erg belangrijk en verschillen niet significant tussen de Lidstaten”*) en Dow/DuPont, zaak IV/M.663, beslissing van de Europese Commissie van 21 februari 1996, randnummer 30 (de Europese Commissie oordeelde dat: *“prices [...] are virtually the same throughout Western Europe”*). Vrije vertaling: *“prijzen [...] zijn virtueel dezelfde doorheen West Europa”*).

²¹² Zaak COMP/M.1672, beslissing van de Commissie van 14 maart 2000 (2001 O.J. L143/74), randnummer 233. Vrije vertaling: *“de mogelijkheid van producenten om te discrimineren in prijs tussen verschillende geografische gebieden is een centraal element in het afbakenen van de relevante geografische markt”*.

“[d]espite the geographic limitation of some of the providers, e.g., cable networks, all the services under consideration are provided and priced on a national basis. Accordingly the merger is considered within a national frame of reference.”²¹³

359. In Nederland vernietigde het College het besluit van OPTA dat de geografische markt gesegmenteerd moest worden volgens het dekkingsgebied van elke kabeloperator. Het College oordeelde dat de analyse van OPTA onvoldoende gegrond was en dat ze bovendien inconsistent was met de brede definitie van de productmarkt waarin alle transmissieplatformen inbegrepen waren, inclusief platformen met een nationaal bereik²¹⁴. Het College vernietigde de OPTA beslissing omdat de verzorgingsgebieden niet van elkaar verschillen in (i) aard en kenmerken van de levering van RTV-signalen en toegang (het analoge standaardpakket heeft relatief vergelijkbare voorwaarden), (ii) in marktaandelen (geen beduidende verschillen in de ontwikkeling van de marktaandelen in de onderscheiden verzorgingsgebieden), en (iii) in prijszetting²¹⁵. OPTA overschatte dus het belang van de toegangdrempels en onderschatte de evolutie van de markt.

3.3.3. Geen wezenlijke verschillen qua wetgeving en regulering

360. Het BIPT beschrijft verschillen in wetgeving, zoals regels omtrent exploitatievoorwaarden en naleving, must carry-regels, financiering van lokale zenders en financiering van audiovisuele creatie.
361. Telenet erkent dat er regionale verschillen in de wetgeving/regelgeving bestaan. Deze verschillen hebben evenwel geen wezenlijke impact op de concurrentievoorwaarden tussen operatoren van omroepplatformen. Zo bijvoorbeeld zijn de bestaande verschillen betreffende exploitatievoorwaarden (aangifteverplichtingen, controle, enz.) of de financiering van lokale zenders of audiovisuele creatie niet pertinent voor de analyse, aangezien zij noch de prijs, noch de samenstelling van het aanbod wezenlijk beïnvloeden.
362. De Ontwerpbeslissing toont evenmin aan dat de bestaande verschillen in het wetgevend of regelgevend kader de toegang tot de markt in het ene taalgebied wezenlijk meer zou bemoeilijken dan in de andere taalgebieden.
363. Bovendien zijn alle kabeloperatoren (met uitzondering van AIESH) in minstens twee taalgebieden actief. De Ontwerpbeslissing overweegt nochtans niet dat binnen de respectieve dekkingsgebieden een aparte onderverdeling moet worden gemaakt in functie van de verschillende wetgeving waaraan zij zijn onderworpen. Door de relevante geografische markt te definiëren als het dekkingsgebied van elke kabeloperator, hoewel er binnen deze dekkingsgebieden verschillende wetgeving van toepassing is, erkent het BIPT zelf dat het bestaan van verschillende wetgevende instrumenten *in casu* niet kan worden beschouwd als een relevant criterium voor de geografische afbakening van de relevante markt.
364. Tenslotte merkt Telenet op dat ondanks het feit dat België een gedecentraliseerd regelgevingsregime heeft, de drie gemeenschappen, de federale en

²¹³ OFT, BSkyB, Broadband Services Ltd./Easynet Group plc, beslissing van 30 december 2005, randnummer 13. Vrije vertaling: “[o]ndanks de geografische beperking van sommige aanbieders, bijv. kabelnetwerken, worden alle betreffende diensten aangeboden op een nationale basis. Bijgevolg wordt de fusie geanalyseerd binnen een nationaal referentiekader”.

²¹⁴ Beslissing van het College van 18 augustus 2010, zaak AWB 09/536-09/539 en 09/541-09/548, beslissing van 18 augustus 2010, randnummer 6.6.

²¹⁵ Beslissing van het College van 18 augustus 2010, zaak AWB 09/536-09/539 en 09/541-09/548, beslissing van 18 augustus 2010, randnummer 6.7.

Niet Vertrouwelijke Versie

gemeenschapsregulators hun beleid op elkaar moeten afstemmen krachtens het Samenwerkingsakkoord²¹⁶. Dit wordt trouwens geïllustreerd door de gecoördineerde actie van de vier regulators in deze zaak.

3.4. Algemene Conclusie

365. De Ontwerpbeslissing maakt het niet aannemelijk dat er sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabeloperators. Gelet op de aanwezigheid van nationale spelers met een nationale prijzenpolitiek moet worden besloten dat de relevante markt nationaal is. De gebrekkige berekening door het BIPT van de ketensubstitutie-effecten volstaan kennelijk niet om een andere marktabakening te verantwoorden.

VI. DE 3 CRITERIA-TEST

1. INLEIDING

1.1. De kenmerken van de Belgische markt verschillen niet wezenlijk van die in andere Lidstaten en/of van de motieven op grond waarvan markt 18 uit de Aanbeveling werd verwijderd.

366. De retail omroepmarkt komt niet voor op de lijst in bijlage bij de Aanbeveling van de Europese Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten die aan *ex ante*-regelgeving kunnen worden onderworpen.
367. De vroegere markt 18, die nauw verbonden is met deze retailmarkt, werd daarentegen uit de lijst van de Aanbeveling verwijderd omdat de Commissie van oordeel was dat hij niet langer beantwoordde aan de 3-criteria test²¹⁷. De meeste NRI's die deze markt op nationaal vlak hebben geanalyseerd zijn tot dezelfde conclusie gekomen omdat niet aan het tweede en/of het derde criterium was voldaan²¹⁸.
368. Hierboven werd reeds aangetoond dat de bevindingen van de Commissie op basis waarvan markt 18 uit de Aanbeveling werd verwijderd *mutadis mutandis* op de Belgische markt toepasselijk zijn. De kenmerken van de Belgische omroepmarkt onderscheiden zich niet of zeker niet in die mate van die van de omroepmarkten in andere Lidstaten om een regelgevende interventie te kunnen verantwoorden²¹⁹.

1.2. Gebrekkige toepassing van de 3 criteria-test in de Ontwerpbeslissing

369. De 3 criteria-test gaat volgens de conceptuele logica van de Commissie vooraf aan de vraag of er een marktpartij is met aanmerkelijke marktmacht. De structuur van de Ontwerpbeslissing, die de SMP-analyse laat voorafgaan aan de 3 criteria-test,

²¹⁶ 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 de regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, B.S., 28 december 2006, p. 75371.

²¹⁷ Zie *supra*, randnummer 193.

²¹⁸ Zie *supra*, randnummer 144.

²¹⁹ Zie *supra*, randnummers 194 e.v.. Zie ook het rapport van WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, p.21-22 (Bijlage 2).

is vanuit dit oogpunt dus verrassend te noemen.

370. Het valt daarbij op dat de analyse van de 3 criteria in de Ontwerpbeslissing nauwelijks afwijkt van de SMP-analyse. De 3 criteria-test verschilt nochtans van de SMP-analyse doordat hij betrekking heeft op de kenmerken van de markt, niet op positie van de ene of de andere marktdeelnemer:

*“The three-criteria test focuses on **market characteristics**. It is intended to determine where persistent market failures, that ultimately cause consumer harm, are most likely to exist. As such **the three-criteria test is different from the SMP assessment**. Whereas the three-criteria test focuses on the **general structure and characteristics of a market** in order to identify those markets whose characteristics are such that they need to be analysed in more detail on a national basis by NRAs, the SMP assessment focuses on the market power of a specific operator in a given market with a view to determining whether that operator should or should not be made subject to ex ante regulation in that particular market. **Meeting the three-criteria test does not automatically mean that regulation is warranted**. Regulation will only be warranted if on a market that meets the three-criteria test, one or more operators are found to have significant market power.”²²⁰*

371. Het BIPT lijkt onvoldoende rekening te hebben gehouden met dit fundamentele onderscheid. Het lijkt te veronderstellen dat van zodra vaststaat dat een operator aanmerkelijke marktmacht heeft, de voorwaarden voor regelgevende interventie zijn vervuld. Dit is onterecht. Zelfs indien er aanmerkelijke marktmacht bestaat, kan een markt die niet beantwoordt aan de 3 criteria-test niet *ex ante* worden gereguleerd.
372. De 3 criteria-test veronderstelt verder een prospectieve analyse van de relevante markt. Dergelijke prospectieve analyse ontbreekt volledig in de Ontwerpbeslissing. Het BIPT beperkt zich tot een eerder statische analyse van de markt die zij heeft afgebakend. Zij heeft daarbij weinig of geen oog voor:
- de dynamiek die voortvloeit uit innovatie (inclusief door initiatieven van nieuwe spelers), technologische vooruitgang en de huidige of te verwachten convergentie van platformen en diensten;
 - de concurrentiële druk die uitgaat of in de toekomst zal uitgaan van partijen die vooralsnog (terecht of ten onrechte, zie *supra* randnummers 239 tot 320) niet tot de relevante markt worden gerekend.
373. In hoofdstukken 2, 3 en 4 hieronder worden de 3 criteria stuk voor stuk besproken. Voor zover nodig herhaalt Telenet dat de 3 criteria cumulatief moeten worden vervuld. Van zodra één criterium niet is vervuld, komt de markt niet in aanmerking voor *ex ante*-regelgeving.

²²⁰ Explanatory Note bij de Aanbeveling, p.11. Vrije vertaling: “De drie criteria test focust op de karakteristieken van de markt. Het is bedoeld om te bepalen waar blijvend marktfalen, dat uiteindelijk aan de consument schade toebrengt, het meest waarschijnlijk voorkomt. Als dusdanig is de drie criteria test verschillend van de SMP bepaling. Terwijl de drie criteria test focust op de algemene structuur en karakteristieken van een markt teneinde deze markten te identificeren waar de karakteristieken zo zijn dat ze in meer detail op een nationale basis moeten worden geanalyseerd door de NRAs, focust de SMP bepaling op de marktmacht van een specifieke operator op een gegeven markt met het oog op de beoordeling of deze operator al dan niet moet worden onderworpen aan ex ante regulering op deze specifieke markt. Voldoen aan de drie criteria test, betekent dus niet automatisch dat regulering gerechtvaardigd is. Regulering zal enkel gerechtvaardigd zijn als op een markt die aan de drie criteria test voldoet, één of meer operatoren worden gevonden die over een aanmerkelijke marktmacht beschikken”.

2. EERSTE CRITERIUM: HOGE TOEGANGSBELEMMERINGEN DIE NIET VAN VOORBIJGAANDE AARD ZIJN

374. Volgens de Europese Commissie kunnen toegangsbelemmeringen van structurele dan wel van wettelijke of regelgevende aard zijn²²¹. De analyse van het BIPT verwijst uitsluitend naar structurele toegangsbelemmeringen. Hieruit kan worden afgeleid dat het BIPT van oordeel is dat er geen wezenlijke wettelijke of regelgevende belemmeringen bestaan.
375. Hierna wordt vooreerst aangetoond dat markttoetreding en de ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie aantonen dat de bestaande structurele toegangsbelemmeringen overbrugbaar zijn en/of van voorbijgaande aard. Vervolgens wordt aangetoond dat de verschillende schaal- en breedtevoordelen en de verticale integratie waarnaar het BIPT verwijst niet leiden tot asymmetrische voorwaarden tussen gevestigde exploitanten en nieuwkomers en dus geen ernstige toegangsdrempels zijn.

2.1. De toename van het aantal beschikbare infrastructuren wijst op dalende toetredingsdrempels

2.1.1. Succesvolle markttoetreding van Belgacom op basis van infrastructuurconcurrentie

376. De relevante markt zoals afgebakend door het BIPT werd de afgelopen vijf jaar gekenmerkt door de markttoetreding van **Belgacom**. Deze markttoetreding kan zonder meer succesvol worden genoemd.
377. In het derde kwartaal van 2010 wist Belgacom maar liefst 52.000 nieuwe TV-klienten te overtuigen. Na amper 5 jaar heeft zij de kaap van 900.000 TV-klienten ruimschoots overschreden:

“Sterk groeiende opbrengsten uit Belgacom TV (+ 42%); drempel van 900.000 klienten overschreden

In de eerste negen maanden van 2010 boekte CBU sterke televisieresultaten, wat tot een groei op jaarbasis leidt van bijna 42% of 39 miljoen EUR, om een totaalbedrag te bereiken van 132 miljoen EUR. De belangrijkste factor blijft daarbij het toenemend aantal klienten door het succes van de packs, hoewel de impact op jaarbasis van het pack met gratis tv min of meer verdwijnt. In het derde kwartaal van 2010 trok CBU 52.000 nieuwe tv-klienten aan, wat de totale klientenbasis op 920.000 abonnees brengt, inclusief 125.000 secondstreamgebruikers.”²²²

378. Deze grootschalige en succesvolle markttoetreding wijst op het ontbreken van ernstige toegangsdrempels voor Belgacom. Het BIPT erkent overigens uitdrukkelijk dat er voor Belgacom geen hoge structurele toegangsdrempels zijn²²³.

2.1.2. Bestaande en komende regulering van relevante markten stroomopwaarts in de toeleveringsketen maakt markttoetreding mogelijk

²²¹ Aanbeveling, randnummer 8.

²²² Derde kwartaalverslag 2010 Belgacom, p. 13. Ook de CEO van Belgacom benadrukt het belang en het succes van Belgacom TV: “Zoals eerder vermeld is tv een belangrijke groeimotor voor onze opbrengsten van de Consumer Business Unit. (...) Belgacom TV is onmiskenbaar een succesverhaal.” (Derde kwartaalverslag 2010 Belgacom, p. 4).

²²³ Zie o.a. randnummers 248 en 250-252 van de Ontwerpbeslissing.

379. Een belangrijke vraag bij de beoordeling van het eerste criterium is verder of de toegangsdrempels op de relevante markt zoals afgebakend door het BIPT al dan niet van niet voorbijgaande aard zijn in de context van een “modified Greenfield” benadering, d.i. zonder regulering op de geanalyseerde markt maar rekening houdend met regelgevende verplichtingen opgelegd in stroomopwaartse relevante markten²²⁴.
380. In deze context valt het op dat het BIPT geen enkele aandacht schenkt aan:
- De mogelijkheden die het bestaande gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom (BRUO) biedt om te concurreren op basis van grotendeels eigen infrastructuur. Deze mogelijkheden worden sinds februari 2010 benut door Alpha Networks, dat haar diensten aanbiedt onder de merknaam **Billi**. Alhoewel Alpha Networks inzake TV voorlopig uitsluitend in Franstalig België actief is, kondigde het eind december 2010 aan dat het zijn activiteiten ook zal uitbreiden tot gans Vlaanderen²²⁵. Billi toont op een treffende wijze aan dat zelfs een kleine speler met bescheiden middelen op basis van het BRUO aanbod van Belgacom de markt succesvol kan betreden.
 - Het feit dat in de lopende marktanalyse betreffende markten 4 en 5 uit de Aanbeveling blijkt dat het BIPT voornemens is om een verplichting inzake **bitstream multicasting** op te leggen aan de SMP-operator, Belgacom. Dit voornemen is uitermate relevant aangezien het BIPT hierover het volgende stelt: *“Door deze aanpak wordt de levering van televisiediensten via bitstream door alternatieve operatoren aan een groot aantal eindgebruikers **technisch en economisch haalbaar**.”*²²⁶
381. Wanneer men rekening houdt met de bestaande en komende SMP-verplichtingen op de markten 4 en 5, is of wordt de levering van televisiediensten door alternatieve operatoren aan een groot aantal eindgebruikers technisch en economisch haalbaar. Deze vaststelling staat haaks op de bewering van het BIPT dat er sprake zou zijn van een *“niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur”* en wijst erop dat eventuele toetredingsdrempels van voorbijgaande aard zijn.

2.1.3. Alternatieve infrastructuren bieden toegenomen (mogelijkheden voor) markttoetreding

382. De beoordeling van het eerste criterium wordt verder vertekend door de te enge afbakening van de relevante productmarkt. Daardoor houdt het BIPT ten onrechte geen rekening met de mogelijkheden om op basis van satelliet en DVB-T een concurrerend aanbod in de markt te zetten.
383. Hierboven werd reeds aangegeven dat deze infrastructuren – die beide openstaan voor gebruik door alternatieve operatoren – ten onrechte uit de relevante markt werden geweerd²²⁷. De recente lancering van Mobistar TV op basis van satelliettechnologie is duidelijk bestemd om rechtstreeks te concurreren met kabeloperatoren zoals Telenet en IPTV-spelers zoals Belgacom. Dat Mobistar in deze technologie investeert, is het beste bewijs dat zij gelooft in het potentieel ervan als concurrerende infrastructuur. Dit potentieel wordt overigens bevestigd

²²⁴ Zie o.a. Explanatory Note, p.8, laatste paragraaf.

²²⁵ “Telecom operator Billi lanceert vernieuwend aanbod. Marktverruiming tot heel Vlaanderen in volle voorbereiding”, Itel 15 december 2010, p. 5 (Bijlage 17).

²²⁶ Ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 20 december 2010 betreffende de analyse van de breedbandmarkten, p. 436.

²²⁷ Zie *supra*, randnummers 238 tot 299.

Niet Vertrouwelijke Versie

door de recentste berichten over het succes van Mobistar TV. Tussen oktober en december 2010 heeft Mobistar haar bundels met TV al bij 10.000 klanten geïnstalleerd²²⁸. Zij heeft meer bestellingen gekregen maar kan kennelijk niet aan de grote vraag voldoen. Volgens recente geruchten in de pers heeft Mobistar in feite reeds tussen 20.000 en 50.000 TV klanten verworven²²⁹.

384. Eén en ander toont aan dat het voor nieuwkomers ook mogelijk is om de markt succesvol te betreden aan de hand van satelliettechnologie. Ook de DVB-T infrastructuur van Norkring biedt in dit opzicht vergelijkbare mogelijkheden²³⁰.

2.1.4. Samenvattend overzicht van de beschikbare infrastructuren en toetredingsmogelijkheden

385. Schematisch kan de situatie als volgt worden samengevat²³¹ :

No.	Transmission platform	Transmission platform operator (coverage)	Type of transmission (self-supply or wholesale)	TV service providers using the transmission platform
1	Cable	• Telenet (regional)	Broadcasting transmission (self-supply)	• Telenet (regional)
		• Numéricable (regional)	Broadcasting transmission (self-supply)	• Numéricable (regional)
		• Brutélé (regional)	Broadcasting transmission (self-supply)	• VOO (regional)
		• Tectéo(regional)	Broadcasting transmission (self-supply)	• VOO (regional)
		• AIESH (regional)	Broadcasting transmission (self-supply)	• AIESH (regional)
2	IPTV	• Belgacom (nationwide)	Broadcasting transmission (self-supply)	• Belgacom TV • Scarlet (affiliate of Belgacom, resale of Belgacom TV bouquet)
			Wholesale multicast bitstream (prospectively)	• KPN/Base (prospectively) • Mobistar (prospectively) • Billi (affiliate of Alpha Networks) (prospectively)
			Wholesale ULL	• Billi (affiliate of Alpha Networks) (regional)
3	Satellite	• Astra (paneuropian)	Wholesale broadcasting transmission	• TV Vlaanderen /TéléSat • Allo Telecom (resale of bouquet of TV Vlaanderen/TéléSat)

²²⁸ Jaarresultaten Mobistar 2010, http://corporate.mobistar.be/pdf/FY_Q4_2010_NL.pdf.

²²⁹ "Succès surprise pour Mobistar", *La Libre Belgique*, 21 januari 2011 (Bijlage 25).

²³⁰ Zie *supra*, randnummers 286.

²³¹ Noot: omroeptransmissie van FTA (Free-to-air) programma's over satelliet en DVB-T wordt niet in de tabel vermeld. Bron: WIK-Consult; BIPT, Ontwerpbesluit van het BIPT betreffende de breedbandmarkten en Ontwerpbeslissing van de VRM betreffende de Omroepmarkt.

				<ul style="list-style-type: none"> • Mobistar TV • Euphony (resale of bouquet of Mobistar)
		<ul style="list-style-type: none"> • Eutelsat (paneuropean) 	Wholesale broadcasting transmission	<ul style="list-style-type: none"> • TélésAT (regional)
4	DTT	<ul style="list-style-type: none"> • Norkring (regional) 	Wholesale broadcasting transmission	<ul style="list-style-type: none"> • Telenet (regional) • Other TV service providers (prospectively)
		<ul style="list-style-type: none"> • RTBF (regional) 	Wholesale broadcasting transmission	<ul style="list-style-type: none"> • No subscription offer

2.2. De onmogelijkheid om analoge televisie aan te bieden is geen (hoge) toegangsbelemmering

386. In randnummer 249 van de Ontwerpbeslissing meent het BIPT een toegangsdrempel te kunnen afleiden uit het feit dat potentiële nieuwe toetreders de analoge functionaliteit van Telenet niet kunnen dupliceren. Dit zou volgens het BIPT een belangrijk element zijn van het TV-dienstenaanbod in het verzorgingsgebied van Telenet. Het zou bovendien Telenet beter in staat stellen om haar analoge klanten te begeleiden in hun overstap naar digitaal.
387. Analoge en digitale televisie worden door consumenten als substituten gezien. Het niet kunnen beschikken over analoge televisie kan dan ook bezwaarlijk als een hoge toegangsdrempel worden gezien.
388. De Ontwerpbeslissing overschat bovendien manifest het belang van het kunnen aanbieden van analoge televisie. Zo bijvoorbeeld kunnen uit de resultaten van het BIPT marktonderzoek de volgende indicaties worden afgeleid:
- In het verzorgingsgebied van Telenet beschikt 57% van de huishoudens over slechts één televisietoestel. Voor deze huishoudens is de mogelijkheid om op één televisietoestel digitaal en op een ander toestel analoog te kijken dus volstrekt irrelevant²³².
 - Slechts 12% van de huishoudens beschikt over 3 of meer televisietoestellen en zou dus een nadeel kunnen ondervinden van de huidige beperking om via IPTV meer dan 2 of 3 televisietoestellen aan te sluiten²³³. De mogelijkheid om meerdere televisietoestellen aan te sluiten wordt echter slechts genoemd door 19% van de ondervraagden als voordeel van analoge televisie²³⁴.
 - 87% van de huishoudens die in het verzorgingsgebied van Telenet over zowel analoge als digitale televisie beschikt, kijkt hoofdzakelijk digitaal²³⁵. In andere verzorgingsgebieden is dit zelfs 100%.
389. De mogelijkheid om het analoge klantenbestand te begeleiden in de overgang naar digitale televisie kan ook bezwaarlijk als een toetredingsdrempel worden aanzien. Belgacom en de alternatieve operatoren (bijvoorbeeld Mobistar en KPN) beschikken over vergelijkbare mogelijkheden gelet op hun ruime klantenbestand voor andere diensten (zie *infra*, randnummers 405 en 407).
390. Het succes van Belgacom op de relevante markt (zie *supra* randnummers 157 en

²³² Vraag 2 van het BIPT marktonderzoek.

²³³ Vraag 2 van het BIPT marktonderzoek.

²³⁴ Vraag 10 van het BIPT marktonderzoek.

²³⁵ Vraag 9 van het BIPT marktonderzoek.

377) – zonder te beschikken over een analoog televisieaanbod – bevestigt verder onmiskenbaar dat succesvolle markttoetreding mogelijk is zonder analoog televisieaanbod.

391. Zoals het BIPT tenslotte terecht opmerkt, nemen de eventuele (beperkte) voordelen van analoge televisie verder af ten gevolge van technologische ontwikkelingen:

“Er dient echter te worden opgemerkt dat recente technologische ontwikkelingen voor klanten die enkel digitaal kijken deze voordelen van analoge tv verkleinen.”²³⁶

392. Analoge televisie is een oude, capaciteitsverslindende technologie die in de loop van de reguleringsperiode verder zal worden afgebouwd, zo niet stopgezet. Het BIPT wijst hier zelf op bij de bespreking van de rechtvaardiging en evenredigheid van de verplichting om toegang te verlenen tot een doorverkoop aanbod van analoge televisie. Het stelt inderdaad dat analoge televisie *“onvermijdelijk (zal) moeten verdwijnen en ook in België de plaats zal moeten ruimen voor volledig digitaal”²³⁷*. Daarmee bevestigt het BIPT zelf het afnemende belang van analoge televisie tijdens de reguleringsperiode.

393. Telenet bevestigt voor zover nodig dat het analoge aanbod in de loop van de reguleringsperiode noodzakelijkerwijze zal moeten worden afgebouwd en uiteindelijk verdwijnen, gelet op de permanente nood aan bijkomende capaciteit voor de verdere ontwikkelingen van digitale televisie (inclusief in HD en 3D) en breedbandinternet.

394. Als er op dit vlak al sprake is van een toegangsdrempel, dan is die duidelijk van voorbijgaande aard.

2.3. De verschillende schaal- en breedtevoordelen en de verticale integratie waarnaar het BIPT verwijst vormen geen hoge toegangsdrempels.

2.3.1. Voorafgaand

395. Vooraf moet in herinnering worden gebracht dat toetredingsdrempels veronderstellen dat er sprake is van een asymmetrie tussen gevestigde exploitanten en nieuwkomers op de markt. Zij moeten leiden tot *“zodanig asymmetrische voorwaarden voor gevestigde exploitanten en voor nieuwkomers dat de markttoegang van die laatsten wordt belemmerd of verhinderd”²³⁸*. Hierna zal worden aangetoond dat dit niet het geval is voor de verschillende elementen die worden aangehaald in hoofdstuk 5.3.2.1.2. van de Ontwerpbeslissing.

2.3.2. Onderhandelingen over contentrechten

396. Het BIPT stelt dat nieuwkomers op de markt *“met de eigenaars en rechthebbenden van inhoud moeten onderhandelen over toegang tot inhoud”*, hetgeen zou leiden tot kosten die niet kunnen worden terugverdiend zonder een aanzienlijk marktaandeel²³⁹.

²³⁶ Ontwerpbeslissing, randnummer 85.

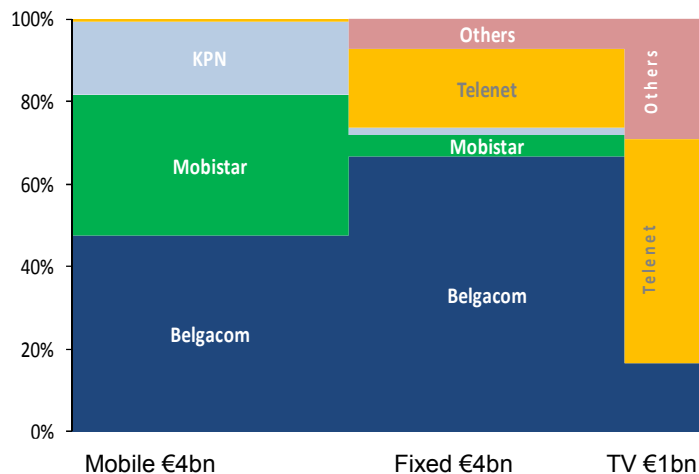
²³⁷ Ontwerpbeslissing, randnummer 453.2.

²³⁸ Aanbeveling, randnummer 9.

²³⁹ Ontwerpbeslissing, randnummer 250.

Niet Vertrouwelijke Versie

397. De loutere noodzaak om met de eigenaars en rechthebbenden van inhoud te onderhandelen, geldt op gelijke wijze voor gevestigde exploitanten en nieuwkomers op de markt. Overeenkomsten met zenders en beheersvennootschappen lopen typisch voor een bepaalde duur. Dit betekent dat ook gevestigde exploitanten op regelmatige tijdstippen moeten onderhandelen met deze rechthebbenden. Er bestaat op dit vlak dus geen asymmetrie tussen gevestigde exploitanten en nieuwkomers²⁴⁰. Mobistar en Billi zijn er overigens perfect in geslaagd de nodige rechten te verwerven voor de lancering van hun respectieve televisieaanbiedingen.
398. Daarnaast moet worden benadrukt dat de vergoedingen die aan rechthebbenden moeten worden betaald vaak worden gerelateerd aan het aantal TV-klienten. *In concreto* betekent dit dat de kosten van nieuwkomers gerelateerd zijn aan hun marktaandeel en dus ook kunnen worden terugverdiend zonder aanzienlijk marktaandeel.
399. Tenslotte mag men niet uit het oog verliezen dat vele (potentiële) nieuwkomers, zoals Mobistar of KPN, gevestigde spelers zijn op de Belgische elektronische communicatiemarkten die bovendien behoren tot grote internationale groepen (respectievelijk France Télécom en KPN), en als dusdanig beschikken over vergelijkbare of zelfs uitgebreidere financiële middelen dan Telenet. Dit wordt op treffende wijze geïllustreerd door het hiernavolgende overzicht dat een idee geeft van de werkelijke verhoudingen tussen de verschillende spelers op de Belgische telecommunicatiemarkten in termen van omzet.



400. Dit is uiteraard niet zonder belang bij de onderhandeling over content. Ter illustratie van de impact hiervan kan bijvoorbeeld in herinnering worden gebracht dat het sinds 2005 "nieuwkomer" Belgacom is die beschikt over de exclusieve uitzendrechten op het Belgische voetbal.

2.3.3. Uitgaven voor marketing

401. Het BIPT stelt dat kan worden verwacht dat nieuwkomers een grote hoeveelheid geld zullen moeten investeren in marketing om de aandacht te krijgen ten opzichte

²⁴⁰ Voor zover als nodig wijst Telenet er verder op dat zij tengevolge de verplichtingen die haar door de Raad voor de Mededinging werden opgelegd naar aanleiding van de overname van Canal+, geen exclusieve overeenkomsten mag afsluiten met de belangrijkste open net zenders (zie voorwaarde 3.a. van de beslissing van de Raad voor de Mededinging van 12 november 2003 in de zaak 2003-C/C-89).

Niet Vertrouwelijke Versie

van spelers die reeds op de markt aanwezig zijn²⁴¹.

402. Opnieuw moet worden benadrukt dat ook gevestigde exploitanten permanent moeten blijven investeren in reclame. Vele (potentiële) nieuwkomers, zoals Mobistar of KPN, zijn bovendien gevestigde spelers op de Belgische elektronische communicatiemarkten en beschikken als dusdanig over vergelijkbare, zo niet uitgebreidere, financiële middelen dan Telenet. De marketingbudgetten waarover deze 'nieuwkomers' beschikken zijn eveneens aanzienlijk²⁴².
403. Er bestaat op dit vlak dus geen wezenlijke asymmetrie tussen gevestigde exploitanten en (de meest waarschijnlijke) nieuwkomers.

2.3.4. Mogelijkheid tot cross selling en multiple play-aanbiedingen

404. Een andere toetredingsdrempel zou volgens het BIPT zijn dat Telenet en Belgacom hun omroepproducten kunnen *cross sellen* aan hun breedbandinternet- en telefoniekanten en hun klantenverloop laag kunnen houden dankzij multiple play-aanbiedingen.
405. Ook hier verliest het BIPT uit het oog dat bepaalde (potentiële) nieuwkomers, zoals de mobiele operatoren, net zo goed omroepdiensten kunnen cross-sellen aan hun breedbandinternet- en telefoniekanten en aan hun uitgebreide mobiele klantenbestand (Mobistar beschikte bijvoorbeeld op het einde van het derde kwartaal van 2010 over ongeveer 4 miljoen mobiele telefoniekanten²⁴³). De succesvolle commerciële strategie van Mobistar voor de lancering van MobistarTV steunt ook effectief op dergelijke cross selling : "*Au départ nos propres clients étaient le premier groupe cible de Mobistar TV*"²⁴⁴.
406. Hierboven werd verder reeds aangetoond dat terwijl het belang van multiple play aanbiedingen niet kan worden miskend, men moet vaststellen dat een meerderheid van consumenten in België hun televisiediensten nog steeds buiten een bundel aankopen. Bovendien kunnen nieuwkomers net als Telenet en Belgacom multiple play pakketten in de markt zetten²⁴⁵. In de mate dat deze pakketten een mobiele component bevatten, zijn het overigens spelers zoals Telenet, die niet beschikken over een eigen mobiel netwerk, die geconfronteerd worden met asymmetrische concurrentievoorwaarden.

2.4. Conclusie betreffende het eerste criterium

407. De grootschalige en succesvolle markttoetreding van BelgacomTV wijst op het ontbreken van ernstige toegangsdrumpels voor deze partij. Het BIPT erkent overigens uitdrukkelijk dat er voor Belgacom geen hoge structurele toegangsdrumpels zijn. Het succes van BelgacomTV – zonder te beschikken over een analoog televisieaanbod – bevestigt verder onmiskenbaar dat succesvolle markttoetreding mogelijk is zonder analoog televisieaanbod.
408. Wanneer men verder rekening houdt met de bestaande en komende regulering

²⁴¹ Ontwerpbeslissing, randnummer 251.

²⁴² Ook alternatieve spelers met minder financiële middelen slagen er trouwens in om op succesvolle wijze te adverteren. Een voorbeeld hiervan is Scarlet, die in 2009 de zesde grootste adverteerder was op het internet, vóór ondernemingen als Peugeot, Renault en France Télécom <http://www.cim.be/media/reclame/openbare-resultaten/adverteerdersgroep>.

²⁴³ Derde kwartaalverslag 2010 Mobistar, p. 4. http://corporate.mobistar.be/pdf/q3_2010_nl.pdf

²⁴⁴ "Succès surprise pour Mobistar", *La Libre Belgique*, 21 januari 2011. Vrije vertaling: "*In het begin waren onze eigen klanten de eerste doelgroep van Mobistar TV*" (Bijlage 25)

²⁴⁵ Zie o.a. het zgn. Starpack van Mobistar (Bijlage 22).

van de markten 4 en 5 van de Aanbeveling, is of wordt de levering van televisiediensten door alternatieve operatoren aan een groot aantal eindgebruikers via grotendeels eigen infrastructuur technisch en economisch haalbaar. Deze vaststelling staat haaks op de bewering van het BIPT dat er sprake zou zijn van een “*niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur*”. Minstens blijkt hieruit dat eventuele toegangsdrempels op dit vlak van voorbijgaande aard zijn.

409. Daarnaast zijn ook een tweede en een derde infrastructuur, met name satelliet en DVB-T beschikbaar voor alternatieve operatoren. Dat derden zoals Mobistar via satelliettechnologie succesvol in concurrentie treden met kabel- en IPTV-operatoren bevestigt dat ook deze infrastructuur een realistisch alternatief biedt voor nieuwkomers die de markt willen betreden. Eén en ander heeft voor gevolg dat de structurele toegangsdrempels niet langer hoog of van niet-voorbijgaande aard zijn.
410. De verschillende schaal- en breedtevoordelen en de verticale integratie waarnaar het BIPT verwijst – voor zover die al bestaan – geven tenslotte geen aanleiding tot een wezenlijke asymmetrie in de concurrentievoorwaarden en kunnen dus evenmin worden gelijkgeschakeld met hoge toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard.
411. Deze kenmerken van de Belgische markt brengen WIK Consult ertoe het volgende te besluiten betreffende het eerste criterium:

*“With four available digital broadcasting transmission platforms and commercial or regulated third-party access already available to three of them, barriers to entry can no longer be regarded as permanent. (...)Table 1 illustrates the large number and diversity of TV service providers made possible with the existing platforms. **Clearly, the economics of broadcasting transmission platforms does not give rise any longer to high and permanent barriers to entry.**”²⁴⁶*

412. Telenet sluit zich volmondig aan bij deze conclusie.

3. TWEEDE CRITERIUM: MARKTSTRUCTUUR DIE NIET NEIGT NAAR DAADWERKELIJKE MEDEDINGING

3.1. De noodzaak van een dynamische, prospectieve analyse

413. Zoals hierboven aangegeven (randnummer 372) veronderstelt de 3 criteria-test een prospectieve analyse van de relevante markt:
- *“In view of the character of electronic communications markets, for regulatory intervention to be justified, **market characteristics should be analysed not only in a static but also in a dynamic manner.** Does the market, in the absence of regulation, tend towards effective competition? Market dynamics may make barriers to entry disappear over time, for example as a result of technological developments. Convergence of previously distinct markets may*

²⁴⁶ Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, p.16. Vrije vertaling: “Met vier beschikbare digitale omroeptransmissieplatformen en commerciële of gereguleerde derde-partij toegang die reeds beschikbaar is voor drie van hen, kunnen toetredingsdrempels niet langer als permanent worden aanzien. (...)Tabel 1 illustreert het hoge aantal en de diversiteit van aanbieders van televisiediensten mogelijk gemaakt door de bestaande platformen. De economie van omroeptransmissieplatformen geeft duidelijk niet langer aanleiding tot hoge en permanente toetredingsdrempels” (Bijlage 2).

increase competition. Or simply, there may be sufficient players active in the market for effective competition to emerge behind the barriers to entry. Possibilities for the market to tend towards a competitive outcome, in spite of high barriers to entry, need also to be taken into consideration in analysing whether market characteristics may justify ex ante regulation.”²⁴⁷

- “Toegangsbelemmeringen kunnen ook minder relevant worden op markten die door **innovatie** worden gestuurd en die door **voortdurende technologische vooruitgang** worden gekenmerkt. Op dergelijke markten vloeit de concurrentiedruk voornamelijk voort uit de bedreiging die uitgaat van innovatie van potentiële concurrenten die zich niet op de markt bevinden. **Op markten waar innovatie een stuwende kracht is, kan dynamische concurrentie of concurrentie op langere termijn plaatsvinden tussen bedrijven die niet noodzakelijkerwijs concurrenten op een bestaande „statische” markt zijn.** Deze aanbeveling wijst geen markten aan waarvan wordt verwacht dat toegangsbelemmeringen niet voor een afzienbare tijd zullen blijven bestaan. Bij het nagaan welke toegangsbelemmeringen bij afwezigheid van regelgeving waarschijnlijk zullen blijven bestaan, moet worden onderzocht of de sector in het verleden door veelvuldige en succesvolle toegang is gekenmerkt en of de toegang direct en duurzaam genoeg is geweest of naar alle waarschijnlijkheid zal zijn om de marktmacht te beperken. De relevantie van de toegangsbelemmeringen zal onder meer afhangen van de omvang die de productie ten minste moet hebben om rendabel te zijn en van de initiële investeringen.”²⁴⁸
- “Ook al wordt een markt door hoge toegangsbelemmeringen gekenmerkt, toch kunnen andere structurele factoren op die markt inhouden dat de markt binnen de relevante tijdschhorizon neigt naar een daadwerkelijk concurrerend resultaat. **De marktdynamiek kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt door technologische ontwikkelingen of door de convergentie van producten en markten, waardoor concurrentiedruk kan ontstaan tussen exploitanten die op verschillende productenmarkten actief zijn.** Dit kan ook het geval zijn op markten waar een beperkt — maar voldoende — aantal ondernemingen met uiteenlopende kostenstructuren te maken heeft met een prijselastische vraag vanuit de markt. Er kan ook van overcapaciteit op een markt sprake zijn, waardoor concurrerende ondernemingen normaal gesproken in staat moeten zijn de output zeer snel uit te breiden in reactie op een eventuele prijsverhoging. Op dergelijke markten kunnen de marktaandeelen in de tijd variëren en/of de prijzen een dalend verloop vertonen. **Wanneer de marktdynamiek aan snelle veranderingen onderhevig is, moet de relevante tijdschhorizon zodanig worden gekozen dat relevante marktontwikkelingen tot uiting komen.**”²⁴⁹
- “Market dynamics may also be changed by **technological developments or by the convergence of products and markets.** Innovation-driven markets characterised by ongoing technological progress may indeed tend towards

²⁴⁷ Explanatory Note, pagina 7. Vrije vertaling: “Opdat regulatoire interventie gerechtvaardigd zou zijn, moeten, met het oog op de aard van de elektronische communicatie markten, de karakteristieken van de markt worden geanalyseerd niet alleen op een statische maar ook op een dynamische manier. Neigt de markt, in afwezigheid van regulering, naar effectieve concurrentie? Marktdynamieken kunnen ervoor zorgen dat toetredingsdrempels op termijn verdwijnen, bijvoorbeeld als gevolg van technologische ontwikkelingen. Convergentie van voorafgaandelijk aparte markten kan de concurrentie doen toenemen. Of simpelweg, er kunnen voldoende spelers op de markt actief zijn opdat, voorbij de toetredingsdrempels, daadwerkelijke concurrentie ontstaat. Mogelijkheden dat de markt neigt naar een concurrentieel resultaat, moeten ook in aanmerking worden genomen bij de analyse of de karakteristieken van de markt ex ante regulering kunnen rechtvaardigen”.

²⁴⁸ Randnummer 11 van de Aanbeveling.

²⁴⁹ Randnummer 12 van de Aanbeveling.

effective competition. In such markets, competitive constraints often come from innovative threats from potential competitors that are not currently in the market. In such innovation-driven and/or converging markets, dynamic or longer-term competition can take place among firms that are not necessarily competitors in an existing “static” market.

*The tendency towards effective competition does not necessarily imply that the market will reach the status of effective competition within the period of review. It simply means that there is clear evidence of dynamics in the market within the period of review which indicates that the status of effective competition will be reached in the longer-run without ex ante regulation in the market concerned. Where market dynamics are changing rapidly care should be taken in choosing the period of review so as to reflect the pertinent market developments. Anticipated events must be expected within a meaningful timeframe and on the basis of concrete elements (e.g. business plans, investments made, new technologies being rolled out) rather than something which may be theoretically possible.*²⁵⁰

3.2. De analyse van het tweede criterium door het BIPT

414. Het BIPT beperkt zich bij de bespreking van het tweede criterium tot een statische analyse van de relevante markt. Het beperkt zich meer bepaald tot een bespreking van de elementen die eerder in de Ontwerpbeslissing in aanmerking werden genomen bij het onderzoek naar aanmerkelijke marktmacht. Het verwijst daarbij naar het belang van analoge televisie, de hoge marktaandelen van Telenet, het beweerd gebrek aan prijsdruk en de algemene trend naar multiple play²⁵¹. Wat daarentegen volledig ontbreekt is een onderzoek van de dynamiek die voortvloeit uit innovatie, technologische vooruitgang en de huidige of te verwachten convergentie van platformen en diensten. Dit is nochtans fundamenteel bij de beoordeling van het tweede criterium. De eventuele afwezigheid van effectieve concurrentie op het ogenblik van de analyse kan uiteraard niet worden gelijkgeschakeld met het ontbreken van een evolutie in de richting van effectieve concurrentie in de toekomst²⁵².
415. Hierna zal worden aangetoond dat de omroepmarkt – voor zover nog niet competitief – neigt in de richting van daadwerkelijke mededinging zodat niet is voldaan aan het tweede criterium.

²⁵⁰ Explanatory Note, pagina 11. Vrije vertaling: “Marktdynamieken kunnen ook gewijzigd worden door technologische ontwikkelingen of door de convergentie van producten en markten. Innovatie-gedreven markten gekenmerkt door gestage technologische vooruitgang kunnen inderdaad neigen naar effectieve concurrentie. In deze markten komt concurrentiële druk vaak van innovatieve bedreigingen van potentiële concurrenten die momenteel niet op de markt zijn. In deze innovatie-gedreven en/of convergerende markten kan dynamische of lange termijn concurrentie plaatsvinden tussen ondernemingen die niet noodzakelijk concurrenten zijn in de bestaande “statische” markt.

De neiging naar daadwerkelijke concurrentie impliceert niet noodzakelijk dat de markt binnen de reguleringsperiode de status van daadwerkelijke concurrentie zal bereiken. Het betekent enkel dat er duidelijk bewijs van dynamieken in de markt binnen de reguleringsperiode bestaat, hetgeen aantoont dat de status van daadwerkelijke mededinging op lange termijn zal worden bereikt zonder ex ante regulering in de betreffende markt. Waar marktdynamieken snel veranderen, moet de reguleringsperiode voorzichtig worden gekozen opdat de pertinente marktontwikkelingen worden weergegeven. Voorziene gebeurtenissen moeten worden verwacht binnen een betekenisvolle termijn en op basis van concrete elementen (bijv. business plannen, gemaakte investeringen, nieuwe technologieën die worden geïmplementeerd) eerder dan iets dat theoretisch gezien mogelijk is”.

²⁵¹ Ontwerpbeslissing, randnummers 254-257.

²⁵² RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, pagina 28 (Bijlage 1).

3.3. Weerlegging van de analyse van het BIPT

3.3.1. Met betrekking tot het belang van analoge TV

416. Het BIPT verwijst naar het feit dat Telenet als enige analoge TV kan aanbieden en dat dit waarschijnlijk niet zal veranderen in de komende jaren. Dit is volgens het BIPT belangrijk nu het analoge aanbod volgens het BIPT significante voordelen zou bieden ten opzichte van BelgacomTV en dus een rem op de verdere groei van Belgacom en/of alternatieve platformen zou kunnen betekenen²⁵³.
417. Hierboven (randnummer 387 e.v.) werd reeds aangegeven dat het standpunt van het BIPT het belang van analoge televisie overdrijft, en dat succesvolle markttoetreding mogelijk is zonder te beschikken over een analogoos aanbod.
418. Verder werd gewezen op het feit dat het belang van analoge televisie verder zal afnemen ten gevolge van technologische ontwikkelingen en de onafwendbare verdere afbouw van het analoge aanbod.
419. In een dynamische, prospectieve analyse kan bijgevolg alleen maar worden geconcludeerd dat het (beperkte) belang van analoge televisie verder zal afnemen en uiteindelijk verdwijnen.

3.3.2. Met betrekking tot het beperkt aantal marktdeelnemers en het marktaandeel van de kabeloperatoren

a. *Stelling van het BIPT*

420. In randnummers 255 en 256 van de Ontwerpbeslissing verwijst het BIPT naar het beperkt aantal spelers op de relevante markt. Hierdoor zou het marktaandeel van Telenet hoog blijven en zou Telenet onvoldoende prijsdruk ondervinden.
421. Bij de bespreking van de afwezigheid van consumer harm hierboven, en het onderzoek naar aanmerkelijke marktmacht hieronder, worden deze 'vaststellingen' weerlegd.
422. In het kader van de bespreking van het tweede criterium moet evenwel worden vastgesteld dat het BIPT geen enkele aandacht besteedt aan technologische ontwikkelingen, de convergentie tussen verschillende platformen en toekomstige markttoetreding die voor gevolg zullen hebben dat de bestaande concurrentiedruk op de kabeloperatoren verder zal toenemen.

b. *Bestaande en toekomstige markttoetreding*

423. De succesvolle markttoetreding van **BelgacomTV** doet de concurrentiedruk op Telenet toenemen (zie randnummer 377 hierboven). Het is niet aannemelijk te veronderstellen dat BelgacomTV in de toekomst niet verder zal kunnen groeien²⁵⁴. Indien Belgacom het huidige groeitempo aanhoudt in de komende drie jaar, zal zij aan het eind van 2013 ruim 1,5 miljoen klanten bedienen²⁵⁵.

²⁵³ Ontwerpbeslissing randnummer 254.

²⁵⁴ Voorzover het niet beschikken over een analogoos aanbod al een concurrentienadeel voor Belgacom zou inhouden, *quod non*, kan dit alvast alleen maar afnemen in de toekomst (zie *supra* randnummer 392).

²⁵⁵ RBB Economics, Reactie op de ontwerpbeslissing VRM, p. 16 (Bijlage 1).

424. De **gereguleerde wholesaleaanbiedingen** van Belgacom inzake ontbundelde toegang maken verdere markttoetreding mogelijk²⁵⁶. De recent aangekondigde plannen van Alpha Networks om het verzorgingsgebied van Billi uit te breiden tot gans Vlaanderen bevestigen dit²⁵⁷.
425. Het BIPT stelt overigens uitdrukkelijk dat de multicasting verplichting die het voornemens is op te leggen aan de SMP-operator Belgacom in het kader van de lopende marktanalyse van de breedbandmarkten, de "*levering van televisiediensten via bitstream door alternatieve operatoren aan een groot aantal eindgebruikers technisch en economisch haalbaar*" zal maken²⁵⁸. De daaruit voortvloeiende verlaging van de toegangsdrempels zal verdere markttoetreding bevorderen.
- c. *Convergentie tussen verschillende distributieplatformen en technologische evolutie*
426. De Ontwerpbeslissing blijft voorts in gebreke om te onderzoeken of en in welke mate distributieplatformen zoals satelliet en DVB-T, die ten onrechte uit de relevante markt werden geweerd (zie *supra*, randnummers 238 tot 299), in de toekomst tot die relevante markt zouden kunnen gaan behoren.
427. Zo wordt bijvoorbeeld bij de analyse van het tweede criterium geen enkele aandacht besteed aan de lancering van MobistarTV, die het potentieel van **satelliet** ten volle wil en kan benutten. Het hoeft nochtans geen betoog dat Mobistar haar satellietproduct positioneert als substituut voor kabeltelevisie en IPTV. De recentste berichten, slechts enkele maanden na de lancering van Mobistar TV, wijzen er alvast op dat deze positionering succesvol is²⁵⁹.
428. Het is niet omdat satelliet tot nu toe zijn potentieel niet ten volle heeft verwezenlijkt op de Belgische markt dat dit in de toekomst noodzakelijkerwijze zo zal blijven. Het eerste succes van MobistarTV, naast de gestage groei van TV Vlaanderen en Télésat, bevestigt dat de markt in die zin evolueert. Het potentieel van satelliet wordt overigens eveneens bevestigd door het succes ervan in de Duitstalige Gemeenschap en in het buitenland²⁶⁰. Satelliet kan dus de concurrentiedruk en nationale prijsdruk op de kabel en IPTV verder doen toenemen.
429. Daarbij moet men tevens rekening houden met het feit dat satelliet in combinatie met een hybride set-top box en DSL-retourpad mogelijkheden biedt om een interactief aanbod uit te werken dat vergelijkbaar is met dat van kabel en IPTV. Dit is in het bijzonder het geval voor spelers zoals Mobistar en KPN die nu reeds gebruik maken van de gereguleerde wholesaleproducten van Belgacom. Mobistar en KPN internetklanten beschikken bijvoorbeeld reeds over een DSL-lijn die kan worden gebruikt als retourpad. De set-top boxen van Mobistar kunnen overigens nu reeds worden aangesloten op het internet. Kortom, zelfs indien men zou stellen dat satelliet terecht werd uitgesloten uit de relevante markt, dan nog moet worden vastgesteld dat de ontwikkelingen die zich momenteel afspelen op zowel technologisch als commercieel vlak ondubbelzinnig wijzen in de richting van de convergentie tussen de kabel, IPTV en satellietplatformen.

²⁵⁶ Zoals hierboven aangegeven kan daarbij geen argument worden geput uit het relatief beperkt succes van de regelgevende tussenkomst op markten 4 en 5 tot op heden. Dit beperkte succes is eerder toe te schrijven aan de relatieve inefficiëntie van de regelgevende tussenkomst op deze markten, en moet worden opgevangen door efficiëntere regulering van deze markten (zie *infra*, randnummers 531).

²⁵⁷ Zie *supra*, randnummer 158.

²⁵⁸ Ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 20 december 2010 betreffende de analyse van de breedbandmarkten, p. 436.

²⁵⁹ Bijlage 25 (Artikel La Libre Belgique)

²⁶⁰ Zie o.a. RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, pagina 8 (Bijlage 1).

430. De Ontwerpbeslissing maakt verder ten onrechte abstractie van het feit dat ook **DVB-T** het potentieel heeft om al dan niet in combinatie met hybride boxen en een DSL-retourpad te worden gepositioneerd als een succesvol 4^{de} distributieplatform. In het buitenland zijn reeds voorbeelden te vinden van de succesvolle lancering interactieve DVB-T diensten met hybride set-top boxen. Zo combineert Fetch TV, de digitale terrestriële televisie van Freeview, met interactieve diensten als video on demand, via IP-TV²⁶¹. Hetzelfde geldt voor Humax TV dat in 2011 in het Verenigd Koninkrijk zal worden gelanceerd²⁶². Ook in Duitsland werden met succes hybride boxen op de markt gebracht²⁶³.
431. Dat DVB-T – zelfs zonder interactiviteit – succesvol kan concurreren met kabeltelevisie blijkt overigens duidelijk uit het grote succes van Digitenne in Nederland dat ongeveer 900.000 klanten bedient en een marktaandeel van rond de 10% heeft²⁶⁴. Ook in Duitsland en Zweden vertegenwoordigt DVB-T bijvoorbeeld een marktaandeel van ongeveer 10%²⁶⁵.
432. De analyse van het tweede criterium in de Ontwerpbeslissing miskent ten slotte volledig het toenemend belang van **internet** als alternatief distributiemedium voor televisie. Niet alleen worden steeds meer televisietoestellen uitgerust om op het internet te kunnen worden aangesloten, steeds meer aanbieders gaan ook effectief zenders en aantrekkelijke content lineair en niet lineair online zetten. Deze ontwikkelingen bieden ook mogelijkheden voor nieuwe marktpartijen zoals Google, Microsoft of Apple om zich in de televisiemarkt te gaan begeven²⁶⁶. Dat deze ontwikkelingen niet worden meegenomen verbaast des te meer nu de Ontwerpbeslissing anderzijds bij de bespreking van de verplichtingen wél het toenemend belang onderkent van online televisie²⁶⁷.
433. Er kan niet ernstig worden betwist dat de ontwikkeling van televisie via het internet door binnenlandse maar ook door grote buitenlandse spelers de business modellen van de bestaande operatoren op de omroepmarkt ernstig zal bedreigen. In een markt zoals deze die wordt gedreven door permanente technologische evolutie kunnen de concurrentievoorwaarden en verhoudingen zeer snel evolueren (zgn. leapfrogging). Regelgevende interventie is in dergelijke context onwenselijk²⁶⁸.
- d. *Geen customer lock in*
434. De CEO van Mobistar, Benoît Scheen, verklaarde recent in de krant Le Soir:

²⁶¹ <http://www.fetchtv.co.uk/>; <http://www.pvrjunction.co.uk/fetchtv-smartbox-8320hd-hybrid-freeviewhd-pvr/>.

²⁶² <http://www.screendigest.com/news/humax-launch-hybrid-freeview-hd/view.html>.

²⁶³ <http://www.broadbandtvnews.com/2010/10/13/hbbtv-launches-on-terrestrial-in-germany/>.

²⁶⁴ Zie *supra*, randnummer 287.

²⁶⁵ Zie o.a. RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, pagina 27 (Bijlage 1).

²⁶⁶ Zie *supra*, randnummers 172 e.v..

²⁶⁷ Ontwerpbeslissing, randnummer 507.

²⁶⁸ Ter illustratie kan worden verwezen naar de verklaringen van Philip Verveer, "co-ordinator for international communications and information policy" bij het US State Department op 9 februari 2011. In een commentaar betreffende het onderzoek van de Europese Commissie naar mogelijk misbruik van machtspositie door Google stelde Mr Verveer: "*I would have one important caution. It turns out that in areas as dynamic as the one we are discussing, it is often the case that apparent dominance doesn't have a very long life.*" (Vrije vertaling: "*ik heb slechts een belangrijke bezorgdheid. Het blijkt dat in markten zo dynamisch als de betreffende markt, het vaak het geval is dat duidelijk dominantie niet erg lang duurt*"). Hij stelde: "*Something new comes along that unsettles the industry*" en voegde daaraan toe dat dergelijke dynamiek wel vaker voorkomt. Hij betwijfelde of regelgevende tussenkomst in dergelijke context verantwoord is (Vrije vertaling: "*iets nieuws komt op de markt dat de industrie doet wankelen*") (M. FRANKLIN, "A senior US government official has issued a word of caution against heavy-handed antitrust intervention in dynamic markets, with reference to the European Commission competition probe into online giant Google", Mlex 9 februari 2011, Bijlage 30).

“Regardez le marché de la téléphonie mobile : il y a plus de onze millions de cartes SIM activées en Belgique. Et pourtant, chaque année, on enregistre deux millions de changements. Il n’y a pas de raison que le même phénomène ne se produise pas également avec la télé. Je suis convaincu que le marché de la télévision en Belgique n’est pas du tout cadencé. Nous sommes en mesure d’y prendre une place non négligeable avec d’importants volumes de clients. On voit déjà que les clients qui signent chez nous aujourd’hui viennent aussi bien de Belgacom TV que de Telenet ou de Voo”²⁶⁹.

e. *Dalend aandeel van de kabel*

435. In randnummers 183 en 184 werd reeds aangetoond dat het marktaandeel van de kabel in België aan het dalen is en dat de rol van de kabel in België zeker niet (meer) uitzonderlijk is doch in tegendeel vergelijkbaar is met een aantal andere Europese landen²⁷⁰. Uit niets blijkt dat deze dalende trend niet zou worden verdergezet in de komende reguleringsperiode.

f. *Prijzdruk*

436. In randnummers 188 e.v. werd verder reeds aangetoond dat de prijzen van kabeltelevisie tot de laagste van Europa horen en bovendien gereguleerd zijn. Tijdens de afgelopen jaren hebben deze prijzen gelijke tred gehouden met de inflatie en de daaruit voortvloeiende kostenstijgingen, ondanks het feit dat het televisieaanbod tijdens dezelfde periode kwalitatief en kwantitatief werd uitgebreid en Telenet grote netwerkinvesteringen heeft verricht.

3.3.3. Effect van de multiplay aanbiedingen

437. In de Ontwerpbeslissing wordt gesteld dat *“de algemene trend naar multiple play [...] [ervoor] zorgt dat het dynamisme in de markt verder vertraagt doordat het klantenverloop daalt [...]. Het hoge marktaandeel van Telenet op de relevante retailmarkt in zijn dekkingsgebied, de mogelijkheid om zijn historisch grote analoge klantenbasis te transformeren naar digitale televisie, zijn vermogen om deze klanten voor lange tijd vast te houden dankzij multiple-playaanbiedingen en het feit dat ze slechts één concurrent aanwezig is op deze relevante retailmarkt, zorgen ervoor dat de markt niet neigt naar effectieve concurrentie”²⁷¹.*
438. Los van het feit dat het BIPT dit beweerdelijk effect op de marktdynamiek niet bewijst, moet worden opgemerkt dat economisch onderzoek er eerder op wijst dat de ontwikkeling van multiple play-aanbiedingen de concurrentie intensifieert²⁷². Op een markt die wordt gekenmerkt door gebundelde aanbiedingen, resulteert het verlies of het niet verwerven van een klant immers in het verlies van marge op meerdere producten in plaats van op slechts één product. Het feit alleen al dat

²⁶⁹ A. JENOTTE, “Le marché de la télé n’est pas cadencé”, *Le Soir*, 11 februari 2011. Vrije vertaling: “Bekijk de markt van de mobiele telefonie: er zijn in België meer dan 11 miljoen SIM kaarten geactiveerd. En nochtans, registreert men elk jaar twee miljoen wijzigingen. Er is geen reden waarom ditzelfde fenomeen zich ook niet voordoet met televisie. Ik ben er van overtuigd dat de televisiemarkt in België absoluut niet afgeschermd is. Wij zijn in staat om daarop een niet verwaarloosbare plaats in te nemen met een belangrijk aantal klanten. Men ziet reeds dat klanten die zich nu bij ons inschrijven zowel van Belgacom, Telenet of VOO komen”.

²⁷⁰ Zie o.a. RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, pagina 29 (Bijlage 1).

²⁷¹ Randnummer 257 van de Ontwerpbeslissing.

²⁷² B. NALEBUFF, “Competing against bundles”, in P. HAMMOND en G. MYLES (ed.), *Incentives, Organization and Public Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

Niet Vertrouwelijke Versie

Belgacom haar televisiedienst in “triple play” en “quadruple play” pakketten gratis aanbiedt, toont duidelijk aan dat de concurrentie inzake multiple play-pakketten bikkelhard is.

3.4. Besluit

439. Het BIPT maakt een zuiver statische analyse van de relevante markt, zonder dat enig inzicht wordt gegeven in hoe de markt er volgens het BIPT over een aantal jaar zal uitzien in afwezigheid van regulering. Het besteedt geen aandacht aan recente marktontwikkelingen (zoals MobistarTV), technologische evoluties, de convergentie tussen verschillende platformen, dalende toetredingsdrempels (bijvoorbeeld ten gevolge van de voorgenomen verplichtingen die zullen worden opgelegd in het kader van de marktanalyse van markten 4 en 5 van de Aanbeveling) en het toenemend belang van internet als distributiemedium voor televisie. Wanneer deze elementen correct worden meegenomen, dringt het besluit zich op dat de markt getuigt van een bijzondere dynamiek en wordt gekenmerkt door markttoetreding, innovatie, toenemende infrastructuurconcurrentie en dalende marktaandelen voor de kabel. Deze kenmerken bevestigen dat het tweede criterium niet is vervuld.

4. DERDE CRITERIUM: ONTOEREIKENDHEID VAN HET MEDEDINGINGSRECHT.

4.1. Standpunt van het BIPT

440. Het BIPT lijkt als uitgangspunt te nemen dat het mededingingsprobleem dat moet worden opgelost, het gebrek aan toegang van alternatieve operatoren tot kabelnetwerkdiensten en -infrastructuur zou zijn. Het mededingingsrecht zou niet volstaan om deze problemen op te lossen omdat het moeilijk zou zijn om een ‘essentiële faciliteit’ aan te tonen volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie. Bovendien zouden de mededingingsautoriteiten niet in staat zijn om een prijs voor de toegang vast te stellen en te waarborgen dat tijdig toegang wordt verleend. Het BIPT wijst er verder op dat Telenet en Belgacom geen gevolg zouden hebben gegeven aan de verzoeken tot toegang tot hun infrastructuur van verschillende alternatieve operatoren.

4.2. Weerlegging van het standpunt van het BIPT

441. De meeste NRI's die een analyse van markt 18 hebben gemaakt, zijn tot de conclusie gekomen dat het tweede criterium niet was vervuld en zijn bijgevolg niet overgegaan tot een analyse van het derde criterium. Desalniettemin bevestigen de analyses van de Duitse²⁷³ en Franse²⁷⁴ regulatoren uitdrukkelijk dat de *ex post*-controle door mededingingsautoriteiten voldoende is om het goed functioneren van deze markt te garanderen. Deze conclusie geldt *mutadis mutandis* ook voor de nauw verwante retail omroepmarkt.
442. Het uitgangspunt van het BIPT, met name dat het gebrek aan toegang door alternatieve operatoren tot de kabelinfrastructuur een mededingingsprobleem uitmaakt, is op zich eveneens bekritiseerbaar. Dit uitgangspunt steunt immers op de onterechte veronderstelling dat het kabelnetwerk een “essential facility” is waarbij, ten gevolge van de strenge eisen van de Bronner-rechtspraak, het mededingingsrecht een ontoereikend middel zou zijn om daadwerkelijke

²⁷³ Europese Commissie, brief aan BNetzA van 30 september 2010, DE/2010/1126, p. 4 en 5.

²⁷⁴ Europese Commissie, brief aan BNetzA van 24 februari 2006, FR/2006/0335, p. 3 en voetnoot 10.

Niet Vertrouwelijke Versie

mededinging te bereiken. Dit is echter een self-fulfilling prophecy: het kabelnetwerk is helemaal niet een “essential facility” noch een moeilijk te dupliceren netwerk. Alternatieve operatoren betreden de markt zonder toegang tot de kabel. Hierboven werd reeds aangegeven dat zij een beroep kunnen doen op het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom (in de toekomst waarschijnlijk uitgebreid met de mogelijkheid tot multicasting), satelliet, DVB-T of zelfs het internet.

443. Verder is de bewering van het BIPT als zou Telenet alle verzoeken tot toegang tot haar infrastructuur hebben afgewezen manifest onjuist.

[Zakengeheim²⁷⁵.²⁷⁶ ²⁷⁷].

Het is dus op z'n minst voorbarig om te concluderen dat toegang tot de kabel op commerciële gronden niet haalbaar zou zijn.

444. Aangezien er geen toegangsproblemen bestaan, is het mededingingsrecht perfect geschikt om eventuele mededingingsproblemen die zich zouden voordoen op de retail omroepmarkt op te lossen. Telenet is overigens nooit veroordeeld geweest voor het toepassen van excessieve prijzen enerzijds of wurgprijzen anderzijds op de retail omroepmarkt. Zij zou dergelijke praktijken ook niet kunnen toepassen nu haar retailprijzen gereguleerd zijn en zij onderworpen is aan sterke concurrentiedruk van een speler zoals Belgacom, ten aanzien van wie een strategie van wurgprijzen onmogelijk succesvol zou kunnen zijn.

5. BESLUIT INZAKE DE 3 CRITERIA-TEST

445. De 3 criteria-test omvat drie criteria die cumulatief moeten worden vervuld. Van zodra één van de criteria niet is vervuld komt de markt niet in aanmerking voor *ex ante*-regelgeving. *In casu* zijn alle drie de criteria niet vervuld. De analyse door het BIPT schiet op dit vlak tekort doordat het zich beperkt tot een eerder statische analyse van de markt zonder oog voor de dynamiek die voortvloeit uit succesvolle markttoetreding, dalende toegangsdrempels (mede door regelgevende tussenkomst op andere markten), innovatie en convergentie van verschillende distributieplatformen. Eén en ander wijst erop dat de retail omroepmarkt competitief is, minstens neigt naar effectieve concurrentie en dat eventuele toegangsdrempels van voorbijgaande aard zijn. In dergelijke omstandigheden is niet aan de voorwaarden voldaan om een regelgevende tussenkomst op deze markt te verantwoorden.

VII. POSITIE VAN TELENET OP DE RELEVANTE MARKT

1. ALGEMENE PRINCIPES VOOR DE ANALYSE “AANMERKELIJKE MARKTMACHT”

446. Artikel 14 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat “Een onderneming wordt geacht een

²⁷⁵ Zakengeheim.

²⁷⁶ Zakengeheim.

²⁷⁷ Zakengeheim.

aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie [heeft], dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijke consumenten te gedragen”.

447. Het begrip “aanmerkelijke marktmacht” moet worden geïnterpreteerd volgens de beginselen en methodologie van het mededingingsrecht. De Richtsnoeren van de Europese Commissie geven verdere aanwijzingen omtrent de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht door de NRI. Zo is bepaald dat bij een beoordeling *ex ante* “*marktmacht in hoofdzaak wordt afgemeten aan de macht die de betrokken onderneming heeft om prijzen te verhogen door de productie te beperken zonder een aanzienlijk verlies van verkopen of inkomsten*”²⁷⁸.
448. De Richtsnoeren verduidelijken dat de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht steeds moet plaatsvinden op basis van een prospectieve, toekomstgerichte marktanalyse. Daarbij moet men eveneens rekening houden met het feit dat de marktmacht van een onderneming ook kan worden ingeperkt door het bestaan van potentiële concurrenten. Een NRI moet dus ook onderzoeken in hoeverre het waarschijnlijk is dat ondernemingen die momenteel niet actief zijn op de relevante productmarkt, op middellange termijn kunnen besluiten tot die markt toe te treden na een kleine maar significante, duurzame prijsverhoging²⁷⁹.

2. ANALYSE VAN AANMERKELIJK MARKTMACHT

2.1. Inleiding

449. De Ontwerpbeslissing komt hoofdzakelijk tot het besluit dat Telenet beschikt over aanmerkelijke marktmacht op basis van twee vaststellingen. Enerzijds verwijst de Ontwerpbeslissing naar het feit dat Telenet binnen haar dekkingsgebied een hoog marktaandeel heeft²⁸⁰. Anderzijds verwijst de Ontwerpbeslissing naar het feit dat de prijs van het kabelabonnement, ondanks de intrede van Belgacom op de omroepmarkt, is gestegen. Het BIPT leidt daaruit af dat Telenet zijn prijzen onafhankelijk van Belgacom bepaalt²⁸¹.
450. Bijkomend verwijst de Ontwerpbeslissing naar een aantal andere factoren, met name (i) de controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, (ii) overstapdrempels, (iii) schaalvoordelen, (iv) breedtevoordelen, (v) bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten, (vi) de afwezigheid van kopersmacht, (vii) een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopsnetwerk en (viii) verticale integratie²⁸².
451. Hierna zal worden aangetoond dat de uitgangspunten van de Ontwerpbeslissing onjuist zijn en worden ook de verschillende overige factoren stuk voor stuk besproken.

2.2. Hoofdfactoren uit de marktmacht analyse van het BIPT

2.2.1. Marktaandelen

²⁷⁸ Richtsnoeren, randnummer 73.

²⁷⁹ Richtsnoeren, randnummer 74.

²⁸⁰ Ontwerpbeslissing, randnummer 216.

²⁸¹ Ontwerpbeslissing, randnummer 219.

²⁸² Ontwerpbeslissing, randnummers 223-245.

452. **Principes.** Marktaandelen worden vaak gebruikt als indicatie van marktmacht. Het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest, kan er echter op wijzen dat de markt meer concurrentieel wordt²⁸³.
453. Volgens de Europese Commissie rechtvaardigen “*hoge marktaandelen (...) op zich geen vermoeden van het bestaan van een machtspositie*” vermits het bestaan van structurele factoren, zoals de mogelijkheid van actuele concurrenten om concurrentiedruk uit te oefenen, de verwachting dat potentiële concurrentie zal toenemen, de mogelijkheid om snel tot de markt toe te treden of de aanwezigheid van kopersmacht, het bestaan van daadwerkelijke mededinging kunnen beïnvloeden²⁸⁴.
454. In *Glatfelter/Crompton Assets* was de Europese Commissie van oordeel dat, ondanks het bestaan van een groot marktaandeel, er toch concurrentiedruk uitging van reeds bestaande concurrenten alsook van potentiële productalternatieven. De Commissie gaf goedkeuring voor de concentratie die resulteerde in een gezamenlijk marktaandeel van 60-70%²⁸⁵. De Raad voor de Mededinging aanvaardt eveneens dat er concurrentiële druk kan uitgaan van producten die niet behoren tot dezelfde productmarkt²⁸⁶.
455. In *Tecteo/Brutele – Câble Wallon* oordeelde de Raad voor de Mededinging in dezelfde zin, namelijk dat er reeds concurrentiedruk kan uitgaan van potentiële distributieplatformen, ook al behoren deze alternatieven niet tot dezelfde markt²⁸⁷. Het bestaan van een machtspositie kan in elk geval niet worden aangetoond aan de hand van een groot marktaandeel alleen.
456. **Huidige marktaandelen.** *In casu* komt de Ontwerpbeslissing tot de vaststelling dat Telenet beschikt over een groot marktaandeel op basis van een foutieve afbakening van de relevante markt. Door satelliettelevisie en DVB-T ten onrechte uit de relevante markt te weren en de markt ten onrechte te beperken tot het dekkingsgebied van Telenet, bekomt men een vertekend beeld van de concurrentiedruk waaraan Telenet is onderworpen.
457. Indien bij de afbakening van de markt rekening wordt gehouden met satelliet en DVB-T alsook met een nationale marktafbakening, waren de marktaandelen eind juni 2010 als volgt²⁸⁸: Telenet 48%, VOO 22%, Belgacom 18%, Numericable 2%, TV Vlaanderen/TéléSat 2%, ASTRA/Free-to-air satelliet 7%, DVB-T 1%. Indien

²⁸³ Richtsnoeren, randnummer 75.

²⁸⁴ Beslissing van de Europese Commissie in Zaak IV/M.477 *Mercedes-Benz/Kässbohrer*, 14 februari 1995, P.B. 1995, L 211/1.

²⁸⁵ Beslissing van de Europese Commissie in Zaak COMP/M.4215 *Glatfelter/Crompton Assets*, 20 december 2006, P.B. 2007, L 151/41.

²⁸⁶ RvM, 12 januari 1998, nr. 98-C/C-2, *N.V. Ici Paris XL, N.V. Gallea Cosmetics en N.V. Parfums et Cosmétiques*, B.S. 12 maart 1998, 6663. Zie ook, J. YSEWYN, “Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 1998”, *T.B.H.* 1999, (821) 832-833.

²⁸⁷ RvM, 31 januari 2008, nr. 2008-C/C-05, *Tecteo/Brutele – Câble Wallon*, B.S. 19 mei 2008, 26.005, randnummer 246 (“*Dans le cadre d’une analyse concurrentielle, il faut aussi tenir compte des facteurs de concurrence potentielle. Celle-ci peut, en l’espèce, résulter d’une compétition possible entre les différentes plates-formes et du triple play, même si ces plates-formes appartiennent à des marchés pertinents distincts et même si le triple play n’est pas encore assez développé pour constituer un marché distinct.*”). Vrije vertaling: “*In het kader van een concurrentiële analyse, moet men ook rekening houden met potentiële concurrentiefactoren. Deze kunnen, in het geval, resulteren in een mogelijke concurrentie tussen de verschillende platformen en in triple play, zelfs indien deze platformen behoren tot aparte relevante markten en zelfs indien triple play nog niet voldoende ontwikkeld is om een aparte markt te vormen*”).

²⁸⁸ Inschatting van Telenet op basis van publiek beschikbare gegevens.

Niet Vertrouwelijke Versie

met een engere marktafbakening rekening wordt gehouden, zijn de marktaandelen van de kabeloperatoren hoger. Zoals hierboven reeds aangegeven, mogen marktaandelen evenwel niet statisch worden bekeken doch moet in tegendeel worden rekening gehouden met hun evolutie in de tijd.

458. **Evolutie marktaandelen.** Ongeacht welke marktdefinitie wordt weerhouden, moet men vaststellen dat het marktaandeel van de kabeloperatoren tijdens de afgelopen jaren is gedaald terwijl de marktaandelen van de concurrenten zijn gestegen:

- In amper 5 jaar tijd heeft **Belgacom** een marktaandeel van 19% weten te verwerven indien wordt rekening gehouden met een nationale markt die ook satelliettelevisie en DVB-T omvat. Indien de marktdefinitie van het BIPT wordt weerhouden is dat een marktaandeel van 12%²⁸⁹. Belgacom gaf reeds eerder aan “*dat er geen enkele reden is waarom we geen 50% van de televisiemarkt in handen zouden krijgen*”²⁹⁰.

In haar jaarverslag 2009 stelt Belgacom:

*“De penetratie van onze digitale televisie neemt met een nooit geziene snelheid toe sinds de lancering ervan. 246.000 nieuwe klanten, bijna 50% meer dan in 2008, wat het totaal op 752.000 klanten brengt. Deze recordverkoop katapulteert Belgacom TV in de **top drie op wereldvlak van IPTV-platformen voor innovatie en snelle groei.**”*²⁹¹

Gedelegeerd bestuurder Didier Bellens voegt hier aan toe:

*“Maar de sterspeler was Belgacom TV. Onze steeds vernieuwende aanpak van de diensten en de marketing heeft er een van onze snelst groeiende producten van gemaakt. Vandaag, minder dan vijf jaar na de lancering, zijn er 752.000 tv-klanten, en dat in een land waar voordien alleen kabeltv beschikbaar was. Het staat buiten kijf dat het de beste IPTV-dienst in Europa is, **en dat deze markt een zeker groeidomein is.**”*²⁹²

In het eerste kwartaal van 2010 heeft BelgacomTV vervolgens:

*“de **kaap van 800.000 klanten** overschreden, waardoor zijn klantenbasis op jaarbasis met bijna **50%** is uitgebreid, en zijn **marktaandeel in alle bekabelde zones is gestegen**. In het eerste kwartaal kozen **62.000** nieuwe tv-kijkers voor het BelgacomTV-platform”*

Indien Belgacom het huidige consistente groeitempo volhoudt in de komende drie jaar – en er is geen reden om aan te nemen dat zij dit niet kan doen – dan zal zij aan het eind van 2013 ruim 1,5 miljoen televisieklanten bedienen²⁹³. Dit komt overeen met een nationaal marktaandeel van ongeveer 30-35%.

- Gratis **satelliettelevisie** telt naar schatting ongeveer 425.000 gebruikers in België. Ook betalende satelliettelevisie groeit gestaag dankzij het aanbod van TV Vlaanderen, dat in Vlaanderen is opgestart in juni 2006, en TéléSat, dat in

²⁸⁹ Dit is een best estimate van Telenet. Telenet kent het exacte regionale cijfer van Belgacom niet.

²⁹⁰ Trends, 21 Juni 2007, “*Belgacom onder zware druk*”, p. 52 (Bijlage 31).

²⁹¹ Belgacom, Jaarverslag 2009, blikvangers.

http://www.belgacom.com/group/gallery/content/annual_report/2009/nl/complete_2009.pdf

²⁹² Belgacom, Jaarverslag 2009, p. 8.

http://www.belgacom.com/group/gallery/content/annual_report/2009/nl/complete_2009.pdf

²⁹³ Van het vierde kwartaal 2007 tot en met het derde kwartaal 2010 heeft Belgacom er 671,000 klanten bij gekregen. Aan het eind van het derde kwartaal 2010 bedroeg het aantal tv klanten 920,000.

Niet Vertrouwelijke Versie

Wallonië is opgestart in januari 2009²⁹⁴. De lancering van satelliettelevisie door Mobistar lijkt succesvol te verlopen. Na minder dan 3 maanden werden 10.000 nieuwe klanten geïnstalleerd en werden nog meer Starpacks verkocht. Volgens Mobistar zijn haar nieuwe klanten evenwichtig verspreid over het hele land (Vlaanderen, Wallonië en Brussel) en gaat het zowel om voormalige IPTV- als om voormalige kabelklanten.

- De marktaandelen van de **kabeloperatoren** zijn sinds 2005 alsmaar gedaald. Tussen 1 januari 2009 en 30 september 2010 verloor Telenet bijvoorbeeld netto 115.000 klanten en zakte haar marktaandeel nationaal naar 48%.

459. **Geen prospectieve analyse.** Tenslotte is het opmerkelijk dat de Ontwerpbeslissing geen enkele prospectieve analyse bevat waarin de te verwachten ontwikkeling van marktaandelen zonder en met de voorgestelde toegangsmaatregelen wordt geschetst. Met andere woorden, de Ontwerpbeslissing bevat geen enkele analyse die aangeeft op welke wijze de voorgenomen regelgevende maatregelen zullen bijdragen tot de afname van het marktaandeel van Telenet ten opzichte van een scenario zonder regelgevende maatregelen, terwijl dit marktaandeel als zodanig kennelijk wordt gezien als bewijs van de afwezigheid van effectieve concurrentie.
460. Een hoog marktaandeel, zeker indien het dalende is, kan niet als zodanig als problematisch worden gezien en noodzakelijkerwijze wijzend op de afwezigheid van effectieve concurrentie. Veeleer lijkt het hoge marktaandeel van Telenet een logisch uitvloeisel van de geschiedenis van de markt, waarop concurrentie tussen infrastructuren een relatief recente ontwikkeling is²⁹⁵.

2.2.2. Prijzen

461. **Standpunt BIPT.** De Ontwerpbeslissing stelt dat uit het feit dat de prijs van het kabelabonnement sinds de intrede van BelgacomTV in 2005 is gestegen, moet worden afgeleid dat BelgacomTV geen concurrentiedruk uitoefent op de kabeloperatoren. De Ontwerpbeslissing impliceert daarmee dat de huidige prijzen van Telenet zich boven het competitieve niveau bevinden en dat Telenet in een competitieve markt lagere prijzen zou hanteren. De Ontwerpbeslissing onderzoekt evenwel niet of de prijs van het kabelabonnement inderdaad te hoog is en inderdaad wijst op een gebrek aan concurrentie. Hierna zal worden aangetoond dat dit niet het geval is.
462. **Nationale prijsvergelijking.** De onderstaande tabel illustreert de prijzen van de verschillende basisabonnementen van de verschillende operatoren²⁹⁶. Uit deze vergelijking blijkt dat de prijzen van de verschillende operatoren in elkaars buurt liggen:

²⁹⁴ TV Vlaanderen en Télésat zijn dochterondernemingen van het Nederlandse satelliet platform Canaal Digitaal.

²⁹⁵ Zie hierover RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, p. 16 (Bijlage 1).

²⁹⁶ Bron: M. WALKER, Charles River Associates, "Does Belgium require mandated Wholesale access to the cable networks?", October 2010, p. 14 (Bijlage 32).

Niet Vertrouwelijke Versie

	Basic subscription	Decoder rent	Monthly total (inc. rental)	Activation cost	Number of channels
Belgacom	€ 12.50	€ 6.00	€ 18.50	€ 50.00	70
TV Vlaanderen	€ 10.50	€ 7.95*	€ 18.45	€ 29.95	21-53
TéléSat	€ 9.90	€ 7.95*	€ 17.85	€ 29.25	27-55
Telenet	€ 13.33	€ 8.00	€ 21.33	€ 50.00	25-70
Numéricable	€ 15.50	€ 5.00	€ 20.50	€ 45.00	25-120
VOO	€ 12.50	€ 6.00	€ 18.50	€ 50.00	25-75

*Note: Decoder rent for satellite includes dish

463. **Internationale prijsvergelijking.** Hierboven werd bovendien reeds aangetoond dat de prijzen in België in werkelijkheid tot de laagste van Europa behoren²⁹⁷. Dit spreekt het standpunt van de Ontwerpbeslissing tegen als zou de Belgische consument te hoge prijzen betalen.
464. **De prijsstijgingen zijn geen indicatie van marktonafhankelijk prijsgedrag van Telenet.** De Ontwerpbeslissing meent een argument te vinden in het feit dat de prijzen van Telenet in de voorbije jaren gestegen zijn²⁹⁸. Zij gaat evenwel volledig voorbij aan het feit dat de prijsstijgingen van het kabelabonnement gelijke tred hebben gehouden met de inflatie²⁹⁹. Verder wordt geen rekening gehouden met het feit dat tijdens dezelfde periode het digitale televisieaanbod werd uitgebreid van 40 tot 72 zenders en er bovendien substantiële netwerkinvesteringen hebben plaatsgevonden. In de economische literatuur wordt algemeen aanvaard dat ook in een competitieve markt kostenstijgingen leiden tot prijsstijgingen:
- “Indien de prijsstijgingen worden veroorzaakt door kostenstijgingen, dan is de evolutie van de prijzen volstrekt verenigbaar met een effectief concurrerende markt.”*³⁰⁰
465. **Prijsregulering.** De Ontwerpbeslissing houdt evenmin rekening met het feit dat de prijs van het kabelabonnement gereguleerd is³⁰¹. Telenet moet elke vooropgestelde prijsverhoging ter goedkeuring voorleggen aan de FOD Economie. Telenet heeft derhalve geen vrijheid om de prijs voor het kabelabonnement te bepalen.
466. Elke suggestie dat de prijzen van Telenet te hoog zouden zijn, miskent de essentiële functie en het belang van de prijscontrole uitgevoerd door de FOD Economie. Deze prijscontrole mag in de praktijk niet worden onderschat en worden gereduceerd tot een loutere aanmelding van het voornemen om de prijzen te verhogen. Telenet moet haar prijsverhogingsaanvraag ondersteunen met economische studies en boekhoudkundige gegevens die aantonen dat de onderliggende kosten voor het verlenen van haar diensten effectief zijn gestegen in die mate dat een prijsverhoging noodzakelijk is.
467. Telenet doet in de prijsverhogingsprocedure een beroep op het studiebureau Arthur D. Little om (i) een diepgaand dossier voor te bereiden aangaande de evolutie van de tarieven en het aanbod van verschillende kabelmaatschappijen in

²⁹⁷ Zie randnummers 188. Zie ook RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, p.20 en 21 (Bijlage 1).

²⁹⁸ Ontwerpbeslissing, randnummer 219.1.

²⁹⁹ RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, p.19 (Bijlage 1).

³⁰⁰ RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, p.22 (Bijlage 1).

³⁰¹ De prijzen voor het basiskabelabonnement zijn onderworpen aan federale prijsregulering onder toezicht van het Ministerie van economische zaken (Besluitwet 22 januari 1945 betreffende de beteugeling van de inbreuken op de reglementering inzake bevoorrading van het land, B.S. 24 januari 1945, herhaaldelijk gewijzigd en bij Wet van 30 juli 1971 bekrachtigd en omgedoopt tot Wet op de economische reglementering en de prijzen, B.S. 31 augustus 1971; M.B. van 20 april 1993, B.S. 28 april 1993)

Niet Vertrouwelijke Versie

België en in het buitenland, en (ii) een overzicht te maken van de evolutie van de opbrengsten, operationele kosten en afschrijvingen over de referentieperiode alsook een overzicht van het bedrijfsresultaat ten opzichte van het verwachte resultaat.

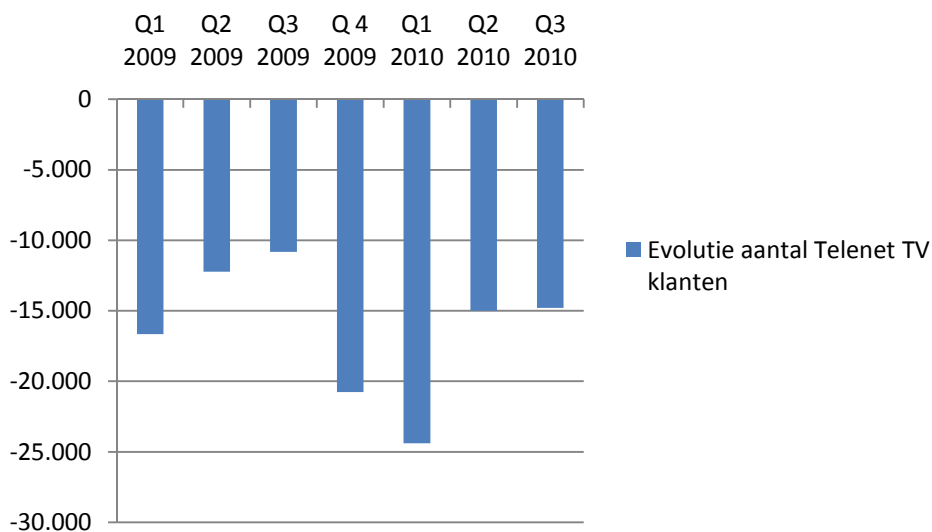
468. Telenet kreeg van de FOD economie de toestemming om de prijzen vanaf 1 juli 2006 te verhogen tot [Zakengeheim] /abonnee/jaar en vanaf 1 juli 2007 tot [Zakengeheim] /abonnee/jaar. Telenet heeft de toegekende prijsverhoging evenwel niet volledig doorgerekend. Zij verhoogde haar prijzen vanaf 1 juli 2006 slechts tot €104,09 /abonnee/jaar en vanaf 1 juli 2007 tot €107,33 /abonnee/jaar. Dit wijst op zich reeds op het bestaan van concurrentiële druk van andere platformen en operatoren.
469. **Prijs is niet de enige concurrentieparameter.** De Ontwerpbeslissing onderzoekt op geen enkele wijze de mogelijkheid dat concurrentie plaatsvindt op andere parameters dan prijs (alleen). In plaats van het huidige aanbod tegen een lagere prijs te verkopen, kan een *de facto* prijsverlaging ook worden doorgevoerd door de kwaliteit van de producten te verhogen bij gelijkblijvende prijzen. *In casu* is dat wel degelijk het geval nu het digitale basisaanbod tussen 2005 en 2007 werd uitgebreid van 40 naar 73 zenders.
470. **Besluit op vlak van de prijszetting door Telenet.** Bovenstaande analyse toont aan dat Telenet (a) effectieve prijsdruk ondervindt en (b) onderworpen is aan strikte kostengerelateerde prijscontrole zodat het zich op het vlak van de prijzen niet onafhankelijk kan gedragen ten aanzien van concurrenten en consumenten.

2.2.3. Potentiële concurrentie, prospectieve analyse en critical loss

471. De Ontwerpbeslissing combineert een enge afbakening van de relevante markt met de afwezigheid van enige prospectieve analyse ten aanzien van de ontwikkeling van de markt in de komende jaren en de positie van Telenet daarin. Dit resulteert in een zeer statische visie op de markt die niet in overeenstemming is met de dynamische werkelijkheid en huidige en potentiële bronnen van concurrentie voor Telenet buiten beschouwing laat. De Richtsnoeren van de Europese Commissie geven nochtans aan dat bij de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht het bestaan van potentiële concurrenten in overweging moet worden genomen³⁰².
472. De conclusie van het BIPT is dat Telenet niet is onderworpen aan effectieve concurrentie, noch van de enige concurrent die tot de relevante markt wordt gerekend (Belgacom), noch van andere partijen zoals TV Vlaanderen, Mobistar en potentiële toetreders (bijkomende IPTV spelers, OTT, enz.). Gelet op de voorgenomen regulering wordt tevens aangenomen dat deze situatie in de komende jaren niet zal veranderen. Met andere woorden, er zijn geen partijen die prijsdruk uitoefenen op Telenet en Telenet beperken in de mogelijkheid om de prijzen te verhogen.
473. Kabeloperatoren zoals Telenet hebben hoge vaste kosten. Dit is inherent aan het exploiteren van een kabelnetwerk. Om deze vaste kosten te kunnen terug verdienen, dienen de bruto marges relatief hoog te zijn hetgeen maakt dat slechts een relatief gering verlies aan klanten reeds voldoende is om een kleine maar significante prijsverhoging verlieslatend te maken. Dit is omdat ieder verlies aan klanten direct tot aanzienlijk margeverlies leidt, zonder dat hier significante kostenbesparingen tegenover staan.

³⁰² Richtsnoeren, randnummers 74, 80.

474. Bij een bruto marge van bijvoorbeeld 80% is een verlies van meer dan 11% van de klanten voldoende om een prijsverhoging van 10% verliesgevend te maken. Waarschijnlijk ligt dit percentage in de praktijk nog een stuk lager omdat het verlies van een televisieklant ook het mogelijke verlies betekent van een breedband en/of telefonieklant.
475. De vraag is nu in hoeverre het waarschijnlijk is dat Telenet bij een prijsverhoging boven het competitieve niveau inderdaad een dergelijk deel van haar klanten zou kunnen kwijtraken.
476. Zoals hierboven werd aangegeven is Telenet tussen 1 januari 2009 en 30 september 2010 netto bijna 115.000 klanten verloren. In de figuur hieronder wordt dit nettoverlies aan klanten op kwartaalbasis weergegeven.



477. Telenet is dus ongeveer 5% van haar klantenbestand kwijtgeraakt terwijl haar tarieven gereguleerd zijn en zeer beperkt zijn gestegen in lijn met de ontwikkeling van de onderliggende kosten.
478. Wanneer vervolgens wordt gekeken naar het potentieel van alternatieve infrastructuren zoals satelliettelevisie of DVB-T in landen waar de kabelpenetratie aanzienlijk is, dan wordt aannemelijk dat deze concurrerende infrastructuren een groeipotentieel hebben waardoor een prijsverhoging door Telenet die normale kostenstijgingen overschrijdt, zou kunnen leiden tot een dusdanig verlies aan klanten dat deze prijsverhoging niet winstgevend zou zijn:

- In Nederland is het aantal klanten dat gebruik maakt van alternatieve infrastructuur in de afgelopen jaren fors gegroeid. Niet alleen heeft satelliettelevisie een marktaandeel van rond de 10%, maar ook KPN heeft haar marktaandeel gestaag zien groeien. De strategie die KPN lijkt te hebben gevolgd, is om eerst marktaandeel op te bouwen met haar DVB-T aanbod (Digitenne) en daarna verder te groeien met IPTV, mede door het migreren van klanten van DVB-T naar IPTV.
- In Zweden zijn, naast de kabel, ook DVB-T, IPTV en satelliet populair met marktaandelen van rond de 10%. Boxer is naar eigen zeggen met haar DVB-T aanbod de belangrijkste aanbieder van digitale televisie in Zweden.
- In Duitsland is DVB-T in het hele land beschikbaar als alternatief voor de analoge kabel, met inmiddels een marktaandeel van meer dan 10%.

Niet Vertrouwelijke Versie

Satelliet is naast de kabel de belangrijkste infrastructuur met een marktaandeel van rond de 40%. IPTV is in Duitsland in opkomst.

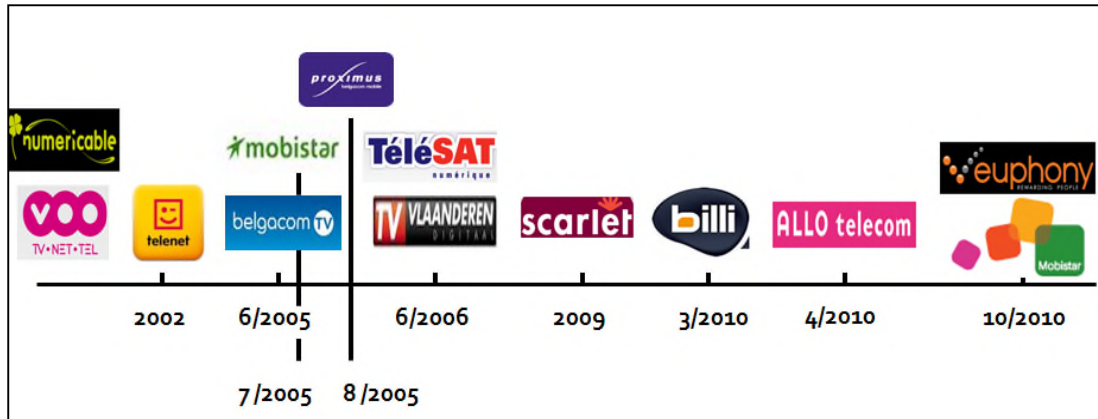
- Frankrijk is een succesverhaal op het gebied van IPTV met een marktaandeel van ongeveer 17% aan het eind van 2007. DVB-T en satelliet-tv zijn in Frankrijk ook prominent aanwezig en inmiddels belangrijkere infrastructuren dan de kabelnetwerken.

479. Er is geen reden om aan te nemen dat een vergelijkbare groei op de Belgische markt onmogelijk zou zijn en dat deze platformen (zonder regulering) in de komende jaren niet in staat zouden zijn om voldoende klanten van de kabeloperatoren af te snoepen om een effectieve concurrentiedruk op deze operatoren uit te oefenen.

2.3. Bijkomende factoren uit de marktmacht analyse

2.3.1. **Controle over niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur en verzonken kosten**

480. **Vermeend bestaan van niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur en verzonken kosten.** Ten onrechte neemt de Ontwerpbeslissing aan dat Telenet zou beschikken over een niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur en de hiermee gepaard gaande verzonken kosten waardoor de vermeende marktmacht van Telenet zou worden versterkt.
481. In eerste instantie moet worden opgemerkt dat Telenet niet de 'eigenaar' is van haar gehele kabelnetwerk, nu zij een deel van het kabelnetwerk van de voormalige zuivere intercommunales, zoals Integan, Intermedia, PBE en WVEM, slechts in erfpacht heeft voor een periode van 38 jaar.
482. Ten tweede heeft het feit dat Telenet substantiële investeringen heeft moeten maken om het voorheen gefragmenteerde kabelnetwerk te kopen (in eigendom of in erfpacht) en uit te bouwen tot een volwaardig platform voor televisie-, telefonie-, en breedbanddiensten, een verzwakkend (en niet een versterkend) effect op de positie van Telenet. Telenet torst immers een zware schuldenlast als gevolg van deze investeringen terwijl haar belangrijkste concurrent, m.n. Belgacom, geen vergelijkbare investeringen heeft moeten doen in de verwerving van haar netwerk (o.m. als gevolg van haar historische eigendom van het door de Staat uitgebouwde telefoonnetwerk).
483. **Duplicatie van infrastructuur is niet noodzakelijk voor succesvolle toetreding.** De Ontwerpbeslissing moet nagaan of intrede tot de markt succesvol kan geschieden zonder duplicatie van het kabelnetwerk, in welk geval het bestaan van een niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur geen toegangsdrempel vormt voor potentiële operatoren.
484. De vaststelling dat er verscheidene nieuwe operatoren succesvol zijn toegetreden tot de markt levert het beste bewijs dat Telenet geen marktmacht ontleent aan het bezit van haar infrastructuur. Zo heeft Belgacom op korte termijn een aanzienlijk marktaandeel verworven door aanwending van een alternatieve infrastructuur. Recente toetreders zoals TV Vlaanderen en Mobistar illustreren evenzeer de daadwerkelijke concurrentie op de markt door middel van alternatieve infrastructuren. Het eventueel bestaan van verzonken kosten in hoofde van Telenet is derhalve geen toegangsdrempel voor toetreding tot de markt.



485. **Geen customer lock-in.** Nieuwe operatoren kunnen op korte termijn klanten aantrekken vermits deze klanten noch technisch noch contractueel vastliggen bij de bestaande operatoren. Zo moeten klanten zich enkel voorzien van een nieuwe decoder, wat meestal geen extra kostprijs met zich meebrengt gelet op de “tijdelijke” promoties van operatoren waardoor nieuwe activatie- en installatiekosten zelden moeten worden betaald. Bij overschakeling naar een Starpack van Mobistar worden bijvoorbeeld de kost van de schotelantenne en de plaatsingskosten door Mobistar gedragen.
486. Bovendien zijn er vrijwel geen contractuele beperkingen die een vlotte omschakeling zouden kunnen hinderen. Zo zijn de meeste televisieklanten vrij om binnen het tijdsbestek van één maand van operator te veranderen zonder enige vergoeding³⁰³. Potentiële operatoren kunnen dankzij dit flexibel contractueel kader zeer snel een substantiële klantenbasis opbouwen.
487. Ten overvloede kan nog worden verwezen naar de hierboven reeds aangehaalde verklaringen van de CEO van Mobistar, Benoît Scheen, in de krant Le Soir:
- “Je suis convaincu que le marché de la télévision en Belgique n’est pas du tout cadencassé. Nous sommes en mesure d’y prendre une place non négligeable avec d’importants volumes de clients”³⁰⁴.*
488. **Toetreding tot de markt mogelijk via verschillende televisieplatformen.** Toegang tot de relevante markt is mogelijk via verschillende platformen (IPTV, satelliet, terrestrische televisie, enz.). Het BIPT heeft op stroomopwaartse markten SMP-verplichtingen opgelegd aan Belgacom (ontbundelde toegang en bitstream access)³⁰⁵. Een voorbeeld van een operator die hiervan gebruik maakt voor het aanbod van IPTV is Billi³⁰⁶. Het voornemen van het BIPT om de SMP-

³⁰³ Zie bijvoorbeeld de Algemene Voorwaarden van Telenet, Algemene Voorwaarden van Belgacom.

³⁰⁴ A. JENOTTE, “Le marché de la télé n’est pas cadencassé”, *Le Soir*, 11 februari 2011 (Bijlage 18). Vrije vertaling: “Ik ben er van overtuigd dat de televisiemarkt in België absoluut niet afgeschermd is. Wij zijn in staat om daarop een niet verwaarloosbare plaats in te nemen met een belangrijk aantal klanten”.

³⁰⁵ Besluit van de Raad van het BIPT van 10 januari 2008 betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de wholesale-markten van de cluster “toegang”, geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003: Markt 11: ontbundelde toegang op wholesale-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten, Markt 12: wholesale- breedbandtoegang. Dit Besluit werd deels vernietigd door het arrest van het Hof van Beroep arrest van 7 mei 2009 (nr. 2008/AR/787). Het BIPT nam vervolgens met terugwerkende kracht het Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009 ter correctie van het marktanalysebesluit van 10 januari 2008 betreffende de breedbandtoegangsmarkten aan.

³⁰⁶ De Ontwerpbeslissing wijst op het feit dat op dit ogenblik geen enkele operator een ruime ontbundeling van het Belgacom netwerk heeft. Eén en ander wijst eerder op bepaalde scheefftrekkingen in de regulering van ontbundelde toegang en bitstream access (zie *infra*, randnummer 531) maar kan

Niet Vertrouwelijke Versie

verplichtingen van Belgacom uit te breiden tot multicasting zal de mogelijkheid voor alternatieve operatoren om IPTV-diensten aan te bieden verder vergroten³⁰⁷.

489. De Ontwerpbeslissing miskent de relevantie en de mogelijkheid dat nieuwe operatoren hebben om de relevante markt te betreden via het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom, en via andere platformen zoals satelliet en DVB-T, zonder het dupliceren van de bestaande kabelinfrastructuur.
490. **Contentrechten.** De Ontwerpbeslissing verwijst ook naar het feit dat voor het opstarten van televisiediensten nieuwe operatoren moeten onderhandelen over contentrechten. Bij de bespreking van de 3 criteria-test hierboven werd evenwel reeds aangegeven dat de noodzaak om contentrechten te verwerven niet asymmetrisch werkt en dus geen toegangdrempel vormt.
491. **Analoge Televisie.** Bij de bespreking van de 3 criteria-test werd eveneens reeds aangegeven dat de mogelijkheid om analoge televisie aan te bieden in een prospectieve analyse evenmin een belangrijke toetredingsdrempel vormt. De Ontwerpbeslissing overschat het belang van analoge televisie.

2.3.2. Overstapdrempels

e. *Mogelijkheid om analoge tv-signalen te leveren samen met digitale tv-signalen*

492. **Aansluiting van meerdere televisietoestellen.** De Ontwerpbeslissing stelt dat eindgebruikers analoge televisie blijven kijken, zelfs met een digitaal kabelabonnement, voornamelijk wanneer meerdere televisietoestellen per huishouden aanwezig zijn.
493. Vooreerst moet worden opgemerkt dat volgens het BIPT marktonderzoek 87% van de gezinnen die beschikken over zowel analoge als digitale televisie bevestigen hoofdzakelijk digitaal te kijken. Volgens het BIPT marktonderzoek heeft in het dekkingsgebied van Telenet 57% van de huishoudens slechts één televisietoestel³⁰⁸. De mogelijkheid om meerdere televisietoestellen aan te sluiten is dus niet relevant voor 57% van de huishoudens.
494. Bovendien heeft Belgacom haar infrastructuur en diensten zo aangepast dat in bepaalde regio's het momenteel mogelijk is om tot drie televisietoestellen aan te sluiten op eenzelfde IPTV-aansluiting³⁰⁹. Vandaag de dag biedt Belgacom een tweede aansluiting aan bij ongeveer 125.000 huishoudens en beschikt Belgacom over het potentieel om 90% van het totaal aantal Belgische huishoudens hierin te voorzien³¹⁰. Belgacom biedt aan 65% van de Belgische huishoudens de mogelijkheid om drie toestellen aan te sluiten. De mogelijkheid om meerdere TV's aan te sluiten vormt – zeker in een prospectieve analyse – geen overgangsdrempel.

f. *De mogelijkheid om een programma te bekijken terwijl er tegelijkertijd een ander*

onmogelijk dienen als verantwoording voor het opleggen van bijkomende verplichtingen op de stroomafwaartse retail omroepmarkt.

³⁰⁷ Zie Ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 20 december 2010 betreffende de analyse van de breedbandmarkten, punt 5.6.1.2.1.

³⁰⁸ BIPT marktonderzoek van 2010, vraag 2.

³⁰⁹ http://www.belgacom.be/private/nl/jsp/dynamic/product.jsp?dcrName=hbs_tv_equ1or2.

³¹⁰ M. WALKER, Charles River Associates, "Does Belgium require mandated Wholesale access to the cable networks?", October 2010, p. 19 (Bijlage 32).

programma wordt opgenomen.

495. De Ontwerpbeslissing verwijst naar het feit dat analoge televisie de mogelijkheid biedt om televisie te kijken terwijl er tegelijkertijd een ander programma wordt opgenomen³¹¹. Bij de afbakening van de relevante markt stelt de Ontwerpbeslissing echter zelf dat 80% van de BelgacomTV klanten eveneens over deze mogelijkheid beschikt³¹². De mogelijkheid om tegelijkertijd televisie te kijken en een ander programma op te nemen vormt derhalve geen overstapdrempel.

g. Digitale-tv-kijkers hebben een decoder nodig om digitale televisie te ontvangen

496. De Ontwerpbeslissing merkt op dat digitale televisie steeds een decoder per televisietoestel vereist en ziet hierin een overstapdrempel van het kabelnetwerk naar andere televisieplatformen. Ook dit argument faalt. Digitale televisie vereist immers steeds een decoder, ongeacht het televisieplatform. Bovendien vinden er ontwikkelingen plaats, zoals de lancering van Belgacom's "Belgacom TV on PC" dat het voor Belgacom klanten mogelijk maakt om een computer om te vormen tot een tweede televisietoestel zonder dat hiervoor een extra decoder vereist is³¹³.

h. Multiplayaanbiedingen vormen geen overstapdrempel

497. **De rol van multiplayaanbiedingen.** De retail omroepmarkt wordt gekenmerkt door een toenemende concurrentie op het vlak van multiplayaanbiedingen, naast afzonderlijke aanbiedingen van televisie-, telefoon- en breedbanddiensten³¹⁴. Economische literatuur suggereert dat concurrentie tussen bundels nog intensiever is dan concurrentie voor afzonderlijke producten of diensten³¹⁵. Hierboven werd verder reeds aangetoond dat anderzijds een meerderheid van consumenten in België hun televisiediensten nog steeds buiten een bundel aankopen.
498. De Ontwerpbeslissing vergist zich verder wanneer zij stelt dat multiplayaanbiedingen een overstapdrempel vormen. Aangezien vrijwel alle aanbieders in staat zijn multiplayaanbiedingen te doen, is het multipleplayaanbod een stimulans voor overstap en wordt de concurrentie daardoor verscherpt³¹⁶.

³¹¹ Ontwerpbeslissing, randnummer 229.1.

³¹² Ontwerpbeslissing, randnummer 85. Het BIPT merkt in de context van overstapdrempels op dat enkel VDSL2-Belgacom klanten over deze mogelijkheid beschikken.

³¹³ Belgacom persbericht van 10 september 2010, "Belgacom biedt nu ook tv-ervaring op gsm en computer: Nieuwe toepassingen na 5 jaar Belgacom TV". (Belgacom stelt dat dit aanbod beschikbaar is voor ongeveer 90% Belgacom klanten tegen een meerprijs van €3,5).

<http://bgpa-nl.skynetblogs.be/archive/2010/09/10/belgacom-tv-pc-gsm-ipad-mobile-phone-belgacom11-applications.html>

³¹⁴ M. WALKER, Charles River Associates, "Does Belgium require mandated Wholesale access to the cable networks?", October 2010, p. 15 (Bijlage 32).

³¹⁵ Zie bijvoorbeeld B. NALEBUFF, "Competing against bundles" in *Incentives, Organization and Public Economics*, P. HAMMOND en G. D. MYLES (eds.), Oxford University Press, 2000, London.

³¹⁶ Bron: M. WALKER, Charles River Associates, "Does Belgium require mandated Wholesale access to the cable networks?", October 2010, p. 15 (Bijlage 32) (noot: zowel Telenet als Scarlet bieden ook mobiele telefoondiensten aan doch niet als onderdeel van een multiple-playaanbieding, Mobistar biedt zelf een multiple-playaanbieding aan bestaande uit 5 verschillende diensten, Euphony verkoopt deze aanbieding door aan haar klanten).

Niet Vertrouwelijke Versie

		Fixed telephony	Internet access	Mobile telephony	TV
TRIPLE PLAY	VOO	x	x		x
	Numéricable	x	x		x
	Base	x	x	x	
	Telenet	x	x		x
	Scarlet	x	x		x
QUADRUPLE PLAY	Belgacom	x	x	x	x
	Mobistar	x	x	x	x
	Euphony	x	x	x	x

499. **Multiplayaanbiedingen als hefboom voor breedband- en mobiele netwerkopereatoren.** Als de positie van Telenet wordt vergeleken met deze van Belgacom blijkt duidelijk dat Belgacom een groter voordeel haalt uit dergelijke gezamenlijke aanbiedingen. Belgacom biedt namelijk Belgacom TV gratis aan in combinatie met telefoon- en breedbanddiensten. Belgacom kan zijn machtspositie op vlak van telefoon- en breedbanddiensten³¹⁷ aanwenden om een betere positie in de markt van televisiediensten te verkrijgen. Midden 2010, slechts één jaar na het begin van het gratis TV aanbod van Belgacom, beschikte reeds 56% van haar breedbandklanten ook over digitale televisie³¹⁸.
500. Dezelfde redenering gaat op voor Mobistar, dat recent is toegetreden tot de retail omroepmarkt. Mobistar kan een beroep doen op haar sterke positie op de markt van de mobiele telefonie en haar uitgebreid klantenbestand op die markt om een gunstigere positie te verwerven op de retail omroepmarkt.

2.3.3. Schaalvoordelen

501. De Ontwerpbeslissing merkt op dat zowel Telenet als Belgacom significante schaalvoordelen bezitten. Telenet betwist de conclusie dat deze beweerde schaalvoordelen een toegangsdrempel inhouden. Potentiële operatoren die tot de markt willen toetreden, moeten minder substantiële netwerkinvesteringen maken dan Telenet in het verleden genoodzaakt was te doen. Zo kunnen nieuwe operatoren gebruik maken van SMP-verplichtingen van Belgacom om IPTV-

³¹⁷ Belgacom wordt aangeduid als een marktspeeler met aanmerkelijke marktmacht op het vlak van breedband- en telefoondiensten (Besluit van de Raad van het BIPT van 10 januari 2008, zoals vernieuwd door het Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009, betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de wholesale-markten van de cluster “toegang”, geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003: Markt 11: ontbundelde toegang op wholesale-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten, Markt 12: wholesale- breedbandtoegang (zie ook Ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 20 december 2010 betreffende de analyse van de breedbandmarkten); Besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2006 betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de markten van de cluster “vaste telefonie”, geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003: markt 3: openbaar beschikbare nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers markt 4: openbaar beschikbare internationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers markt 5: openbaar beschikbare nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers; markt 6: openbaar beschikbare internationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers; markt 8: gespreksopbouw op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie; markt 9: gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie; markt 10: gespreksdoorgiftediensten in het vaste openbare telefoonnetwerk.)

³¹⁸ M. WALKER, Charles River Associates, “Does Belgium require mandated Wholesale access to the cable networks?”, October 2010, p. 16 (Bijlage 32).

diensten aan te bieden en kunnen zij dus de initiële kosten in belangrijke mate onder controle houden. Indien een multicasting verplichting wordt opgelegd aan Belgacom zal dit des te meer het geval zijn. Telenet bezit echter enkel een erfpacht op een groot deel van het kabelnetwerk in België en heeft substantiële investeringen moeten maken om het (analoge) kabelnetwerk voor te bereiden op digitale televisie. Nieuwe operatoren worden niet geconfronteerd met dergelijke noodzakelijke investeringen. Aldus kunnen de schaalvoordelen waarover Telenet beschikt niet als toegangsdrempels worden aangemerkt.

2.3.4. Breedtevoordelen

502. **Breedtevoordelen zijn *in casu* geen toegangsdrempel.** De Ontwerpbeslissing wijst op breedtevoordelen in hoofde van Telenet waaruit het beweerdelijk voordelen zou ontleen ten aanzien van nieuwe operatoren. Telenet betwist deze conclusie.
503. Volgens de Ontwerpbeslissing manifesteren breedtevoordelen zich omdat een operator gebruik kan maken van eenzelfde netwerk om meerdere diensten aan te bieden en dat een operator deze diensten kan verkopen in gezamenlijke aanbiedingen. Telenet biedt, net zoals de meeste operatoren, actief bundels aan op de retail omroepmarkt. Op dit punt bevindt Belgacom zich echter in een opmerkelijk betere positie dan Telenet vermits Belgacom beschikt over een machtspositie in zowel telefoon- als breedbanddiensten, die in multiplayaanbiedingen onderling gecombineerd worden³¹⁹. Hierdoor bevindt Belgacom zich in de mogelijkheid om digitale televisie gratis aan te bieden aangezien het deze dienstverlening kan kruissubsidiëren met inkomsten uit telefoon- en breedbanddiensten waar het een machtspositie geniet. Belgacom ontleent bovendien bijkomende voordelen aan het nationaal karakter van haar dienstverlening.

2.3.5. Bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten

504. De Ontwerpbeslissing beweert zonder verder enige analyse dat Telenet, via haar moederbedrijf Liberty Global, een bevoorrechte toegang heeft tot kapitaalmarkten. In zijn Besluit van 10 januari 2008, zoals vernieuwd bij Besluit van 2 september 2009, ging de Raad van het BIPT dieper in op dit criterium in het kader van de analyse van de breedbandmarkt.
505. Het BIPT merkte op dat zowel Belgacom, Telenet, Mobistar als KPN Belgium beursgenoteerde bedrijven zijn doch dat een bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten gerelateerd is aan verschillende factoren, zoals de ratio tussen schuld en EBITDA, enz. Het BIPT keek vervolgens naar de ratings die de verschillende bedrijven kregen. Hieruit bleek dat Belgacom de beste rating en aldus een meer bevoorrechte positie tot de kapitaalmarkt heeft. Het BIPT was vervolgens van oordeel dat Belgacom, dat “unaniem door analisten wordt aangeduid als een van de gezondste bedrijven van de sector”, een aanmerkelijk gemakkelijkere toegang heeft tot de kapitaalmarkten dan zijn concurrenten, waaronder Telenet³²⁰. Bovendien staat de schuldenlast van Telenet, gerelateerd

³¹⁹ Zie voetnoot 321.

³²⁰ Besluit van de Raad van het BIPT van 10 januari 2008, zoals vernieuwd door het Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009, betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de wholesale-markten van de cluster “toegang”, geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003: Markt 11: ontbundelde toegang op wholesale-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van

Niet Vertrouwelijke Versie

aan de verbetering van het voorheen gefragmenteerde kabelnetwerk, een gemakkelijke toegang tot de kapitaalmarkt in de weg.

506. Telenet verwijst ook naar een beslissing van de Raad voor de Mededinging uit 2009 waarin de Raad besloot:

*“Cependant, il faut constater qu’aussi bien Mobistar que Base font partie de groupes internationaux et disposent de ce chef de ressources importantes, voire équivalentes à celles de BMB. La puissance financière de BMB n’est donc pas un facteur que le Conseil retient pour confirmer la présomption basée sur la part de marché.”*³²¹

507. Hieruit kan worden afgeleid dat indien andere marktspelers ook tot grote, internationale bedrijvengroepen behoren, er geen bevoorrechte positie tot kapitaalmarkten kan worden afgeleid.
508. In ieder geval, de rating van Telenet (m.n. Ba3 Moody’s) is net onder investment grade³²², wat betekent dat Telenet een veel duurdere financieringskost heeft dan haar belangrijkste concurrenten³²³. Telenet’s concurrenten behalen sterkere ratings: zo beschikken Belgacom (m.n. A1 Moody’s), Mobistar/FT (m.n. A3 Moody’s) en BASE/KPN (m.n. Baa2 Moody’s) allen over investment grade ratings. De conclusie van het BIPT dat Telenet een bevoorrechte toegang heeft tot de financiële markten is derhalve zonder grond.
509. Ter illustratie van de impact hiervan kan worden verwezen naar het feit dat Belgacom in januari 2011 voor een obligatie van 7 jaar een rente van 3,875% moest bieden³²⁴. Voor een obligatie van 6 jaar heeft Telenet daarentegen in november 2010 een rente van 5,3% moeten bieden³²⁵.

2.3.6. Aanwezigheid van kopersmacht

510. De Ontwerpbeslissing stelt dat aangezien Telenet’s omzet voornamelijk tot stand komt door een grote groep van gebruikers, namelijk individuele huishoudens, er sprake is van zeer geringe kopersmacht. In deze context verwijst Telenet naar het Besluit van de Raad van 10 januari 2008, zoals vernieuwd bij Besluit van 2 september 2009, waar het BIPT van oordeel was dat particuliere eindgebruikers zich kunnen groeperen in consumentenverenigingen, zoals bijvoorbeeld de Belgische consumentenvereniging Test-Aankoop³²⁶.

breedband- en spraakdiensten, Markt 12: wholesale- breedbandtoegang, p. 82-83, p. 112 (zie ook Ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 20 december 2010 betreffende de analyse van de breedbandmarkten, randnummers 430-432, randnummers 876-878).

³²¹ RvM, 26 mei 2009, nr. 2009-P/K-10, *Base/BMB*, B.S. 29 juni 2009, 44264, randnummer 159. Vrije vertaling: “Men moet echter constateren dat zowel Mobistar als Base deel uitmaken van internationale groepen en in dit kader over belangrijke middelen beschikken, zie gelijkaardige middelen als deze van BMB. De financiële macht van BMB is dus geen factor die de Raad in overweging neemt voor het bevestigen van het vermoeden gebaseerd op het marktaandeel”.

³²² Moody’s Rating Symbols & Definitions, juni 2009, p. 10, beschikbaar op <http://www.moodys.com/sites/products/AboutMoodysRatingsAttachments/MoodysRatingsSymbolsand%20Definitions.pdf>.

³²³ Ook de Liberty Global groep, die Telenet controleert, heeft een rating van Ba3.

³²⁴ Bijlage 34.

³²⁵ Bijlage 35.

³²⁶ Besluit van de Raad van het BIPT van 10 januari 2008, zoals vernieuwd door het Vernieuwingsbesluit van 2 september 2009, betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de wholesale-markten van de cluster “toegang”, geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003: Markt 11: ontbundelde toegang op

511. In de Ontwerpbeslissing wordt evenmin rekening gehouden met de afnemersmacht van de zenders/content aggregatoren. WIK Consult schrijft hierover het volgende:

“The two-sided nature of the provision of broadcasting transmission should, however, be taken into account when discussing countervailing buyer power. With the multiplication of digital TV platforms, aggregators and individual broadcasters gain a certain degree of countervailing buyer power vis-à-vis providers of broadcasting transmission capacity.”³²⁷

512. De omroeptransmissiemarkt is een tweezijdige markt. Zenders en content aggregatoren oefenen druk uit op de netwerkoperatoren om over een zo groot mogelijke klantenbasis te beschikken en beïnvloeden daarmee ook het gedrag van deze operatoren op de retail omroepmarkt.

2.3.7. Een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopsnetwerk

513. De Ontwerpbeslissing stelt dat zowel Telenet als Belgacom beschikken over een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk.
514. Ook alternatieve operatoren en nieuwe toetreders beschikken evenwel over een uitgebreid distributie- en verkoopsnetwerk. KPN Group Belgium heeft een strategisch akkoord gesloten met TV Vlaanderen en Télésat om het satellietaanbod van deze partijen te verkopen via de BASE-shops³²⁸. Ook Mobistar kan een beroep doen op zijn bestaand distributie- en verkoopsnetwerk voor het aanbieden van zijn televisiediensten.

2.3.8. Verticale integratie

515. De Ontwerpbeslissing stelt dat zowel Belgacom als Telenet verticaal geïntegreerd zijn en hieraan concurrentiële voordelen kunnen ontleen ten aanzien van potentiële operatoren. Telenet betwist deze conclusie. Operatoren die niet verticaal geïntegreerd zijn, zoals TV Vlaanderen en Télésat, zijn succesvol toetreden tot de markt. Verticale integratie vormt derhalve geen substantiële toegangdrempel tot de relevante markt.

3. BESLUIT: GEEN AANMERKELIJKE MARKTMACHT

516. **Ontwerpbeslissing.** De Ontwerpbeslissing besluit dat Telenet aanmerkelijke marktmacht heeft op basis van de vaststelling van (i) het groot marktaandeel van Telenet in haar dekkingsgebied en (ii) de vaststelling dat de prijzen van Telenet tijdens de afgelopen 5 jaar zijn gestegen ondanks de toetreding van BelgacomTV.
517. **Verkeerde uitgangspunten.** De uitgevoerde analyse combineert evenwel een

wholesale-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten, Markt 12: wholesale- breedbandtoegang, p. 86.

³²⁷ Rapport WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, p.23 (Bijlage 2). Vrije vertaling: “Het twee-zijdige karakter van het aanbieden van omroeptransmissie moet echter in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van afnemersmacht. Door de vermenigvuldiging van digitale TV platformen verkrijgen verenigingen en individuele omroepen afnemersmacht ten aanzien van de aanbieders van omroeptransmissiecapaciteit”.

³²⁸ Persbericht KPN Group Belgium, 1 april 2010, Digitale televisie van TV VLAANDEREN en Télésat nu overal verkrijgbaar bij ALLO telecom.
http://www.kpngroup.be/public/uploads/files/algemene_voorwaarden/Press%20release%2031032010%20-%20ALLO%20telecom%20offers%20satelite%20tv%20FINAL.pdf

Niet Vertrouwelijke Versie

enge afbakening van de relevante markt met de afwezigheid van enige prospectieve analyse ten aanzien van de ontwikkeling van de markt in de komende jaren en de positie van Telenet daarin. Dit resulteert in een zeer statische visie op de markt die niet in overeenstemming is met de dynamische werkelijkheid en bestaande en potentiële bronnen van concurrentie buiten beschouwing laat.

518. **Marktaandelen.** Ongeacht welke marktdefinitie wordt weerhouden moet men vooreerst vaststellen dat het marktaandeel van de kabeloperatoren tijdens de afgelopen jaren is gedaald terwijl de marktaandelen van de concurrenten zijn gestegen en dat niets erop wijst dat deze evolutie zich in de komende jaren niet zal verder zetten.

Een hoog marktaandeel, zeker indien dit dalende is, kan overigens niet als zodanig als problematisch worden gezien en als noodzakelijkerwijze duidend op de afwezigheid van effectieve concurrentie. Veeleer lijkt het grote marktaandeel van Telenet een logisch uitvloeisel van de historische ontwikkeling van de markt, waarop concurrentie tussen infrastructuren een relatief recente ontwikkeling is.

519. **Prijzen.** De Ontwerpbeslissing stelt vervolgens dat de prijzen van Telenet zich boven het competitieve niveau bevinden en dat Telenet in een competitieve markt lagere prijzen zou hanteren. Dit zou wijzen op een gebrek aan concurrentie.

520. De Ontwerpbeslissing onderzoekt evenwel niet of de prijzen van Telenet inderdaad te hoog zijn. Een internationale vergelijking leert dat de prijzen van Telenet in tegendeel bij de laagste van Europa behoren. De prijsstijgingen van het kabelabonnement tijdens de afgelopen jaren hebben gelijke tred gehouden met de inflatie en vallen samen met een uitbreiding van het digitale televisieaanbod en substantiële netwerkinvesteringen. In de economische literatuur wordt algemeen aanvaard dat ook in een competitieve markt kostenstijgingen leiden tot prijsstijgingen.

521. Verder houdt de Ontwerpbeslissing geen rekening met het feit dat de prijs van het kabelabonnement is onderworpen aan kostengebaseerde regulering door de FOD Economie. Dat Telenet de goedgekeurde prijsverhogingen niet volledig heeft toegepast, wijst op het bestaan van prijsdruk van andere platformen en operatoren.

522. **Concurrentiedruk andere infrastructuren.** Er moet ook rekening worden gehouden met het groeipotentieel van IPTV en andere infrastructuren zoals satelliettelevisie of DVB-T. Vergelijkingen met andere landen waar de kabel een belangrijke rol speelt leren dat deze infrastructuren een dermate groeipotentieel hebben dat een prijsverhoging die normale kostenstijgingen overschrijdt voor Telenet zou leiden tot een dusdanig verlies aan klanten dat deze prijsverhoging niet winstgevend zou zijn.

523. **Andere factoren.** Ook de andere factoren waarnaar de Ontwerpbeslissing verwijst zijn niet relevant. Bij de beoordeling van de toetredingsdrempels wordt bijvoorbeeld ten onrechte geen rekening gehouden met de bestaande en komende SMP-verplichtingen van Belgacom op stroomopwaartse markten. Deze verplichtingen maken markttoetreding nochtans technisch en economisch haalbaar. Evenmin wordt rekening gehouden met het potentieel van satelliet, DVB-T en op termijn ook mobiele en OTT-televisie.

524. Er is geen sprake van hoge toegangsdrempels, overstapdrempels, schaal- of breedtevoordelen of andere wezenlijke assymetrieën in de concurrentievoorwaarden tussen bestaande operatoren en nieuwe operatoren.

525. **Besluit.** Het is dan ook volstrekt ten onrechte dat de Ontwerpbeslissing besluit dat

Telenet beschikt over aanmerkelijke marktmacht.

VIII. DE VERPLICHTINGEN

1. ALGEMENE BEMERKINGEN MET BETREKKING TOT DE VERPLICHTINGEN

1.1. Voorafgaandelijk

526. **Doelstelling van regelgevende interventie.** Wanneer nationale regelgevende instanties *ex ante*-verplichtingen aan een SMP-operator willen opleggen, moeten zij aantonen dat deze verplichtingen (i) noodzakelijk zijn om de vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen en (ii) niet disproportioneel zijn. Het uiteindelijke doel van de regelgevende interventie moet zijn om infrastructuurconcurrentie en innovatie te bevorderen, concurrentievervalsingen te vermijden en de voordelen voor gebruikers te maximaliseren:

*“Regelgevende verplichtingen moeten passend zijn en gebaseerd zijn op de aard van de problemen die zich voordoen. Zij moeten tevens evenredig en gerechtvaardigd zijn in het licht van de doelstellingen die in Richtlijn 2002/21/EG zijn neergelegd, in het bijzonder het **maximaliseren van de voordelen voor gebruikers**, het garanderen dat geen beperking of verstoring van de concurrentie plaatsvindt, het aanmoedigen van efficiënte investeringen in infrastructuur, het stimuleren van innovatie en het bevorderen van efficiënt gebruik en beheer van radiofrequenties en nummerruimte.”³²⁹*

527. **Voorwaarden voor interventie op andere markten dan die van de Aanbeveling.** Regelgevende interventie op andere markten dan die uit de Aanbeveling is slechts mogelijk indien er sprake is van ‘consumer harm’ die niet kan worden opgelost door *ex ante*-regelgeving op de markten uit de Aanbeveling³³⁰.

528. Volgens de Ontwerpbeslissing is er sprake van ‘consumer harm’ op de relevante retail markt omwille van het kleine aantal actieve operatoren en de prijzen die hoger zouden zijn dan indien de markt concurrerend zou zijn³³¹.

529. In randnummers 178 e.v. werd reeds aangetoond dat de Belgische consument op het vlak van de toegang tot televisiediensten zeker niet slechter af is dan de consument in andere Lidstaten van de Europese Unie waar geen *ex ante*-regelgeving wordt opgelegd. De relevante markt wordt – ongeacht hoe hij wordt gedefinieerd – gekenmerkt door kwalitatieve diensten, innovatie, lage prijzen en markttoetreding. Op een markt met dergelijke kenmerken is het bestaan van ‘consumer harm’ niet aannemelijk.

530. Zelfs indien er al consumer harm zou bestaan, *quod non*, blijft het BIPT verder

³²⁹ Aanbeveling, randnummer 18.

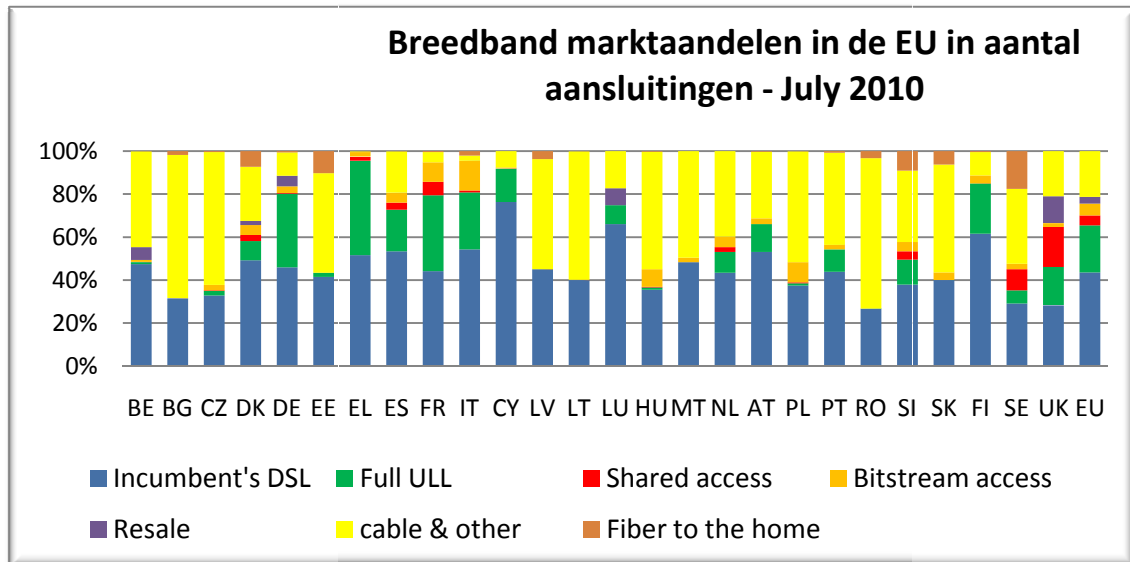
³³⁰ Should an NRA identify an instance of consumer harm that cannot be addressed by imposing regulation on a market in the Recommendation, it may consider defining a new market (Explanatory Note bij de Aanbeveling, p.11). Vrije vertaling: “*In het geval dat een NRI een geval van schade aan de consument vaststelt dat niet kan worden verholpen door het opleggen van regulering in een markt uit de Aanbeveling, kan het overwegen om een nieuwe markt te definiëren*”.

³³¹ Ontwerpbeslissing, randnummer 371.

Niet Vertrouwelijke Versie

volledig in gebreke om aan te tonen dat hieraan niet is verholpen of kan worden verholpen door regulering op de stroomopwaartse markten uit de Aanbeveling.

531. In België is het succes van ontbundelde toegang (markt 4) tot op heden bescheiden geweest in vergelijking met andere Lidstaten van de EU zoals Duitsland of Frankrijk³³²:



532. De Europese Commissie heeft dan ook twijfels geuit betreffende de regulering van markten 4 en 5 door het BIPT³³³. Meer bepaald blijkt dat deze regulering alternatieve operatoren onvoldoende prikkels geeft om de investeringsladder te beklimmen door van bitstream access naar ontbundelde toegang over te schakelen.
533. Het antwoord op eventuele tekortkomingen van de regelgeving van markten 4 en 5 bestaat er uiteraard niet in om bijkomende regulering op te leggen op stroomafwaartse markten (zoals *in casu* de retail omroepmarkt) maar om de efficiëntie van de regulering van markten 4 en 5 te verbeteren. Pas indien er ondanks efficiëntere regelgeving op deze markten nog steeds sprake zou zijn van een marktfalen op de omroepmarkt, zou een eventuele regulering van deze markt kunnen worden overwogen.
534. **Geen kosten-baten analyse.** De Ontwerpbeslissing stelt een aantal zeer ingrijpende maatregelen voor met potentieel grote gevolgen voor de kabeloperatoren. Het BIPT maakt echter geen analyse van de kosten en baten van deze maatregelen³³⁴:
- De Ontwerpbeslissing geeft geen inschatting van de effectiviteit van de voorgestelde maatregelen noch van de verwachte marktaandeel- en prijseffecten ten opzichte van een scenario waarin geen regulering wordt opgelegd of ten opzichte van minder verre gaande vormen van regulering.

³³² Bronnen : ECTA; DG Information Society, European Commission; Capgemini Consulting analysis.

³³³ Zie bijvoorbeeld de opmerkingen van de Europese Commissie in haar brieven aan het BIPT d.d. 3 januari 2008 en 21 augustus 2009 (respectievelijk zaken BE2007/0735 en 0736 en BE/2009/949).

³³⁴ Volgens de Raad voor de Mededinging is dergelijke kosten baten analyse nochtans een must: "Pour chaque option relevante, l'évaluation des coûts et bénéfices attendus" (randnummer 64 Avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif au Projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 »). Vrije vertaling: "Voor elke relevante optie, een evaluatie van de verwachte kosten en baten".

Niet Vertrouwelijke Versie

- De Ontwerpbeslissing analyseert niet of en in hoeverre de toegangsmaatregelen riskeren investeringen in infrastructuur en innovatie te ondermijnen;
- De Ontwerpbeslissing bevat geen begroting van de kosten die de kabeloperatoren zullen moeten maken om uitvoering te geven aan de maatregelen; Zij is overigens dermate vaag betreffende de concrete invulling van de voorgenomen maatregelen dat een correcte kosten-baten analyse eenvoudigweg onmogelijk is.

535. Zoals hierna zal worden aangetoond, zullen de kosten en nadelen van de implementatie van de voorgestelde maatregelen substantieel zijn terwijl de te verwachten effecten beperkt zullen zijn. Bovendien bestaat het risico dat de verplichtingen zullen leiden tot minder investeringen in infrastructuur, minder kwalitatieve diensten en minder innovatie. De voorgenomen maatregelen zullen dus geen noemenswaardige voordelen voor de eindgebruikers opleveren terwijl zij een zware belasting voor de kabeloperatoren zullen betekenen. Zij zijn bijgevolg disproportioneel.

1.2. Geen geloofwaardige vraag naar een gereguleerd 'doorverkoop'-aanbod op de kabel en geen bewijs van de effectiviteit van de voorgenomen verplichtingen

536. De Ontwerpbeslissing gaat op geen enkele wijze na of de voorgestelde toegangsmaatregelen effectief zullen zijn en ook daadwerkelijk zullen leiden tot markttoetreding via de kabel. De vrijblijvende belangstelling van een aantal marktpartijen waarnaar de Ontwerpbeslissing verwijst, kan onmogelijk worden gelijkgeschakeld met een geloofwaardige vraag³³⁵. In recente verklaringen afgelegd in het Vlaamse Parlement bevestigde Belgacom alvast uitdrukkelijk geen belangstelling te hebben in een toegang tot de kabel.

537. De Ontwerpbeslissing houdt geen rekening met de bestaande SMP-verplichtingen van Belgacom, noch met het voornemen van het BIPT om in het kader van de analyse van markten 4 en 5 een multicasting verplichting aan Belgacom op te leggen. Het BIPT analyseert dus niet wat de impact van deze SMP-verplichtingen zal zijn op de vraag naar toegangsmaatregelen op de kabel.

538. De bestaande en komende SMP-verplichtingen van Belgacom bieden alternatieve operatoren de mogelijkheid om een IPTV-aanbod te ontwikkelen op basis van dezelfde technologie als diegene die zij nu reeds gebruiken voor hun vaste telefonie en breedbandinternetproducten. Bovendien hebben zij met IPTV slechts één medecontractant nodig, met name Belgacom, om een nationaal televisie en/of multiple play-aanbod te kunnen ontwikkelen. Voor een nationaal dekkend aanbod via de kabel moet daarentegen met 5 verschillende kabeloperatoren worden gecontracteerd. In recente verklaringen in de pers drukt de CEO van Mobistar zijn voorkeur uit voor een nationale oplossing. Hij lijkt ook meteen de piste van televisie via VSDL-multicasting te bevoorrechten³³⁶. In het ontwerpbesluit van het BIPT betreffende de analyse van markten 4 en 5 wordt overigens bevestigd dat er sprake is van een duidelijke vraag van de alternatieve operatoren (KPN, Mobistar,

³³⁵ Ontwerpbeslissing, randnummers 401, 453 en 491.

³³⁶ De LiveBox die Mobistar gebruikt voor haar televisieaanbod is bijvoorbeeld reeds uitgerust om te kunnen overschakelen van satelliet naar IPTV. Hij is evenwel niet uitgerust om te kunnen werken via de kabel (geen cable tuner). Naar aanleiding van de bekendmaking van haar jaarresultaten op 9 februari 2011 bevestigde Mobistar dat zij vermoedelijk sneller TV via bitstream multicast zou kunnen aanbieden dan via de kabel.

EDPNet) naar een multicasting faciliteit op het Belgacom netwerk³³⁷.

539. Tegen deze achtergrond kan men zich de vraag stellen hoe geloofwaardig de vraag is naar een doorverkoop aanbod van kabeltelevisie.
540. Het is dus allerminst zeker of er sprake is van een daadwerkelijke en geloofwaardige vraag naar de voorgenomen maatregelen en of deze maatregelen bijgevolg zullen bijdragen tot markttoetreding die een merkbare impact zal hebben op de retail omroepmarkt. Aangezien de retailprijzen van televisieabbonementen in België bovendien reeds op kostenbasis gereguleerd zijn, staat het verder allerminst vast dat de toetreding van bijkomende spelers op basis van de voorgenomen maatregelen zal leiden tot noemenswaardige prijsdalingen. Eén en ander laat toe te betwijfelen dat de voorgenomen maatregelen effectief zullen zijn.

1.3. De verplichtingen zullen de bestaande en ontluikende infrastructuurconcurrentie fnuiken

541. Wanneer NRI's beslissen om ex ante-regelgevende verplichtingen op te leggen, moeten zij erover waken dat deze verplichtingen efficiënte investeringen in infrastructuur aanmoedigen en innovatie stimuleren³³⁸. Infrastructuurconcurrentie krijgt de voorkeur boven dienstenconcurrentie:
- ***“Competing network infrastructures are essential for achieving sustainable competition in networks and services in the long term. When there is effective competition, the framework requires ex-ante regulatory obligations to be lifted. Where competition is not yet effective granting others access to facilities in a way that levels the playing field but does not remove incentives for new infrastructure investment ensures that users enjoy choice and competition during the transition to a fully competitive market. Investment in new and competing infrastructure will bring forward the day when such transitional access obligations can be further relaxed”***³³⁹.
 - ***“The NRAs have a duty to safeguard competition in the long term, which will inter alia be a function of the need to assess the technical and economic viability of using or installing competing facilities and the effect of such an intervention on possible investment in those facilities. This is especially important where new technologies or networks are being deployed in unproven markets.”***³⁴⁰.
 - ***“mededinging gebaseerd op netwerken (“network based competition”) wordt door vele mededingingsautoriteiten en mededingingsdeskundigen hoog in het***

³³⁷ Randnummer 1018 van de Ontwerpbeslissing van het BIPT betreffende de analyse van markten 4 en 5.

³³⁸ Aanbeveling, randnummer 18.

³³⁹ Explanatory Note, p.4-5. Vrije vertaling: “Concurrerende netwerkinfrastructuren zijn essentieel om een duurzame concurrentie tussen netwerken en diensten op lange termijn te bereiken. Wanneer er effectieve mededinging is, vereist het kader dat ex ante regulatoire verplichtingen worden opgeheven. Wanneer de mededinging nog niet effectief is, verzekert het leveren van toegang aan anderen tot faciliteiten op een manier die de concurrentie verhoogt maar niet de prikkels voor nieuwe infrastructuurinvesteringen wegneemt, dat gebruikers genieten van keuzemogelijkheden en concurrentie gedurende de overgang naar een volledig competitieve markt. Investeringen in nieuwe en competitieve infrastructuur versnelt het ogenblik waarop zulke tijdelijke toegangsverplichtingen verder kunnen worden versoepeld”.

³⁴⁰ Explanatory Note, p.14. Vrije vertaling: “NRI's hebben de verplichting om de mededinging op lange termijn te bewaren, hetgeen onder meer in functie staat van de noodzaak om de technische en economische uitvoerbaarheid van het gebruiken of installeren van concurrerende faciliteiten en het effect van deze interventie op mogelijke investeringen in deze faciliteiten. Dit is zeker belangrijk waar nieuwe technologieën of netwerken worden ingezet op onbewezen markten”.

*vaandel gedragen en is nastrevenswaardig*³⁴¹.

542. De voorgenomen maatregelen gaan in tegen deze doelstelling. Indien alternatieve operatoren de mogelijkheid krijgen om zonder wezenlijke investeringen of risico's een televisie- (en breedband-) aanbod te verrichten via de kabel, bestaat het risico dat dit hun prikkels om te investeren in de verdere ontwikkeling van alternatieve infrastructuren (satelliet, DVB-T, IPTV, ...) zal afremmen.
543. Waarom zouden ze blijven investeren in de ontwikkeling van een concurrerend satelliet of DVB-T aanbod indien zij de mogelijkheid krijgen om op een veel minder risicovolle manier televisiediensten aan te bieden, gebruik makend van de investeringen van de kabeloperatoren in hun kabelnetwerk? Waarom zouden zij blijven investeren in IPTV via local loop unbundling, bitstream access en/of multicasting indien zij goedkoper en zonder grote risico's kunnen steunen op de doorverkoop van een kabelaanbod?
544. De voorgenomen verplichtingen lopen dus het risico de bestaande en verder ontluikende infrastructuurconcurrentie af te remmen eerder dan ze te bevorderen. Ze duwen de markt feitelijk in de richting van dienstenconcurrentie ten koste van infrastructuurconcurrentie³⁴².
545. Dit is des te meer zo nu de technische beperkingen van de kabel³⁴³ voor gevolg hebben dat het niet mogelijk is om een reële investeringsladder te creëren waarbij alternatieve operatoren zich gradueel opwerken naar het volgende investeringsniveau, totdat uiteindelijk volwaardige infrastructuurconcurrentie wordt bereikt. De voorgenomen maatregelen zullen voor de alternatieve operatoren dus zowel het begin- als het eindstation zijn en niet zullen kunnen dienen als opstap naar een hoger investeringsniveau.

1.4. Uitsluiting van partijen die beschikken over een eigen omroepplatform

546. Volgens de Ontwerpbeslissing strekt de verplichting om toegang te verlenen tot het digitaal platform ertoe om "*alternatieve operatoren die niet over een omroepplatform beschikken (toe te laten), digitale omroepdiensten en/of multiple play-aanbiedingen te kunnen aanbieden en op die manier (te) kunnen concurreren met de huidige aanbiedingen van de SMP operator*"³⁴⁴.
547. *A contrario* moeten operatoren zoals Belgacom, die beschikken over een eigen omroepplatform, worden uitgesloten. Zij hebben de toegang tot het digitale platform van de kabeloperatoren in elk geval niet nodig om te kunnen concurreren met de televisie- en/of multiple play-aanbiedingen van de kabeloperatoren. Hen toegang verlenen zou voor hen een stap terug betekenen op de investeringsladder en hen niet de juiste investeringsprikkels geven. Deze operatoren moeten investeren in de uitbouw en de opwaardering van de eigen infrastructuur.
548. In de Nederlandse kabelbesluiten gaf ook OPTA op vergelijkbare gronden aan dat verzoeken van toegang van partijen die beschikken over een alternatieve infrastructuur waarmee zij een aan de kabeloperatoren vergelijkbaar aanbod

³⁴¹ RvM, 7 november 2008, zaak 2008-C/C-59, *Belgacom/Scarlet*.

³⁴² Zie hierover o.a. het verslag van RBB Economics, *Reactie op ontwerpbeslissing VRM*, pagina 30 (Bijlage 1).

³⁴³ Zie hierover de ontwerpbeslissing van het BIPT betreffende de analyse van markten 4 en 5, randnummers 736-743.

³⁴⁴ Ontwerpbeslissing, randnummer 400.

Niet Vertrouwelijke Versie

kunnen doen, als onredelijk zouden worden afgewezen³⁴⁵.

549. Dat Telenet anderzijds wel kan genieten van de SMP-verplichtingen die aan Belgacom worden opgelegd op markten 4 en 5 is overigens niet inconsistent met deze analyse.
550. Telenet beschikt over een netwerk waarvan het verzorgingsgebied zich slechts uitstrekt tot een deel van België. Zonder toegang tot het netwerk van Belgacom kan Telenet dus geen diensten aanbieden aan gebruikers in de landsgedeelten buiten het verzorgingsgebied van haar kabelnetwerk. Telenet gebruikt het Belgacom netwerk om te concurreren op de bedrijvenmarkt die door Belgacom wordt gedomineerd. Terwijl Belgacom op basis van het eigen netwerk in alle elektronische communicatiemarkten over het hele land aanwezig kan zijn, kan Telenet zonder toegang tot het Belgacom-netwerk bepaalde gebieden, markten en/of marktsegmenten niet bedienen.
551. Ook de idee dat het billijk zou zijn om met de voorgenomen maatregelen (inclusief toegang tot de kabel voor Belgacom) te komen tot symmetrische regulering moet worden verworpen. Billijkheid is op zich geen grond voor *ex ante*-regelgeving. De economische literatuur wijst er bovendien op dat symmetrische regulering van asymmetrische spelers leidt tot ongelijke concurrentievoorwaarden³⁴⁶.
552. Belgacom, de historische operator, is in termen van omzet vijf maal groter dan Telenet³⁴⁷. Zij domineert vandaag nog steeds de belangrijkste elektronische communicatiemarkten in België. Belgacom en Telenet symmetrisch reguleren leidt tot een verzwakking van de kabeloperatoren, één van de belangrijkste vectoren van de concurrentie op de Belgische elektronische communicatiemarkten.

1.5. De verplichtingen ondermijnen de prikkels van Telenet om in haar netwerk te investeren

553. Bij het bepalen van regelgevende verplichtingen moeten de NRI's ook rekening houden met de impact op de investeringsprikkels van de SMP-operator:

*“In particular, before imposing the more onerous remedies, NRAs need to be mindful of the initial investment by the facility owner, bearing in mind the risks involved in making the investment.”*³⁴⁸

554. De voorgenomen maatregelen zullen naar alle waarschijnlijkheid de opbrengst van de netwerkinvesteringen van Telenet verminderen (verminderde retailopbrengsten en toegenomen kosten om toegang tot de kabel te verlenen die niet voldoende worden gecompenseerd door wholesaleopbrengsten)³⁴⁹. Dit zal de prikkel om verder te investeren in het kabelnetwerk doen afnemen. Een geringere prikkel om te investeren leidt tot lagere investeringen, minder innovatie, lagere

³⁴⁵ Besluit van OPTA van 5 maart 2009 naar aanleiding van de marktanalyse omroep, randnummer 775 : “KPN beschikt immers over eigen (aansluit) infrastructuur waarmee zij een vergelijkbaar aanbod kan doen en het college is van oordeel dat zowel UPC als KPN dienen te investeren in hun eigen (aansluit)infrastructuur. Het college zal dan ook, wanneer de redelijkheid van een verzoek om toegang door een aanbieder van rtv-signalen ter beoordeling zou worden voorgelegd aan het college, (onder meer) rekening houden met de overweging of deze zelf over alternatieve infrastructuur beschikt waarmee deze een met UPC vergelijkbaar aanbod kan doen.”

³⁴⁶ P., VAN CAYSEELE, “Market Structure and Innovation : A Survey”, *De Economist*, 1998, 391-417.

³⁴⁷ € 5,99 miljard omzet voor Belgacom tegenover €1,19 miljard voor Telenet in 2009.

³⁴⁸ Explanatory Note, p.14. Vrije vertaling: “in het bijzonder, alvorens de zwaardere verplichtingen op te leggen, moeten de NRIs aandacht hebben voor de initiële investering door de eigenaar van de faciliteit, rekening houdend met de risico's die gepaard gaan met het doen van de investering”.

³⁴⁹ Zie Rapport RBB Economics, Reactie op ontwerpbeslissing VRM, pagina 31 (Bijlage 1).

dienstenkwaliteit en schaadt bijgevolg de belangen van de consument.

2. DE TOEGANGSVERPLICHTINGEN TOT HET DIGITAAL PLATFORM EN DE VERPLICHTING TOT DOORVERKOOP VAN ANALOGUE TELEVISIE ZIJN NIET NOODZAKELIJK NOCH PROPORTIONEEL GELET OP DE BESTAANDE EN KOMENDE SMP-VERPLICHTINGEN OP STROOMOPWAARTSE WHOLESAMARKTEN

555. Alvorens de voorgenomen maatregelen te kunnen opleggen³⁵⁰ moet het BIPT conform de 'modified greenfield' benadering onderzoeken of en in welke mate de aanwezigheid van SMP-verplichtingen op verbonden stroomopwaartse wholesalemakten niet volstaat om tegemoet te komen aan het vermeende mededingingsprobleem op de retail omroepmarkt³⁵¹. Het Hof van Beroep te Brussel bevestigde het belang om rekening te houden met bestaande of komende SMP-verplichtingen op verbonden stroomopwaartse markten:

*"la Cour examinera (...), in concreto, si l'IBPT a suivi correctement une approche greenfield modifiée, en prenant en compte les effets escomptés de la régulation maintenue sur les marchés en amont (notamment le marché 11) sur la situation concurrentielle du marché en aval (marché 12)."*³⁵²

556. Wanneer men een correcte 'modified greenfield' analyse uitvoert, kan men niet om de vaststelling heen dat de verplichtingen die aan Belgacom als SMP-operator worden opgelegd op de stroomopwaartse markten 4 en 5 (ontbundelde toegang en bistream access) volstaan om het vermeende mededingingsprobleem te verhelpen³⁵³. Deze verplichtingen bieden alternatieve operatoren niet alleen de mogelijkheid om de retail omroepmarkt te betreden, maar tevens om multiple play-aanbiedingen te formuleren die vergelijkbaar zijn aan de aanbiedingen van de kabeloperatoren en Belgacom³⁵⁴. Het BIPT stelt in het kader van zijn ontwerpbeslissing betreffende markten 4 en 5³⁵⁵ uitdrukkelijk dat de voorgenomen multicasting verplichting "de levering van televisiediensten via bitstream door alternatieve operatoren aan een groot aantal eindgebruikers **technisch en economisch haalbaar** (maakt)"³⁵⁶.

557. Bijkomende verplichtingen op stroomafwaartse markten zijn dan ook niet noodzakelijk en eerder van aard om averechts te werken. Het verslag van WIK-

³⁵⁰ Terloops wijst Telenet erop dat het BIPT de toegangsverplichting tot het digitaal platform ten onrechte voorstelt als een loutere doorverkoopverplichting. In de mate dat derde partijen de mogelijkheid krijgen om zenders toe te voegen of te verwijderen gaat het duidelijk om meer dan een loutere doorverkoop.

³⁵¹ Zie *supra*, randnummers 128 e.v..

³⁵² Brussel, 7 mei 2009, 20087/AR/787. Vrije vertaling: "het Hof zal in concreto onderzoeken of het BIPT de modified greenfield benadering op een correcte wijze heeft gevolgd, rekening houdend met de verwachte effecten van de opgelegde regulering in de stroomopwaartse markt (namelijk markt 11) op de concurrentiële situatie op de stroomafwaartse markt (markt 12)".

³⁵³ De experts van het economisch adviesbureau WIK schrijven hierover: "VRM should have carried out an analysis of whether and to what extent the presence of upstream remedies can address the perceived competition problems. **We believe that the imposition of access to unbundled local loops and multicast bitstream at the most upstream levels is sufficient to remedy any problems that may exist in the provision of TV signals to end users.**" (Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, pagina 25, Bijlage 2). Vrije vertaling: "De VRM diende te onderzoeken of en in welke mate de aanwezigheid van stroomopwaartse verplichtingen de beweerd mededingingsproblemen kunnen aanpakken. We zijn van mening dat het opleggen van toegang tot unbundled local loops en multicast bitstream op de meest stroomopwaartse niveaus voldoende is om alle problemen die zouden bestaan bij het leveren van TV signalen aan eindgebruikers tegen te gaan".

³⁵⁴ Dit kunnen zij overigens ook op basis van een satelliet en/of DVB-T aanbod zoals duidelijk wordt bewezen door het Starpack aanbod van Mobistar.

³⁵⁵ Ontwerpbeslissing van het BIPT betreffende de analyse van markten 4 en 5, randnummer 1177.

³⁵⁶ [Zakengeheim]. Er is dan ook geen enkele aanwijzing dat er een mededingingsprobleem is inzake toegang tot de kabel.

Consult stelt hierover:

“Access to cable TV platforms, clearly, is not required as a further regulated rung in the ladder of investment that already includes ULL and (as proposed by the BIPT) multicast bitstream. Unnecessary rungs in the investment ladder will likely reduce the incentive of some of the TV service providers to invest in their own network infrastructure and thus weaken infrastructure competition.”³⁵⁷

558. Kortom, door een fundamentele stap in de analyse over te slaan, komt het BIPT tot verkeerde conclusies. Wanneer een correcte analyse wordt doorgevoerd, rekening houdend met de verplichtingen die worden opgelegd op de stroomopwaartse wholesalemarkten, kan men niet anders dan besluiten dat de bijkomende toegangsverplichting tot het digitaal televisieplatform van Telenet niet noodzakelijk noch proportioneel is.

3. BIJKOMENDE BEMERKINGEN MET BETREKKING TOT DE VERPLICHTING TOT DOORVERKOOP VAN EEN ANALOOG AANBOD

559. Het BIPT rechtvaardigt de verplichting tot doorverkoop van het analoog televisieaanbod op de volgende gronden:

- *Voor veel klanten blijft analoge televisie de enige televisiedienst. Zonder doorverkoopmaatregel zouden de abonnees van analoge televisie een markt vormen die louter aan kabeloperatoren is voorbehouden. Dankzij de doorverkoopmaatregel zullen ook deze klanten kunnen profiteren van het spel van de concurrentie³⁵⁸.*

Abonnees van analoge televisie vormen echter geen ‘markt’ die voor kabeloperatoren worden voorbehouden. De kabeloperatoren bieden analoge en digitale televisie steeds als eenzelfde product aan eenzelfde prijs. Ook zonder doorverkoopmaatregel genieten analoge klanten reeds van het spel van de concurrentie en dus van de concurrentiële druk die uitgaat van operatoren van o.a. IPTV, satelliet en DVB-T platformen. De wens om abonnees van analoge televisie te laten meegenieten van het spel van de concurrentie kan dus redelijkerwijze niet als rechtvaardiging van de doorverkoopmaatregel dienen.

- *De doorverkoop is noodzakelijk omdat het anders voor een alternatieve operator niet mogelijk is om het analoge aanbod van de SMP-operator te dupliceren en er bestaat vraag naar deze verplichting.*

Aangezien analoge en digitale kabeltelevisie en IPTV vanuit het oogpunt van de consument substituten zijn, kan onmogelijk worden volgehouden dat het niet kunnen aanbieden van analoge televisie voor markttoetreders een ernstig nadeel vormt. Het succes van BelgacomTV toont overigens aan dat het perfect mogelijk is om de omroepmarkt succesvol te betreden zonder analoog televisieaanbod.

³⁵⁷ Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets, pagina 26. Vrije vertaling: “Toegang tot kabeltelevisieplatformen is duidelijk niet nodig aangezien een verdere gereguleerde trede op de ladder der investeringen reeds ULL en (zoals voorgesteld door het BIPT) multicast bitstream omvat. Onnodige tredes in de ladder der investeringen zullen waarschijnlijk de prikkel van sommige aanbieders van TV diensten verminderen om te investeren in hun eigen netwerk infrastructuur en dus de infrastructuurconcurrentie verzwakken” (Bijlage 2).

³⁵⁸ Ontwerpbeslissing, randnummer 449.

Hierboven werd bovendien reeds aangetoond dat de Ontwerpbeslissing het belang van analoge televisie overdrijft en onvoldoende rekening houdt met het feit dat dit belang in de loop van de voorgenomen reguleringsperiode verder zal afnemen.

Het analoge aanbod van Telenet zal in de komende jaren inderdaad verder worden afgebouwd om ruimte te maken voor digitale diensten. De Ontwerpbeslissing is volstrekt onduidelijk over hoe zal moeten worden omgegaan met deze afbouw en uiteindelijke stopzetting van het analoge aanbod.

Weliswaar geeft het BIPT aan dat de verplichting vervalt wanneer Telenet stopt met het aanbieden van analoge televisie, maar het is nog maar de vraag hoe dit in de praktijk zal werken indien er succesvolle toetreders actief zijn met de wederverkoop van analoge diensten. Een te voorzien risico is dat succesvolle toetreders zich (juridisch) zullen verzetten tegen beperkingen van het analoge pakket omdat dit hun business model aantast. De mogelijkheden voor Telenet om de overgang van analoog naar digitaal ordentelijk te laten verlopen worden aangetast en de juridische en commerciële risico's voor Telenet nemen toe op dit gebied.

Derde operatoren toegang verlenen tot een 'stand alone' doorverkoop aanbod van analoge televisie houdt dus het risico in de digitalisering van de televisiemarkt te belemmeren en de verbetering van bestaande diensten en ontwikkeling van nieuwe diensten te verhinderen. De Europese Commissie wees OPTA in 2009 terecht op dit risico in haar commentaren betreffende de Nederlandse omroepbesluiten:

“such obligation prolongs the importance of analogue RTV transmission, hampering efficient investments in digital infrastructures and the development in innovative services”³⁵⁹.

Twee jaar later en met een reguleringsperiode die zich uitstrekt tot 2014, zijn deze opmerkingen meer dan ooit pertinent.

- *In de praktijk kunnen analoge signalen niet worden gescheiden van digitale signalen zonder beduidende meerkosten. Een verplichting tot doorverkoop van het analoge abonnement is daarom noodzakelijk om het aanbod inzake toegang tot het digitale platform te vergezellen.*

Telenet bevestigt dat het niet mogelijk is om het analoge signaal van het digitale signaal te scheiden en *vice versa*, zonder aanzienlijke meerkost (zie *infra* randnummer 590).

560. Kortom, een verplichting tot doorverkoop van analoge televisie als een 'stand alone' product is contra-productief, niet-noodzakelijk en disproportioneel. Voor zover er al sprake kan zijn van enige noodzaak om een doorverkoop aanbod van analoge televisie te voorzien, kan dit enkel gaan om een verplichting als *accessorium* van de verplichting om toegang te verlenen tot het digitaal televisieplatform van Telenet, die noodzakelijk is gelet op de technische onmogelijkheid om zonder onredelijke kosten het analoge van het digitale signaal

³⁵⁹ Europese Commissie, zaak NL/2009/0873. Vrije vertaling: "zo'n verplichting verlengt het belang van analoge RTV transmissie, belemmert efficiënte investeringen in digitale infrastructures en de ontwikkeling van innovatieve diensten". Ook Neelie Kroes, destijds commissaris voor Concurrentiebeleid, maakte hierover voorbehoud: "Het reguleren van analoge rtv mag er niet toe leiden dat de digitalisering wordt uitgesteld. Daarom moet de Nederlandse toezichthouder de wederverkoopverplichting voor analoge rtv-programma's zo snel mogelijk weer intrekken". (Persbericht van 11 februari 2009 – Bijlage 33).

te scheiden.

4. BIJKOMENDE BEMERKINGEN MET BETREKKING TOT DE VERPLICHTING TOT DOORVERKOOP VAN BREEDBANDTOEGANG

4.1. De feitelijke uitgangspunten op basis waarvan de verplichting inzake doorverkoop van een aanbod voor breedbandinternettoegang wordt opgelegd, zijn onjuist

561. Het BIPT verantwoordt de verplichting inzake doorverkoop van een aanbod voor breedbandinternettoegang op basis van enerzijds de tendens naar multiplatform omroepdiensten³⁶⁰ en anderzijds de stelling dat het door het toenemend belang van multiple play-aanbiedingen moeilijk zou zijn om zich op de omroepmarkt te ontwikkelen zonder breedbandinternetaanbod³⁶¹.
562. Er valt vooreerst niet in te zien wat alternatieve operatoren – ook zonder toegang tot een aanbod breedbandinternettoegang langs de kabel – zou verhinderen om multiplatform omroepdiensten aan te bieden. Om klanten de mogelijkheid te bieden om TV te kijken via een internet enabled televisietoestel, een iPod of iPad, volstaat het dat die klanten beschikken over een internetverbinding met voldoende bandbreedte. Het hoeft daarom niet per se te gaan om een internetverbinding geleverd door de omroepoperator.
563. Vervolgens wordt niet onderzocht of en in welke mate een speler die zich enkel toespitst op de retail TV markt geen redelijke kans zou hebben om deze markt succesvol te betreden. De Ontwerpbeslissing houdt kennelijk geen rekening met het feit dat de meerderheid van de huisgezinnen in België nog steeds zijn televisieabonnement afzonderlijk – d.i. buiten een multiple play pakket – neemt³⁶². In het buitenland zijn tal van voorbeelden bekend van succesvolle spelers die hoofdzakelijk stand alone televisie aanbieden. In het Verenigd Koninkrijk heeft Sky bijvoorbeeld een marktaandeel van 37% met een hoofdzakelijk stand alone satellietaanbod³⁶³.
564. Ook operatoren die geen toegang hebben tot een doorverkoopaanbod van breedbandinternettoegang via de kabel kunnen bovendien perfect multiple play-pakketten in de markt zetten. Voor de internet component kunnen zij een beroep doen op het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom.
565. Dat de internetcomponent en de televisiecomponent van zo'n aanbod via verschillende infrastructures loopt, kan verder niet worden aanzien als een wezenlijk beletsel. De meerderheid van de huishoudens in België beschikt zowel over een kabel als een PSTN aansluiting. Starpack, het multiple play-aanbod van Mobistar, combineert satelliet TV met een DSL breedband aanbod. In het Verenigd Koninkrijk heeft 24% van de klanten van Sky een multiple play-aanbod dat satelliet combineert met DSL³⁶⁴.
566. De voorgenomen maatregel is dus niet noodzakelijk. Minstens is deze maatregel gelet op de zware technische en operationele last die hij op Telenet doet rusten niet proportioneel.

³⁶⁰ Ontwerpbeslissing, randnummer 508.

³⁶¹ Ontwerpbeslissing, randnummers 490, 510 en 511.

³⁶² Volgens de cijfers uit het BIPT Marktonderzoek 2010 koopt 76% van de bevolking zijn TV product stand alone.

³⁶³ "TV market in United Kingdom", <http://mavise.obs.coe.int> (Bijlage 37).

³⁶⁴ Uittreksel uit het jaarverslag 2010 van Sky (Bijlage 36).

4.2. De verplichting inzake breedbandtoegang is geen loutere uitvoeringsmaatregel

567. De opgelegde verplichtingen dienen in principe betrekking te hebben op de relevante markt waar de aanmerkelijke marktmacht werd vastgesteld³⁶⁵. Een NRI mag evenwel ook verplichtingen opleggen in een sector buiten maar nauw verbonden met de relevante markt op voorwaarde dat dit:

- (i) het meest geschikte, proportionele en efficiënte middel is om het gebrek aan effectieve mededinging op de relevante markt tegen te gaan;
- (ii) een essentieel element is ter ondersteuning van de verplichting(en) opgelegd op de relevante aanmerkelijke marktmacht markt, zonder dewelke deze verplichtingen geen effect zouden hebben³⁶⁶.

568. De concrete voorbeelden die de Europese Commissie en de ERG opgeven, hebben evenwel manifest betrekking op andere situaties dan diegene die in de Ontwerpbeslissing voorligt. De Europese Commissie verwijst naar een verplichting tot gescheiden boekhouding (bijvoorbeeld bijkomstig aan een niet-discriminatie verplichting) die eveneens een impact kan hebben op activiteiten buiten de markt waarop de betrokken operator aanmerkelijke marktmacht heeft³⁶⁷. De ERG verwijst naar een verplichting om een verbindingskabel te voorzien als *accessorium* van een local loop unbundling verplichting³⁶⁸.

569. Uit de vooropgestelde criteria en gegeven voorbeelden blijkt duidelijk dat het gaat om 'bijkomende uitvoeringsmaatregelen' die noodzakelijk zijn om de verplichtingen op de markt waar de onderneming aanmerkelijke marktmacht heeft uitvoerbaar te maken. Het gaat als het ware om een technische bijkomstigheid, of noodzakelijk *accessorium* bij de hoofdverplichting.

570. *In casu* kan de voorgenomen verplichting door zijn omvang en verregaande commerciële impact onmogelijk worden beschouwd als een louter *accessorium* bij de verplichting om toegang te bieden tot het platform voor digitale televisie, of tot een doorverkoop aanbod voor analoge televisie.

4.3. De verplichting tot doorverkoop van breedbandtoegang wordt niet gelinkt aan een geïdentificeerd mededingingsprobleem

4.3.1. Inleiding

571. Behoudens de uitzonderlijke situaties omschreven in hoofdstuk 4.3. kunnen *ex ante*-regelgevende verplichtingen enkel worden opgelegd op de markt die het voorwerp uitmaakt van de marktanalyse. De Europese Commissie benadrukt dat NRI's naar aanleiding van een marktanalyse geen verplichtingen kunnen opleggen die ertoe strekken om mededingingsproblemen op te lossen op een andere markt die zou moeten worden onderworpen aan een eigen marktanalyse³⁶⁹.

³⁶⁵ Pagina 14 van de Explanatory Memorandum bij de Aanbeveling.

³⁶⁶ Pagina 15 van de Explanatory Memorandum bij de Aanbeveling.

³⁶⁷ Pagina 15 van de Explanatory Memorandum bij de Aanbeveling.

³⁶⁸ Pagina 119 van de Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework,

http://www.erg.eu.int/doc/meeting/erg_06_33_remedies_common_position_june_06.pdf.

³⁶⁹ Zie de artikel 7 procedures in zaken SE/2010/1061 en 1062.

572. Zelfs wanneer de NRI van oordeel is dat de marktmacht van een operator op één markt zich tevens uitstrekt tot een andere, verwante markt (de zgn. “leveraged SMP”), moet deze verwante markt afzonderlijk worden geanalyseerd. Artikel 14 lid 3 van de Toegangsrichtlijn is hierover zeer duidelijk:

*“Wanneer een onderneming aanmerkelijke marktmacht op een specifieke markt (de eerste markt) bezit, kan zij ook **worden aangewezen als onderneming met een aanmerkelijke marktmacht op een nauw verwante markt** (de tweede markt) als de koppelingen tussen beide markten van dien aard zijn dat de marktmacht op de eerste markt op de tweede markt zo kan worden gebruikt dat de marktmacht van de onderneming wordt vergroot. Bijgevolg kunnen ingevolge de artikelen 9, 10, 11 en 13 van Richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn) oplossingen worden toegepast om te voorkomen dat naar meer macht op de tweede markt wordt gestreefd, en wanneer die oplossingen ontoereikend blijken, kunnen oplossingen worden aangewend ingevolge artikel 17 van Richtlijn 2002/22/EG (universeledienstrichtlijn)”³⁷⁰.*

573. Indien het BIPT van oordeel is dat er mededingingsproblemen bestaan op de breedbandmarkt of op een hypothetische markt voor multiple play-aanbiedingen, dan moet het dus een afzonderlijke analyse van deze markten verrichten.
574. Ten overvloede zal hierna worden aangetoond dat zelfs indien dergelijke analyse zou worden uitgevoerd, er geen mededingingsprobleem zou kunnen worden vastgesteld.

4.3.2. Inconsistentie met de analyse van de breedbandmarkten

575. Het BIPT beroept zich niet op een mededingingsprobleem op de breedbandmarkt en voert geen analyse uit van de breedbandmarkt.
576. Het BIPT heeft daarentegen wèl een analyse van markten 4 en 5 uitgevoerd, vertrekkend vanuit de breedbandmarkt³⁷¹. Op basis van deze analyse heeft het BIPT besloten om *ex ante*-regelgevende verplichtingen op te leggen aan Belgacom³⁷². Het opleggen van een verplichting tot doorverkoop van een breedbandinternetaanbod aan een andere partij, Telenet, die op de breedbandmarkten geen aanmerkelijke marktmacht heeft, is incoherent met het resultaat van de analyse van markten 4 en 5 door het BIPT:

“The imposition of an obligation on Telenet to offer access to resale of broadband Internet is in direct conflict with the BIPT’s parallel review of the broadband markets. In this review, the BIPT finds Belgacom to have SMP in the markets for wholesale local access and wholesale broadband access and proposes to maintain the obligations imposed on Belgacom, namely access to the unbundled local loop (ULL) and bitstream access. In relation to the latter, it proposes to add multicast bitstream as a

³⁷⁰ Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecomunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten, PB. L. 18 december 2009, afl. 337, 37-69.

³⁷¹ Ontwerpbesluit van het BIPT d.d. 20 december 2010 inzake de analyse van de breedbandmarkten.

³⁷² Hierboven werd reeds aangetoond dat het BIPT geen argument zou kunnen putten uit het relatief beperkt succes van BRUO tot nu toe. Dit beperkt succes moet worden opgevangen door een betere regulering van markten 4 en 5, niet door het opleggen van regelgevende verplichtingen aan partijen die op de breedbandmarkt geen aanmerkelijke marktmacht hebben, via de omweg van de omroepmarkt.

*further obligation. The BIPT provides no further analysis in its parallel market reviews that would suggest that - with ULL and bitstream obligations imposed on Belgacom - the retail broadband Internet access markets would not meet the three criteria and further ex ante regulation would be warranted. Thus a need for further remedies such as resale of cable Internet services clearly has not been identified. Having already comprehensively dealt with broadband Internet access in these parallel market reviews, this does not seem to leave any room for the VRM to reopen the issue in the broadcasting transmission market review.*³⁷³

4.3.3. Geen mededingingsprobleem op een hypothetische bundelmarkt

577. De Ontwerpbeslissing verwijst naar het belang van bundels en stelt dat de onmogelijkheid voor alternatieve operatoren om bundels aan te bieden hun toetreding tot de televisiemarkt zou bemoeilijken³⁷⁴. De Ontwerpbeslissing blijft evenwel in gebreke om te onderzoeken of er sprake zou kunnen zijn van een bundelmarkt, of deze bundelmarkt voldoet aan de 3 criteria-test en of Telenet op deze bundelmarkt aanmerkelijke marktmacht heeft. Het BIPT identificeert dus geen probleem op een hypothetische bundelmarkt en kan de voorgenomen breedbandverplichting dan ook niet op deze basis steunen.
578. Terloops wijst Telenet er op dat het onwaarschijnlijk is dat een eventuele bundelmarkt zou voldoen aan de 3 criteria-test. Er bestaat op het vlak van multiple play-aanbiedingen hevige concurrentie tussen o.a. Belgacom en de kabeloperatoren. Ook alternatieve operatoren (Billi, Mobistar) zijn op deze markt reeds actief en kunnen daarvoor o.a. beroep doen op het gereguleerde wholesaleaanbod van Belgacom.
579. Het is bovendien bijzonder onwaarschijnlijk dat Telenet aanmerkelijke marktmacht zou hebben inzake multiple play gelet op de aanwezigheid van een sterke concurrent, Belgacom, die dominant is inzake vaste telefonie en internet. Voor bundels met mobiele telefonie heeft Telenet, die niet beschikt over een eigen mobiel netwerk, zelfs niet de mogelijkheid om daadwerkelijk te concurreren. Als er inzake bundels al een aspect bestaat dat een marktanalyse verdient, dan is het dit laatste wel.

4.3.4. Geen mededingingsprobleem op andere markten

580. Tenslotte is het niet aannemelijk dat Telenet haar – betwiste – aanmerkelijke marktmacht inzake televisie zou kunnen misbruiken op andere markten in de

³⁷³ Verslag WIK Consult, A critique of VRM's approach to review broadcasting transmission markets , pagina 27 (Bijlage 2). Vrije vertaling: "Het opleggen van een verplichting op Telenet om toegang tot de doorverkoop van breedband internet aan te bieden is in directe tegenspraak met de parallelle analyse van het BIPT van de breedbandmarkten. In deze analyse, stelde het BIPT vast dat Belgacom SMP heeft op de markten voor wholesale local access en wholesale breedband toegang en stelt hij voor om de verplichtingen die aan Belgacom werden opgelegd, namelijk toegang tot de unbundled local loop (LLU) en bitstream access, te behouden. Het BIPT voorziet geen verdere analyse in zijn parallelle marktanalyses dat zou suggereren dat – met de ULL en bitstream verplichtingen opgelegd aan Belgacom – de retail breedband internet toegang markten niet zouden voldoen aan de drie criteria test en verdere ex ante regulering gerechtvaardigd zou zijn. Een noodzaak aan verdere verplichtingen zoals doorverkoop van kabel internet diensten werd dus duidelijk niet aangetoond. Aangezien de breedband internet toegang reeds omvattend werd behandeld in deze parallelle marktonderzoeken, lijkt er geen ruimte meer voor de VRM op deze kwestie opnieuw te behandeling in de omroeptransmissie marktanalyse".

³⁷⁴ Hierboven werd reeds aangetoond dat deze onmogelijkheid niet aannemelijk is, zie randnummers 405 en 406.

context van multiple play-aanbiedingen.

581. De prijs van het kabeltelevisieabonnement is gereguleerd. Excessieve prijzen worden daardoor uitgesloten. Ook het kruissubsidiëren van multiple play-producten via wurgprijzen zou geen redelijke strategie zijn. Belgacom kan gelet op haar financiële slagkracht en sterke positie op de betrokken markten immers niet uit deze markten worden uitgesloten.

5. TECHNISCHE EN OPERATIONELE ISSUES

5.1. Wijziging van operationele structuren, processen en IT-systemen.

582. De interne structuren, processen en IT-systemen van Telenet zijn momenteel volledig geïntegreerd. Deze integratie leidt tot een maximale efficiëntie. Om ook alternatieve operatoren te kunnen bedienen in uitvoering van de voorgenomen verplichtingen zouden deze structuren, processen en systemen moeten worden gedesintegreerd. Dit zou een zware technische en operationele belasting betekenen³⁷⁵.

583. Ter illustratie volgt een niet-limitatieve opsomming van nodige IT-aanpassingen:

- Nieuwe interfaces voor het verkoopsactivatieproces (bvb checks of een klant wel aangesloten kan worden), het installatie- en het activatieproces.
- Aanpassingen om de momenteel geïntegreerde front- en backoffice customer care systemen op te splitsen. Nieuwe interfaces om de backoffice van Telenet te kunnen aansluiten op de front-office van derde operatoren.
- Aanpassingen aan billing- en rating systemen zodat derde operatoren zicht kunnen krijgen op verbruiksdata van hun klanten.
- Het opzetten van een billing systeem voor de Telenet diensten aan de derde operator, inclusief SLA management.
- Het implementeren van een 'Chinese Walls' proces in de systemen voor netwerkbeheer en het geven van toegang voor derde operatoren tot deze gescheiden systemen.
- Aanpassingen aan de systemen voor netwerk capaciteitsbeheer zodat de input van meerdere operatoren kan worden verwerkt en output kan worden gegeven naar meerdere operatoren.

584. De noodzaak om deze IT-aanpassingen op zeer korte termijn door te voeren zal een ernstig verlamdend effect hebben op de activiteiten van Telenet. Gelet op de complexiteit van de IT-architectuur van een telecomoperator is het aantal wijzigingen dat gelijktijdig kan worden aangebracht beperkt. Telenet werkt met een ritme van 4 IT-releases per jaar om de algemene stabiliteit van haar systemen en platformen te kunnen verzekeren.

585. **[Zakengeheim]**.

³⁷⁵ Deze belasting zal naar alle verwachting aanzienlijk veel groter zijn in een gereguleerde context dan indien Telenet aan een beperkt aantal alternatieve operatoren op louter commerciële gronden toegang zou verlenen.

586. Volgens de eerste inschattingen zouden de investeringen voor het desintegreren van structuren, systemen en processen bovendien oplopen tot [**Zakengeheim**], vermeerderd met [**Zakengeheim**] per bijkomende alternatieve operator³⁷⁶. Dit bedrag is exclusief de bijkomende operationele kosten en de noodzakelijke netwerkaanpassingen, die enorme bijkomende investeringen zullen vergen³⁷⁷.
587. Het valt verder op dat de Ontwerpbeslissing geen enkele aandacht besteedt aan de mogelijkheid voor Telenet om deze significante investeringen, die uitsluitend worden verricht om alternatieve operatoren te kunnen bedienen, te recupereren. Deze kosten moeten vanzelfsprekend worden gedragen door de alternatieve operatoren die toegang vragen.
588. Gelet op de grote financiële en operationele impact van de vereiste desintegratie en de onzekerheid inzake de geloofwaardigheid van de vraag naar de voorgenomen wholesaleproducten zou het in elk geval onredelijk en disproportioneel zijn om van de kabeloperatoren te eisen dat zij deze desintegratie opstarten zolang er geen concrete bevestiging bestaat van een voldoende ernstige vraag van één of meerdere marktpartijen op basis van de concrete voorwaarden van een goedgekeurd referentieaanbod³⁷⁸.
589. De geschatte implementatietermijnen voor de desintegratie van de structuren, processen en systemen bedragen tussen 12 en 18 maanden. Telenet wijst er op dat zij het gros van deze implementatie slechts zal kunnen aanvatten wanneer de concrete invulling van de opgelegde verplichtingen definitief vastligt (d.i. wanneer de referentieaanbiedingen zijn goedgekeurd).

5.2. M.b.t. de verplichting tot doorverkoop van een analoog aanbod

590. Zoals het BIPT terecht opmerkt, kunnen vanuit een technisch oogpunt de analoge signalen op de kabel niet zonder beduidende meerkost worden afgezonderd van de digitale signalen³⁷⁹.
591. Ook omgekeerd stelt zich echter hetzelfde probleem. Verschillende publieke zenders zoals de VRT, de NOS of de Duitse publieke zenders verzetten zich ertegen dat hun signaal zou worden geëncrypteerd. Eén en ander betekent dat het technisch niet mogelijk is om analoge televisie stand alone (d.i. zonder de digitale signalen van niet-geëncrypteerde zenders) door te verkopen, zonder een beduidende en onredelijke meerkost.
592. Verder bepaalt de Ontwerpbeslissing terecht dat de alternatieve operatoren zelf moeten instaan voor het bekomen van de nodige toestemmingen van de rechthebbenden. Het recht om al dan niet de exploitatie van werken beschermd door het auteursrecht of naburige rechten toe te staan behoort immers uitsluitend toe aan de betrokken rechthebbenden.
593. In een vonnis in kort geding van de Rechtbank te s'Gravenhage d.d. 31 mei 2010

³⁷⁶ Deze bedragen gaan uit van een zuivere doorverkoop zonder mogelijkheid om zenders toe te voegen en te verwijderen en/of mogelijkheid om eigen specificaties te bepalen voor breedband.

³⁷⁷ Zie *infra*, randnummer 602.

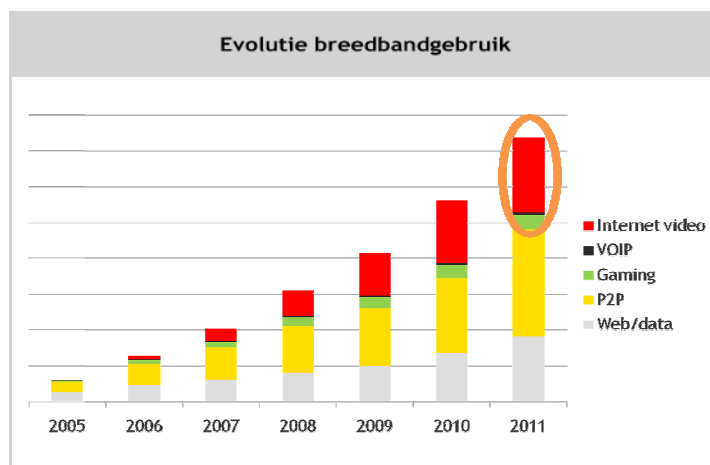
³⁷⁸ In Denemarken heeft de regulator ITST een vergelijkbare benadering voorgesteld in het kader van de regulering van het kabelnetwerk van de historische operator, TDC.

³⁷⁹ Ontwerpbeslissing, randnummer 451.

in de zaak *Tele2 en Online/UPC en Ziggo*, bevestigde de Nederlandse voorzieningenrechter naar aanleiding van een grotendeels vergelijkbare problematiek uitdrukkelijk dat het de alternatieve operatoren zijn die de publieke mededeling van de auteursrechtelijk beschermde werken verrichten en bijgevolg de benodigde auteursrechtelijke toestemmingen van de rechthebbenden moeten bekomen³⁸⁰.

5.3. M.b.t. de verplichting tot toegang tot het digitale televisieplatform

594. **Capaciteitsproblemen.** Anders dan een DSL-netwerk is de kabel een gedeeld medium. De capaciteit van de kabel wordt gedeeld tussen alle gebruikers en alle toepassingen die erover worden doorgegeven. Dit betekent dat indien meer capaciteit aan digitale televisie wordt toegewezen er minder capaciteit voor internet overblijft en *vice versa*³⁸¹.
595. Het gedeeld gebruik van de kabel veronderstelt dat een deel van de capaciteit van de kabel wordt toegewezen aan de activiteiten van elke derde die toegang heeft, ongeacht het aantal klanten dat deze derde effectief heeft. Met name de mogelijkheid voor derde operatoren om bijkomende zenders toe te voegen heeft een grote impact, en zeker indien dit HD of 3D zenders zou betreffen. Ook indien er maar een beperkt aantal klanten zou zijn die deze bijkomende zenders bekijkt, dan toch wordt door de broadcast karakteristiek van een kabelnetwerk over het volledige Telenet netwerk schaarse capaciteit ingenomen, zelfs in het extreme geval dat er geen enkele klant naar deze bijkomende zender of zenders zou kijken. Dit staat in schril contrast met een op DSL gebaseerde TV-oplossing waar alleen netwerkcapaciteit wordt ingenomen wanneer een klant naar de desbetreffende zender kijkt, en er geen impact is op het hele netwerk van de operator.
596. Daarenboven moet per derde operator die een verschillend conditional access systeem gebruikt ook afzonderlijke capaciteit worden gereserveerd. Per alternatieve operator die toegang heeft moet tevens capaciteit worden voorbehouden voor een eigen EPG, enz.
597. De tabel hieronder geeft een beeld van de exponentiële stijging van de behoefte aan bandbreedte voor hogere internet up- en downloadsnelheden ten gevolge van de wijzigingen in het surfgedrag van de klanten:



³⁸⁰ Bijlage 38.

³⁸¹ Voor een gedetailleerd overzicht van de verschillen tussen kabel en DSL, zie Hoofdstuk II van het Verslag van Excentis (Bijlage 3).

Niet Vertrouwelijke Versie

598. Ook op het vlak van het digitale televisieaanbod wordt Telenet geconfronteerd met een stijgende vraag naar kanalen in HD, video on demand, enz.
599. De beschikbare capaciteit op het kabelnetwerk van Telenet is nu reeds ontoereikend om te voldoen aan deze permanent stijgende vraag naar bandbreedte voor de eigen digitale diensten, zelfs wanneer men rekening houdt met de capaciteit die vrijkomt door de afbouw van het analoge televisieaanbod.
600. Dit probleem stelt zich het scherpst voor upstream internetverkeer. Hiervoor zijn de uitbreidingsmogelijkheden uiterst beperkt. Ook de verdere afbouw van analoge televisie maakt op dit vlak geen nuttige capaciteit vrij. Nochtans neemt de vraag naar upstream capaciteit voortdurend toe (o.a. voor peer-to-peer toepassingen en het opladen van foto's en video).
601. De vertrouwelijke tabel hieronder illustreert de capaciteitsschaarste op het kabelnetwerk van Telenet in het licht van de toegenomen vraag naar bandbreedte en rekening houdend met de afbouw van het analoge aanbod

[Zakengeheim]

602. De noodzaak om desalniettemin capaciteit toe te wijzen voor de activiteiten van derden houdt in dat er geen ruimte overblijft voor de noodzakelijke kwaliteitsverbeteringen van de bestaande diensten die over de kabel worden aangeboden (meer zenders in HD of 3D, meer on demand-diensten in HD, hogere down- en uploadsnelheden voor breedbandklanten, enz.) en voor verdere innovatie³⁸². Dit betekent dat netwerk upgrades (node splitsing, spectrum extensie naar 860 Mhz, enz.) versneld zullen moeten worden uitgevoerd. Hiervoor zijn enorme investeringen vereist die kunnen oplopen tot meer dan [Zakengeheim].
603. Aan de mogelijkheid voor alternatieve operatoren om zenders toe te voegen die Telenet niet uitzendt, is dus een zeer hoge opportunity cost verbonden. Om deze mogelijkheid te bieden moet Telenet ofwel de performantie van haar breedband producten beperken. Dit houdt een grote indirecte kost in, nu het verlies aan inkomsten op breedband gecompenseerd zal moeten worden. Ofwel moet Telenet de hierboven genoemde netwerk upgrade investeringen versneld uitvoeren. Ook hieraan is een grote indirecte kost verbonden gelet op de kost van kapitaal.

³⁸² Aangezien de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie de digitalisering van de markt kan vertragen, draagt deze verplichting eveneens bij tot de ernst van dit capaciteitsprobleem.

Niet Vertrouwelijke Versie

604. Naast de enorme investeringen die netwerk upgrades met zich meebrengen, is het eveneens de vraag of deze netwerk upgrades wel versneld (en dus tijdig) zullen kunnen worden uitgevoerd. Het betreft immers grote infrastructuurwerken op publiek domein die typisch in lange termijn-projecten van 5 à 10 jaar worden gerealiseerd. Er moet immers meer glasvezel in het netwerk worden aangebracht waar uiteraard de nodige vergunningen voor moeten worden bekomen etc, maar waar ook de nodige gespecialiseerde mankracht voor moet worden gevonden.
605. Ook bij DSL-operatoren vergen dit soort infrastructuurprojecten een lange implementatietijd. Het Belgacom Broadway project, een glasvezelproject noodzakelijk voor de uitrol van VDSL, werd bvb gestart in 2004 en is nog steeds niet volledig gefinaliseerd (de beschikbaarheid van VDSL is nog geen 100%).
606. **Interoperabiliteitsproblemen.** Het feit dat interactieve digitale TV op een kabelnetwerk, anders dan IPTV op een DSL netwerk, minder gestandaardiseerd is, heeft ook voor gevolg dat het gebruik van het netwerk door verschillende operatoren permanente uitdagingen stelt op het vlak van de interoperabiliteit. Elke technische wijziging door één operator vergt omslachtige afstemming en coördinatie tussen alle aanwezige digitale TV-operatoren. Dit geldt bvb voor aanpassingen aan de systemen die nieuwe kanalenannonceren (het zgn PSI/SI systeem). Een ander voorbeeld is het veranderen van compressietechnologie, bvb een overgang van MPEG2 naar MPEG4. Door het gedeeld medium dat kabel is, moeten alle operatoren op één en hetzelfde moment in al hun set-top boxen deze omschakelingen maken. Eén en ander betekent dat de mogelijkheden om technologische upgrades en vernieuwingen door te voeren ernstig worden bemoeilijkt en vertraagd. Ook op dit vlak wordt innovatie dus afgeremd.
607. **Beveiligingsproblemen.** Wanneer verschillende conditional access systemen naast elkaar worden gebruikt op een kabelnetwerk, wordt de beveiliging van alle operatoren bepaald door het zwakste systeem. Het is dan ook onontbeerlijk om duidelijke specificaties en minimumvereisten te kunnen voorzien waaraan de gebruikte conditional access systemen moeten voldoen.
608. **Retail Minus.** Tenslotte merkt Telenet op dat het allerminst duidelijk is hoe het vooropgestelde retail minus mechanisme *in concreto* zal worden toegepast, in het bijzonder indien de mogelijkheid wordt voorzien om bepaalde digitale zenders toe te voegen (en rekening houdend met de opportuniteitskost van het inpalmen van de schaarse capaciteit en de noodzaak tot het verrichten van dure netwerk upgrades).

5.4. M.b.t. de verplichting tot doorverkoop van breedbandtoegang

609. **Capaciteitsschaarste.** De opmerkingen die hierboven werden geformuleerd betreffende het feit dat de kabel een gedeeld medium is en de beschikbare capaciteit schaars is, gelden *mutadis mutandis* ook met betrekking tot deze verplichting.
610. **Netwerkdimensionering en capaciteitsmanagement.** Netwerkdimensionering en capaciteitsmanagement is één van de moeilijkheden van het aanbod van internet over de kabel. Omwille van het gedeeld karakter van het netwerk beïnvloedt het verbruik van elke klant de internetervaring (snelheid) van de anderen. Kabeloperatoren werken met zgn. oversubscription factoren die zeer nauwkeurig moeten worden ingeschat om hun netwerk te kunnen dimensioneren, dit betekent voorzien voor een bepaalde maximale belasting. Indien alternatieve operatoren de mogelijkheid krijgen om abonnementsformules uit te werken met afwijkende specificaties (op het vlak van snelheid en volume) wordt gedegen

dimensionering bijzonder moeilijk, zo niet onmogelijk. Een onjuiste bepaling van deze factoren leidt tot kwaliteitsvermindering ten nadele van de eindgebruikers omdat het netwerk dan ondergedimensioneerd is ten tijde van piekbelasting. Merk op dat dimensionering van een netwerk zich op lange termijn afspeelt en mee wordt bepaald door de rendabiliteit van de investeringen voor deze netwerkaanpassingen. Een overdimensionering is om deze reden geen optie en zou getuigen van slecht beheer van middelen.

611. **Retail Minus.** Tenslotte merkt Telenet op dat het ook hier allerm minst duidelijk is hoe het vooropgestelde retail minus mechanisme *in concreto* zal worden toegepast, in het bijzonder indien de mogelijkheid wordt voorzien om af te wijken van de specificaties van de bestaande internetabonnementen van Telenet.

5.5. Besluit

612. De tenuitvoerlegging van de verplichtingen zal een zware technische en operationele belasting inhouden voor Telenet. Deze bestaat vooreerst in investeringen en operationele lasten die verband houden met het opzetten van de nodige structuren en processen om alternatieve operatoren te kunnen bedienen. De financiële en operationele middelen die hiervoor moeten worden vrijgemaakt zijn aanzienlijk. Het implementatieproces kan bovendien gedurende een relatief lange tijd verlamdend werken en bijvoorbeeld de flexibiliteit om nieuwe producten te lanceren om in te spelen op wijzigende marktomstandigheden verhinderen.
613. Daarnaast worden de mogelijkheden om kwaliteitsverbeteringen door te voeren en te innoveren ook beperkt omwille van de grotere capaciteitsschaarste en het feit dat elke technische wijziging op de noodzaak zal stuiten om de interoperabiliteit tussen de verschillende gebruikers van de kabel te blijven verzekeren.
614. Tenslotte zullen netwerk upgrades (node splitsing, spectrum extensie naar 860 Mhz, enz.) moeten worden versneld gelet op het toegenomen capaciteitsverbruik voor de diensten van de derden. Dergelijke netwerk upgrades zullen enorme investeringen vergen en het is onzeker of het wel mogelijk is om de timing ervan te versnellen.
615. Eén en ander bevestigt nogmaals het totaal disproportioneel karakter van de voorgenomen verplichtingen.
