



Repertoriumnummer 2014 /
Datum van uitspraak 03 december 2014
Rolnummer 2011/AR/2421

Uitgifte

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

Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Hof van beroep Brussel

Arrest

18^e kamer,
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

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

appellante,

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

TEGEN:

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

geïntimeerde,

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

TUSSENKOMENDE PARTIJEN:

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

Tussenkomen partij,

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

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

Tussenkomen partij,

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

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

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

Gelet op het inleidend verzoekschrift dat door Belgacom werd neergelegd op de griffie van het hof op 15 september 2011 waarbij een annulatieberoep wordt ingesteld tegen de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten (“Bestreden Beslissing”);

Gelet op de inleidingszitting van 11 oktober 2011 en op het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst van Publifin, Brutélé en Telenet neergelegd op diezelfde datum;

Gelet op het tussenarrest van 4 februari 2014;

Gelet op de conclusies en stukkenbundels neergelegd door partijen;

Gelet op het administratief dossier van de CRC;

Gelet op de nota neergelegd door Belgacom ter zitting van 25 februari 2014;

Gehoord partijen bij monde van hun raadslieden op de openbare terechtzittingen gehouden op 24 en 25 februari 2014, waarna de zaak in beraad werd genomen.

I. VOORWERP VAN HET BEROEP, VORDERINGEN EN ANTECEDENTEN.

1. Het beroep van Belgacom is gericht tegen de beslissing van de Conferentie van de Regulators voor de Elektronische Communicatiesector (“CRC”) van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten (“Bestreden Beslissing”).

Belgacom vordert haar beroep tegen de Bestreden Beslissing ontvankelijk en gegrond te verklaren en daarbij in hoofdorde:

– vast te stellen dat de Bestreden Beslissing op de door haar beroep geviseerde punten door onwettigheid is aangetast, en bijgevolg;

– de Bestreden Beslissing in haar geheel te vernietigen, behoudens in zoverre zij voorziet in de intrekking van verplichtingen opgelegd aan Belgacom, meer in het bijzonder, de intrekking van de verplichting om ontbundeling van het subaansluitnetwerk aan te bieden, en van sommige verplichtingen in verband met de mini-MDF's (kleinere Belgacom centrale) in geval van gedeeltelijke sluiting van de MDF.

Ondergeschikt vraagt zij om de bestreden beslissing te vernietigen in de mate het hof op individuele wijze de middelen ingeroepen door Belgacom gegrond verklaart, behoudens telkens in zoverre zij voorziet in de intrekking van verplichtingen opgelegd aan Belgacom meer in het bijzonder, de intrekking van de verplichting om ontbundeling van het subaansluitnetwerk aan te bieden, en van sommige verplichtingen in verband met de mini-MDF's in geval van gedeeltelijke sluiting van de MDF.

Tenslotte vraagt zij om de CRC tot alle kosten te veroordelen, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

De CRC van haar kant vraagt om het verzoek tot vernietiging van Belgacom ongegrond te verklaren en Belgacom te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding berekend conform het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het gerechtelijk wetboek en (voorlopig) begroot op 1.320 EUR.

Tevens vraagt zij om te gelasten dat, op de griffie van het hof, een vrij afschrift van het te wijzen arrest zoals bedoeld in artikel 792 van het gerechtelijk wetboek ter beschikking gesteld wordt van elke partij op de dag van uitspraak van voornoemd arrest.

Telenet vraagt om haar verzoek tot tussenkomst ontvankelijk te verklaren en het verzoek van Belgacom ongegrond te verklaren waar het de vernietiging vordert van de Bestreden Beslissing. Zij vraagt de kosten toe te wijzen als naar recht.

Publifin en Brutélé vragen om hun verzoek tot tussenkomst ontvankelijk en gegrond te verklaren, het verzoek van Belgacom tot vernietiging van de Bestreden Beslissing ongegrond te verklaren en deze bijgevolg te bevestigen en Belgacom te veroordelen tot kosten van het geding, begroot op het basisbedrag van 1.320 EUR.

2. In de Bestreden Beslissing wordt markt 4 omschreven als de nationale markt voor volledig en gedeeltelijk ontbundelde toegang tot de aansluitnetten en subaansluitnetten, met inbegrip van meer bepaald de aanbiedingen van ontbundelde toegang tot koper, en markt 5 als de nationale breedbandmarkt, inclusief de DSL- en VDSL-bitstreamaanbiedingen met verwijzing naar de Aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 (“Aanbeveling 2007”) betreffende de relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die aan de regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen (PB L 344/65 van 28 december 2007).

De Bestreden Beslissing wijst Belgacom aan als operator die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht (“AMM-operator”) op de groothandelsmarkten 4 en 5.

Zij legt aan Belgacom bepaalde verplichtingen op inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, gescheiden boekhouding, prijscontrole, kostentoerekening en operationele uitmuntendheid om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die op de breedbandmarkten ge identificeerd werden (Bestreden Beslissing,   1275).

3. De beslissing werd genomen in uitvoering van artikel 16 lid 1 van de Kaderrichtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en – diensten (PB L 108 van 24 april 2002, p. 33) zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG van

25 november 2009 die in nationaal recht moest worden omgezet tegen uiterlijk 25 mei 2011 (zie evenwel voetnoot 16, Bestreden Beslissing: *het marktanalyseproces dat door het BIPT is voorgesteld en de verschillende raadplegingen (nationale raadpleging, raadpleging van de Raad voor de Mededinging en raadpleging van de Europese Commissie en de NRI's van de andere lidstaten), van voor deze datum, zijn verricht in het licht van de Kaderrichtlijn voordat deze werd gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG*) en van artikel 55,§1 van de Wet betreffende de elektronische communicatie (die evenwel nog niet was aangepast aan de bovenvermelde Richtlijn van 2009) die de regulator verplicht om een analyse te maken van de relevante markten om te bepalen of zij daadwerkelijk concurrentieel zijn.

4. De Bestreden Beslissing werd aangenomen in het kader en op grond van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds raadplegen 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.

5. De vorige marktanalyse met betrekking tot deze markten 4 en 5 was het besluit van 10 januari 2008 betreffende de analyse van markt 11 en markt 12 waarin het BIPT Belgacom had geïdentificeerd als operator met een sterke machtspositie op de markten voor ontbundelde toegang en groothandelsbreedbandtoegang. Dit besluit wordt door de Bestreden Beslissing opgeheven (Bestreden Beslissing, § 1277).

Bij arrest van 7 mei 2009 heeft het hof van beroep van Brussel het besluit van 10 januari 2008 deels vernietigd wegens gebrek aan motivering van bepaalde maatregelen. Het BIPT heeft vervolgens het vernieuwingsbesluit van 2 september 2009 aangenomen met

terugwerkende kracht op 10 januari 2008. Dit besluit wordt eveneens door de Bestreden Beslissing opgeheven (Bestreden Beslissing, § 1277).

6. Voorafgaand aan de Bestreden Beslissing werden de relevante marktspelers ondervraagd en consultants geraadpleegd (waarvan de bijdragen terug te vinden zijn in het administratief dossier van de CRC) en werd vervolgens een openbare raadpleging gehouden van 21 december 2010 tot 18 februari 2011 naar aanleiding van de publicatie van de ontwerpbeslissing en werd de ontwerpbeslissing voorgelegd voor advies aan de Raad voor de Mededinging op 21 januari 2011.

De Raad voor de Mededinging verleende haar advies op 21 februari 2011.

In het kader van artikel 3, §2 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat en de Gemeenschappen werd door het BIPT op 5 mei 2011 een ontwerpbesluit voorgelegd aan de regelgevende instanties van de andere Gemeenschappen (CSA, VRM en Medienrat). Op verzoek van de Medienrat en de CSA werd het ontwerpbesluit aanhangig gemaakt bij de CRC wat geleid heeft tot het ontwerpbesluit van 13 mei 2011.

Op 20 mei 2011 werd het ontwerpbesluit bij de Europese Commissie aangemeld, conform artikel 7 van de Kaderrichtlijn 2002/21/EG en op 20 juni 2011 heeft de Europese Commissie haar opmerkingen betreffende het meegedeelde ontwerpbesluit aan de CRC overgemaakt (Brief van de Commissie aan de CRC van 20 juni 2011 in de zaak in BT/2011/1227 en BT/2011/1228; zie stuk 28 in het administratief dossier van de CRC).

7. De CRC heeft de Bestreden Beslissing definitief aangenomen op 1 juli 2011 tegelijkertijd met vier andere beslissingen van dezelfde datum betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep (“Omroepbeslissingen”).

Alle voormelde beslissingen traden in werking op 1 augustus 2011.

De verplichtingen opgelegd door dit besluit blijven in principe van toepassing tot de inwerkingtreding van een nieuw besluit met betrekking tot deze markten. Binnen de drie jaar na de aanneming zal de CRC een nieuwe marktanalyse uitvoeren (Bestreden Beslissing, §. 1279).

II. BETREFFENDE DE VERTROUWELIJKHEID VAN GEGEVENS EN DE TOEGANG TOT HET ADMINISTRATIEF DOSSIER VAN DE CRC.

8. Het hof stelt vast dat op beide punten in de syntheseconclusies van Belgacom geen specifieke vorderingen worden gesteld zodat mag worden aangenomen dat ter zake alle geschilpunten die hierover gerezen zijn en in de conclusies van de CRC nog worden besproken ondertussen zonder voorwerp zijn geworden.

9. Over het verzoek van Telenet neergelegd op 20 december 2013 op grond van artikel 19 lid 2 Ger.W. om een ruimere toegang te krijgen tot drie vertrouwelijke stukken in verband met de indirecte prijsdruk oordeelde het hof bij tussenarrest van 4 februari 2014 reeds dat het verzoek ongegrond is.

III. BETREFFENDE DE BEVOEGDHEID VAN DE CRC.

10. In haar verzoekschrift heeft Belgacom geen middel opgenomen betreffende de problematiek van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling in verband met het nemen van de Bestreden Beslissing door de CRC omdat zij van oordeel is dat de CRC inderdaad bevoegd is. Gelet op het feit dat in het kader van de Omroepbeslissingen van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markten voor televisieomroep middelen werden ingeroepen

die gebaseerd zijn op een beweerdelijke miskennen van de grondwettelijke beginselen inzake bevoegdheidsverdeling en meer bepaald de artikelen 4, 6°, 5 en 92bis §1 van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot Hervorming van de Instellingen (BS, 15 augustus 1980) vraagt Belgacom in conclusie dat hierover het debat wordt heropend indien in de procedure ingesteld tegen de Omroepbeslissingen een annulatiemiddel ter zake door het hof zou worden aanvaard .

Aangezien een middel met die draagwijdte door het hof in haar tussenarrest van 4 september 2012 over het schorsingsverzoek in de zaken met rolnummer 2011/AR/2289, 2011/AR/2290, 2011/AR/2291 niet ernstig werd bevonden en het in de bodemprocedure inzake de Omroepbeslissingen, waarin werd beslist bij een arrest van 12 november 2014, niet werd gehandhaafd is die problematiek verder zonder voorwerp.

IV. MARKTANALYSE EN INHOUD VAN DE BESTREDEN BESLISSING.

11. Uitgangspunt van de marktanalyse die het voorwerp uitmaakt van de Bestreden Beslissing is het feit dat enkel de historische operatoren van telecommunicatie (Belgacom) en van kabeltelevisie (kabeloperatoren) beschikken over een eigen uitgebreid toegangsnetwerk waarmee zij met de eindgebruikers verbonden zijn en die ze aldus een fysieke toegang kunnen aanbieden tot de breedbandinfrastructuur voor internetgebruik. Het betreft hier enerzijds het DSL- netwerk en anderzijds de coaxkabel .

Alternatieve operatoren zoals KPN of MOBISTAR beschikken echter niet over een dergelijk uitgebreid netwerk en kunnen enkel vast internet aanbieden op de eindgebruikersmarkt voor internettoegang wanneer zij beroep kunnen doen op intermediaire diensten van Belgacom of de kabeloperatoren.

Belgacom biedt dergelijke diensten op groothandelsniveau aan, gedeeltelijk in het kader van bestaande regulering die tot doel heeft een concurrentiële marktstructuur op kleinhandelsniveau te bevorderen in het belang van de eindconsument. De kabeloperatoren bieden dergelijke intermediaire diensten op groothandelsniveau momenteel niet aan.

Hoewel de concurrentie tussen de operatoren die de twee netwerken exploiteren (kabelnetwerk enerzijds en DSL-netwerk anderzijds) positieve effecten heeft opgeleverd (bijv. groter aantal digitale televisiekanalen, ontwikkeling van HD of van 3D, opkomst van nieuwe functies of de ontwikkeling van gebundelde reclameaanbiedingen), stelt de Bestreden Beslissing vast dat zich op de eindgebruikersmarkt een aantal problemen voordoen die een regulerend optreden rechtvaardigen. Zo heeft de concurrentie tussen infrastructuren bijvoorbeeld onvoldoende prijsverlaging teweeggebracht voor de consument en kunnen alternatieve operatoren onvoldoende groeien in een competitieve markt, zonder toegang tot een televisieproduct. Uit internationale vergelijkingen blijkt dat de televisieproducten in België niet tot de meest voordelige van Europa behoren en dit, zeker wanneer ze deel uitmaken van gebundelde aanbiedingen. Bovendien beperkt de keuzemogelijkheid van de consument zich in de meeste gevallen tot de kabeloperator van zijn verblijfplaats of Belgacom.

In haar vorige analyse was het BIPT op 10 januari 2008 reeds tot het besluit gekomen dat Belgacom op de betrokken groothandelsmarkten 11 en 12 voor breedband internettoegang (ongebundelde diensten en bitstreamproducten) over een aanmerkelijke machtspositie beschikt. Er werden aan Belgacom een reeks verplichtingen opgelegd met het doel om de alternatieve operatoren toe te laten via haar netwerk op de kleinhandelsmarkt breedband internetaanbiedingen te kunnen doen. Belgacom diende daartoe een referentieaanbod te formuleren en een aantal verplichtingen na te leven onder meer inzake transparantie, niet-discriminatie, gescheiden boekhouding, prijscontrole en kostenberekening.

De Bestreden Beslissing die voormelde analyse vervangt is gebaseerd op een nieuwe analyse van de mededingingstructuur op het niveau van de kleinhandelsmarkt voor breedband internettoegang. Uit de analyse is gebleken dat deze mededingingstructuur nog steeds belangrijke gebreken vertoont en dat op de stroomopwaartse markten de mededinging verzwakt werd door de aanwezigheid van een onderneming met aanmerkelijke marktmacht zijnde Belgacom. Tevens werd onderzocht of in het licht van recente en de verwachte

ontwikkelingen het noodzakelijk is om de bestaande verplichtingen opgelegd aan Belgacom te behouden of bij te sturen.

In de Bestreden Beslissing wordt de bestaande regulering grotendeels gehandhaafd maar op een aantal punten aangepast:

- intrekking van de verplichting om ontbundeling van het subaansluitnetwerk aan te bieden en van sommige verplichtingen in verband met de mini-MDF's in geval van sluiting van een MDF;
- toevoeging van een nieuwe verplichting tot het aanbieden van de toegang tot de multicastfunctie in het kader van de bestaande verplichting tot internettoegang en van bepaalde verplichtingen in het kader van operationele uitmuntendheid (transparantie inzake operationele processen, identificatie van de vaste aansluiting, uitwerken van softwaretoepassingen en IT-projecten, massamigratie van lijnen, de installatie van de lijn, oplossingen van defecten en herstellingen);
- toevoeging van een verplicht aanbod voor backhaul dat GigaEthernet-bitsnelheid mogelijk maakt om een verbinding tussen de Belgacom-gebouwen tot stand te brengen.

Belgacom wordt dus ondermeer verplicht om een bitstreamproduct te leveren dat de multicastfunctionaliteiten omvat (zie technische beschrijving in bijlage 3 van de Bestreden Beslissing) gelijkwaardig aan deze die Belgacom intern aan zijn dochterondernemingen of partners levert voor zijn kleinhandelsdiensten. De Bestreden Beslissing laat Belgacom evenwel de ruimte om een alternatieve vorm van toegang voor te stellen. In het kader hiervan werd door Belgacom een toegang tot haar IPTV platform voorgesteld dat door de regulator werd aanvaard. Binnen 2 maanden na de goedkeuring van dit alternatief door de regulator diende Belgacom een voorstel tot aanpassing van het referentieaanbod over te maken. Het BIPT zou vervolgens een of meer besluiten aannemen met betrekking tot de kwalitatieve en kwantitatieve aspecten van het voorstel voor een referentieaanbod van Belgacom. Het referentieaanbod in verband met het voormelde alternatief voor multicast zou operationeel moeten zijn uiterlijk 6 maanden na het besluit van het BIPT betreffende ten

minste de kwalitatieve aspecten van het voorstel voor een referentieaanbod vanwege Belgacom.

Deze nieuwe verplichting vloeit volgens de Bestreden Beslissing voort uit de noodzaak voor alternatieve operatoren om via het netwerk van Belgacom gebundelde aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt te kunnen brengen die zowel vast internet, vaste telefonie als TV-diensten omvatten. Zonder die mogelijkheid om multiplaydiensten via gebundelde producten aan te bieden zouden de alternatieve operatoren de concurrentie met Belgacom niet aankunnen en dreigen ze uit de markt te verdwijnen. Gebundelde producten bieden immers talrijke voordelen voor operatoren: het stelt hen in staat om makkelijker klanten te verwerven, een hogere omzet per gebruiker te verkrijgen, klanten langer aan zich te binden en te profiteren van technologische convergenties. Multipleplay of gebundelde aanbiedingen winnen overigens alsmear aan populariteit: gebruikers van breedbandinternet nemen hun internetproducten steeds meer af samen met andere producten in één enkele aanbieding bij dezelfde operator. Begin 2010 nam meer dan de helft van het aantal internetgebruikers breedbandinternet af in een gebundelde aanbieding.

Naast deze evolutie wijst de Bestreden Beslissing nog op de problemen die het gevolg zijn van de plannen van Belgcom om LEXen te sluiten waardoor de mogelijkheid tot ontbundeling van het netwerk nog afneemt.

De Bestreden Beslissing legt dergelijke verplichtingen niet op aan de kabeloperatoren. Wel maken zij het voorwerp uit van afzonderlijke beslissingen van dezelfde datum waardoor zij verplicht worden hun kabelinfrastructuur open te stellen voor alternatieve operatoren die toegang krijgen tot hun analoog en digitaal TV platform om op basis daarvan zelf een TV-aanbod te commercialiseren op de kleinhandelsmarkt voor televisieomroepdiensten. Daarbij worden de kabeloperatoren ook verplicht een accessoir doorverkoop aanbod inzake breedbandinternet te doen zodat een gebundeld aanbod van TV en Internet mogelijk is.

V. BETREFFENDE DE DOOR BELGACOM AANGEVOERDE MIDDELEN TOT Vernietiging VAN DE BESTREDEN BESLISSING.

A. Eerste middel betreffende de kleinhandelsmarkt.

Eerste onderdeel: gebrekkige definiëring van de kleinhandelsmarkten.

STANDPUNT VAN BELGACOM

12. De CRC heeft volgens Belgacom nagelaten om alle relevante eindgebruikersmarkten te identificeren en in aanmerking te nemen in de analyse. Bijgevolg vertrekt de CRC van een gebrekkig uitgangspunt bij het definiëren en analyseren van de relevante groothandelsmarkten (conclusie Belgacom, randnr. 17).

Belgacom maakt met name bezwaar tegen het feit dat de CRC in de Bestreden Beslissing enkel de kleinhandelsmarkt voor breedband internettoegang identificeert en niet verder ingaat op andere door haar vermelde stroomafwaartse kleinhandelsmarkten zoals de markt voor de toegang tot de markt van de televisie omroepdiensten. Bovendien zou de Bestreden Beslissing geen actuele gegevens bevatten met betrekking tot de markt voor de toegang tot het openbare telefonienetwerk. De CRC had beide markten ook in de Bestreden Beslissing moeten karakteriseren.

STANDPUNT VAN DE CRC.

13. De CRC overweegt in conclusies dat haar keuze om enkel de kleinhandelsmarkt tot internettoegang in het kader van de Bestreden Beslissing te identificeren wettelijk verantwoord is nu de Europese Commissie in de Toelichting bij de Aanbeveling van 2007 uitdrukkelijk verwijst naar de aanbiedingen inzake breedbandinternet als een afzonderlijke eindgebruikersmarkt die zich direct stroomafwaarts bevindt ten aanzien van de groothandelsmarkten 4 en 5 (voorheen markten 11 en 12).

Deze markt maakt bijgevolg de voornaamste stroomafwaartse kleinhandelsmarkt uit.

STANDPUNT TUSSENKOMENDE PARTIJEN.

14. De tussenkomende partijen Publifin en Brutélé beperken zich er toe om te verwijzen naar inconsistenties in de argumentatie van Belgacom met name wat betreft de grief volgens dewelke de televisieomroepdiensten niet geanalyseerd zouden zijn in de Bestreden Beslissing. Zij wijzen er op dat de televisieomroepdiensten werden geanalyseerd in het kader van de Omroepbeslissingen en dat Belgacom die ten volle ondersteunt en dus ook de daarin opgenomen analyse van de televisieomroepdiensten (conclusie Publifin en Brutélé, p. 10). Telenet verdedigt het zelfde standpunt (conclusie Telenet, randnr. 72).

BEOORDELING.

15. De CRC focust in essentie op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang en heeft er kennelijk voor geopteerd andere afgeleide markten (bvb. vaste telefonie of TV-omroep) in de Bestreden Beslissing niet als dusdanig te karakteriseren. De Bestreden Beslissing motiveert deze beleidskeuze als volgt:

166. Het is deze retailmarkt voor breedbandinternettoegang die in dit hoofdstuk van het besluit zal besproken worden. Voor de andere retailmarkten die bediend worden door één van beide wholesalemarkten, zoals die van de toegang tot een openbaar telefoonnetwerk (ongeacht of het gaat om een netwerk van het klassieke type (analoog of ISDN) dan wel van het VoIP-type), verwijst het BIPT naar de desbetreffende relevante marktanalyses.

16. Van deze benadering kan niet gesteld worden dat ze onwettig is nu er voor de regulator geen wettelijk verplichting geldt om alle mogelijks relevante stroomafwaartse kleinhandelsmarkten in een en dezelfde beslissing op te nemen.

17. Het vertrekpunt voor een *ex ante* regulerende interventie door een regulator is de karakterisering van een of meer eindgebruikersmarkten, gevolgd door een beschrijving en definitie van de gerelateerde groothandelsmarkten (Toelichting van de Europese Commissie bij de Aanbeveling van 2007 SEC (2007) 1483, p. 19).

De CRC erkent weliswaar dat er naast de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang ook andere kleinhandelsmarkten stroomafwaarts liggen ten aanzien van de groothandelsmarkten inzake breedbandtoegang. Zij wijst er evenwel in conclusie terecht op dat deze markten het voorwerp uitmaken van afzonderlijke analyses en beslissingen en dat de impact van de door de Bestreden Beslissing opgelegde regulering op deze markten beperkt is (voetnoot 18). Met name zijn er de Omroepbeslissingen inzake televisiediensten van dezelfde datum als de Bestreden Beslissing en die van 31 januari 2013 betreffende de kleinhandelsmarkt voor toegang tot een openbaar telefonienet op een vaste locatie (daterend van na de Bestreden Beslissing).

De CRC kon er in de Bestreden Beslissing overigens wettig van uit gaan dat de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang de voornaamste kleinhandelsmarkt is verbonden aan de wholesalebreedbandmarkten nu deze expliciet werd vermeld door de Europese Commissie in bovenvermelde Toelichting (p. 29-31) als zich direct stroomafwaarts bevindend ten aanzien van markten 4 en 5.

18. De beleidskeuze van de CRC om enkel de door haar weerhouden kleinhandelsmarkt voor internettoegang als vertrekpunt van haar analyse in aanmerking te nemen zou voor betwisting vatbaar zijn indien zou blijken dat het karakteriseren van andere stroomafwaartse markten onontbeerlijk is voor een correcte analyse van de relevante stroomopwaartse groothandelsmarkt. Het is evenwel niet omdat er een zeker verband bestaat tussen leveringen op de groothandelsmarkt en andere kleinhandelsmarkten (bvb. vaste telefonie of TV-omroep) dat het karakteriseren ervan noodzakelijk is voor een correcte analyse van de groothandelsmarkt voor internettoegang.

19. Belgacom laat na aan te tonen dat de weerhouden analyse van de groothandelsmarkten 4 en 5 gebrekkig is wegens het ontbreken van een afzonderlijk karakterisering van beide kleinhandelsmarkten in de Bestreden Beslissing.

20. Verder vormt de summiere verwijzing naar andere stroomafwaartse markten in de Bestreden Beslissing hoe dan ook geen dragende overweging van de Bestreden Beslissing

zodat de grief van Belgacom op dit punt niet toelaat de Bestreden Beslissing als onvoldoende gemotiveerd te beschouwen.

Besluit: dit onderdeel van het eerste middel is ongegrond.

Tweede onderdeel: de karakterisering en analyse van de relevante eindgebruikersmarkt zijn ontoereikend.

STANDPUNT BELGACOM.

21. Belgacom argumenteert dat de CRC de weerhouden eindgebruikersmarkt niet adequaat heeft gekarakteriseerd en onderzocht.

(a) niet toereikende karakterisering van de eindgebruikersmarkt.

22. Belgacom betoogt vooreerst dat de regulator geen groothandelsverplichtingen kan opleggen zonder voorafgaandelijk uitgevoerde analyse van de mededingingsproblemen op de eindgebruikersmarkt omdat die verplichtingen proportioneel moeten zijn met de weerhouden doelstellingen en adequaat geïdentificeerde problemen, zoals de Bestreden Beslissing zelf aangeeft in § 73:

BIPT zorgt er in het bijzonder voor dat de voorgestelde verplichtingen gerechtvaardigd zijn en in verhouding staan tot de doelstellingen en tot de geïdentificeerde problemen op de markt. Daartoe zal het BIPT de verplichtingen kiezen die het nodig en toereikend acht om de streefdoelen te halen, zonder verder te gaan dan wat strikt noodzakelijk is om het probleem aan te pakken.

Volgens Belgacom is een louter karakteriseren van de eindgebruikersmarkt daarom niet toereikend, in tegenstelling tot wat de CRC beweert (conclusie Belgacom, randnr. 20).

23. De mededingingsgebreken op de relevante eindgebruikersmarkten werden volgens Belgacom niet afdoende geïdentificeerd en niet adequaat onderzocht zodat zij niet de basis kunnen vormen voor de verdere analyse van de betrokken groothandelsmarkten. Deze navolgende analyse op groothandelsniveau zou volgens Belgacom bijgevolg kennelijk onvolledig zijn, niet berusten op een adequate motivering en een miskennis inhouden van het zorgvuldigheidsbeginsel.

24. Met name werd niet onderzocht of Belgacom op de relevante eindgebruikersmarkten wel over een aanmerkelijke machtspositie (“AMM”) beschikt en werd de bestaande infrastructuurconcurrentie en de sterke positie van de kabeloperatoren niet of onvoldoende in aanmerking genomen. Bovendien zou de vereiste evaluatie van de resultaten en geschiktheid van bestaande regulering niet hebben plaatsgevonden (miskennis van de *modified greenfield* benadering).

25. Belgacom voert in het bijzonder wat betreft de eindgebruikersmarkt inzake internettoegang aan dat de Bestreden Beslissing enkel een paar losse gegevens (factoren) opsomt maar niet steunt op een concrete en precieze analyse van de actuele en prospectieve concurrentiële situatie en problemen (conclusie Belgacom, randnr. 19).

Dit gebrek zou het uitvoeren van de vereiste impactanalyse van de opgelegde maatregelen verhinderen, zodat de Bestreden Beslissing aangetast is door motiveringsgebrek en het zorgvuldigheidsbeginsel miskent.

Belgacom stelt met name dat de wettigheid van de opgelegde regulering moet kunnen worden getoetst op basis van de criteria van noodzakelijkheid, adequaatheid en proportionaliteit aan de bijdrage die ze kan leveren aan het remediëren van afdoende geïdentificeerde marktproblemen en objectieven en dat dit *in casu* niet het geval is.

26. Het argument komt hierop neer dat het niveau van karakterisering door de regulator van de relevante eindgebruikersmarkt en de identificatie van de daarop vastgestelde mededingingsproblemen van die aard moeten zijn dat de effectiviteit van de opgelegde maatregelen daadwerkelijk kan worden geverifieerd op basis van in de Bestreden Beslissing aangevoerde elementen.

De loutere opsomming van een aantal factoren die de eindgebruikersmarkt karakteriseren, zoals de CRC in de Bestreden Beslissing doet, komt volgens Belgacom niet tegemoet aan bovenstaande vereiste. Belgacom stelt met andere woorden op basis van de Bestreden Beslissing niet te kunnen uitmaken aan welke precieze marktproblemen de opgelegde maatregelen een concrete oplossing moeten bieden, welke de criteria zijn op basis waarvan tot het bestaan van die problemen wordt besloten en op basis waarvan de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel kan worden afgemeten.

27. Bijgevolg is volgens haar het regulerend optreden *in casu* niet te rechtvaardigen in het licht van het evenredigheidbeginsel.

(b) de vereiste evaluatie van de bestaande verplichtingen ontbreekt.

28. Belgacom verwijt de CRC in dit verband de blijvende noodzaak van de bestaande regulering op markten 4 en 5 en haar doelstellingen en beoogde resultaten onvoldoende te hebben onderzocht, hoewel dit noodzakelijk is in het licht van de vaststelling dat de bestaande regulering haar doelstelling kennelijk niet of onvoldoende heeft bereikt waardoor twijfel kan ontstaan over de gepastheid van de doelstellingen of van de opgelegde maatregel. Volgens Belgacom ontbreekt immers elke evaluatie van de resultaten van de bestaande regulering en van de gepastheid ervan om te verhelpen aan de problemen op de eindgebruikersmarkt (volgens Belgacom zien de alternatieve DSL-operatoren hun beperkt aandeel afkalven niet ten voordele van Belgacom maar van de kabeloperatoren). De CRC had een volledige evaluatie moeten maken van de oude regulering en haar doelstellingen,

moeten nagaan welke marktgebreken zich nog voordeden ondanks de eerder opgelegde regulering en dan rekening houdend met die elementen moeten nagaan welke doelstellingen de nieuwe regulering precies diende te bereiken (conclusie Belgacom, randnr 20).

Belgacom behandelt dit methodologisch aspect uitgebreider in het kader van de principes die gevolgd moeten worden door de regulator bij de definitie van de relevante groothandelsmarkten en stelt dat de CRC met name het *modified greenfield* beginsel miskent (randnrs. 60 tot 62).

(c) de eindgebruikersmarkt werd eenzijdig gekarakteriseerd.

29. Belgacom betoogt nog dat de CRC nalaat om de machtspositie van de kabeloperatoren op de eindgebruikersmarkt inzake internettoegang te identificeren en er de nodige gevolgen uit te trekken (conclusie Belgacom, randnr. 25) hoewel zij daartoe uitgenodigd werd door de Europese Commissie die in Aanbeveling 2007 de ruimte heeft gelaten om ook andere infrastructures dan het telefonienetwerk op te nemen in markten 4 en 5 teneinde met de reële marktwerking rekening te houden (conclusie Belgacom randnr. 20, p. 19).

Belgacom meent dat aldus ook een essentieel en overwegend deel van de eindgebruikersmarkt op groothandelsniveau niet gekarakteriseerd werd (conclusie Belgacom, randnr. 30) waardoor het vereiste verband tussen de corrigerende maatregelen op groothandelsniveau en de marktrealiteit op kleinhandelsniveau teloor gaat.

Belgacom besluit dat de gebrekkige karakterisering en ontbrekende identificatie van de mededingingsproblemen op kleinhandelsniveau de rechtsgeldigheid van de navolgend uitgevoerde analyses op groothandelsniveau aantast.

BESTREDEN BESLISSING.

In verband met de methode en draagwijdte van het onderzoek naar de stroomafwaartse kleinhandelsmarkt stelt de Bestreden Beslissing het volgende:

107. Zoals vermeld in de toelichting bij de aanbeveling van 2007, zijn er in de sector van de elektronische communicatie ten minste twee soorten van relevante markt: de markten voor diensten of faciliteiten die aan de eindgebruiker worden geleverd (retailmarkten), en de markten voor toegang tot de infrastructuren die nodig zijn om deze diensten te leveren (wholesalemarkten).

108. Net als bij haar vorige aanbeveling betreffende de relevante markten (2003) heeft de Commissie de wholesale-elementen onderzocht die nodig zijn voor de levering van breedbandtoegangsdiensten op de retailmarkt en heeft ze dus twee wholesalemarkten geïdentificeerd die rechtstreeks verband houden met de levering van deze diensten: de markt voor (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie en de markt voor wholesalebreedbandtoegang. Er zijn dus relaties tussen stroomopwaartse/stroomafwaartse markt tussen de wholesalemarkten 4 en 5, die het voorwerp uitmaken van dit besluit, alsook tussen die twee en de retailmarkt voor breedbandtoegang (die echter in de aanbeveling van 2007 niet is geïdentificeerd als een markt die in aanmerking komt voor regulering ex ante).

(...)

118. Rekening houdende met deze elementen is de regulator op zich geenszins verplicht om een volledige analyse te maken van de retailmarkt (bijvoorbeeld een analyse die erop gericht zou zijn de eventuele aanwezigheid van ondernemingen met een sterke machtspositie op deze retailmarkt te bepalen), hoewel het inderdaad voor het vervolg van de analyse van de betrokken wholesalemarkten nuttig en belangrijk is om de perimeter te definiëren van de retailmarkt. Het is daarom de taak van de NRI om de mate te bepalen waarin de stroomafwaartse retailmarkt moet worden onderzocht, rekening houdende met de banden tussen deze stroomafwaartse markt en de stroomopwaartse markten die het voorwerp zijn van deze analyse. De praktijken van de NRI wat betreft het rekening houden met de retailmarkt voor breedbandtoegang zijn overigens niet eenvormig.

119. In dit geval acht het BIPT het nuttig de onderliggende retailmarkt voor breedbandtoegang te onderzoeken, voor zover een dergelijk onderzoek het mogelijk maakt een beter beeld te krijgen van de relaties en interactie tussen de retailmarkt en de wholesalemarkt en de gevolgen die uit die interactie kunnen voortvloeien. Dankzij de betere kennis van de mededingingsvoorwaarden op de retailmarkt kunnen de

wholesalemarkten stroomopwaarts nauwkeuriger worden geanalyseerd, zowel wat betreft de spelers die op de markt aanwezig zijn, en hun machtspositie, als in termen van een weloverwogen keuze van eventueel noodzakelijke remedies.

120. Het onderzoek van de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensden is als zodanig niet erop gericht om een relevante retailmarkt te definiëren met het oog op een eventuele regulering van deze markt. Dit onderzoek wordt dus verricht in de strikte mate waarin het nuttig is voor de analyse van deze wholesalemarkten.

121. Om dezelfde reden vindt het BIPT dat het wel een zeker aantal marktgegevens kan onderzoeken aan de hand waarvan de relevante retailmarkt in zijn geografische dimensie kan worden begrepen, maar dat het voor de regulator geenszins een verplichting is om de geografische omtrek van de retailmarkt voor breedbandtoegang in België nauwkeurig af te bakenen, omdat het onderzoek van deze markt geenszins wordt verricht met het oog op een regulering ex ante, maar uitsluitend voor zover dit nuttig is ter verduidelijking van de analyse van de stroomopwaartse wholesalemarkten en voor het nastreven van de voormelde doelstelling om de eindconsument tevreden te stellen. Dit standpunt wordt ook door andere Europese regulatoren gedeeld.

In de randnummers 122 tot 130 van de Bestreden Beslissing verwoordt de CRC haar standpunt met betrekking tot de draagwijdte van de *modified greenfield* benadering zoals aanbevolen door de Europese Commissie en geïnterpreteerd door dit hof:

123. Onder de "modified greenfield"-benadering verstaat men een benadering waarbij een bepaalde markt wordt geanalyseerd, rekening houdende met de ex-anteregulering die wordt opgelegd op de markten die stroomopwaarts liggen van de onderzochte markt, alsook andere vormen van reglementering die buiten de ex-anteregulering vallen. De "modified greenfield"-benadering wordt aanbevolen door de Europese Commissie, die preciseerd dat de regulator moet analyseren of, rekening houdende met de ex-anteregulering die op de stroomopwaartse markt wordt opgelegd, er nog een sterke machtspositie aanwezig blijft op de ermee verbonden stroomafwaartse markt.

Het belang en de draagwijdte van de karakterisering van de kleinhandelsmarkt door de CRC wordt als volgt samengevat in randnr. 136 van de Bestreden Beslissing:

Rekening houdende met de elementen die in de voorgaande delen ontwikkeld zijn, zal het BIPT in dit besluit de volgende logica volgen:

- In eerste instantie zal de kleinhandelsmarkt worden gedefinieerd zoals die daadwerkelijk bestaat op het ogenblik van de analyse: namelijk een niet-gereguleerde retailmarkt die evenwel de aanbiedingen omvat die steunen op wholesaleproducten die upstream gereguleerd zijn naar aanleiding van vroegere besluiten. Eventueel zal het BIPT de aandacht vestigen op de karakteristieken van de retailmarkt waarmee rekening zou*

moeten worden gehouden bij het onderzoek van de wholesalemarkten die stroomopwaarts van deze markt gelegen zijn, omdat ze de realisatie van de algemene doelstellingen van het regelgevingskader kunnen beïnvloeden.

(...)

STANDPUNT VAN DE CRC.

30. De CRC betwist dat haar karakterisering van de kleinhandelsmarkt voor internettoegang ontoereikend zou zijn en dat er geen verband zou bestaan met de opgelegde corrigerende maatregelen zoals Belgacom beweert. De CRC stelt wel degelijk de structurele gebreken van de kleinhandelsmarkt voor breedbandtoegang te hebben geïdentificeerd en geanalyseerd in de Bestreden Beslissing en dat hiermee rekening werd gehouden bij de keuze van de remedies (conclusie CRC, randnr. 35).

31. Volgens de CRC bevat de Bestreden Beslissing in hoofdstuk 4 (§165 – 367) een nauwgezette analyse van:

- (i) de mededingingsstructuur van de kleinhandelsmarkt;
- (ii) de substitutiemogelijkheden aangeboden aan de eindgebruikers;
- (iii) het gedrag van de voornaamste spelers;
- (iv) het belang van de multipleplay aanbiedingen;
- (v) de belemmeringen voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging;
- (vi) de prospectieve evoluties;

evenals een concrete analyse van de impact van de technologische keuzes van Belgacom op de activiteiten van haar concurrenten (conclusie CRC, randnr. 25).

Uit deze analyse komt volgens de CRC naar voor dat aan de eindgebruiker een breder aanbod in termen van keuze, prijs en kwaliteit ontzegd wordt omdat:

- (i) de keuze aangeboden aan de consumenten beperkt is;
- (ii) de gehanteerde prijzen hoog zijn;

(iii) de groeiende vraag naar multiple play aanbiedingen de marktconcentratie verhoogt.

32. Wat de marktstructuur betreft, wijst de CRC er op dat Belgacom, als enige operator die beschikt over een lokaal toegangsnetwerk dat heel het nationale grondgebied dekt, een centrale plaats op de markt bekleedt met een stabiel marktaandeel van dichtbij 50%. Telenet beschikt over een marktaandeel van meer dan 35% maar de dekking van haar netwerk is minder uitgestrekt dan dat van Belgacom. De resterende 15% wordt verdeeld tussen verschillende operatoren waarvan geen enkele de 10% overschrijdt. Sommige van die operatoren beschikken over een eigen lokale infrastructuur die geografisch evenwel beperkt is terwijl anderen over geen enkel lokaal netwerk beschikken. Deze alternatieve operatoren zonder eigen netwerk of alternatieve DSL-operatoren nemen hun toevlucht tot groothandelsaanbiedingen van Belgacom om kleinhandelsdiensten te kunnen aanbieden (conclusie CRC randnr. 26).

Volgens de CRC vertoont de marktstructuur drie grote gebreken: (i) een vertraging van de internetpenetratie; (ii) een zeer hoge marktconcentratie, gepaard gaand met een instorting van de activiteiten van de alternatieve operatoren en (iii) een onvoldoende druk op de eindgebruikersprijzen (conclusie CRC, randnr. 27).

Wat de positie van de alternatieve operatoren betreft laat de CRC opmerken dat de mededinging op de Belgische markt zich in feite beperkt tot die operatoren die over hun eigen lokale infrastructuur beschikken terwijl de alternatieve operatoren sinds 2008 marktaandeel blijven verliezen (conclusie CRC, randnr. 29).

Daarnaast zou uit een Europese vergelijking volgens de CRC blijken dat België achteruitgaat ten opzichte van de buurlanden wat betreft de breedbandpenetratie (conclusie CRC, randnr. 28).

Verder stelt de CRC vast dat ondanks verbetering inzake snelheid en downloadvolume de prijzen van het merendeel van de aanbiedingen inzake internettoegang in de loop van de

afgelopen jaren niet zijn gedaald en hoger blijven dan in de buurlanden (conclusie CRC, randnr. 30).

Dit geldt volgens de CRC met name in het bijzonder voor het marktsegment voor de multiple play aanbiedingen (vooral de combinatie digitale TV en Internet) die de laatste jaren een groeiend succes kennen bij de consumenten en door de historische operatoren sterk worden gepromoot maar waar het aanbod nog meer geconcentreerd is dan voor alleenstaand Internet omdat de alternatieve operatoren op dit vlak met toegangsbelemmeringen geconfronteerd worden zodat deze evolutie geen impact van betekenis heeft op de concurrentiële dynamiek. Het resultaat hiervan is dat de uitgesproken tendens naar de aanbiedingen die Internet en TV combineren een nog meer uitgesproken verlies van marktaandeel voor de alternatieve operatoren tot gevolg heeft (conclusie CRC, randnr. 31 en 32).

Daarnaast wordt de concurrentiële slagkracht van de alternatieve operatoren met een eigen netwerk verder aangetast door de herconfiguratie van het breedbandnetwerk van Belgacom. Tegen 2020 zou Belgacom meerdere tientallen centrales ("LEX") sluiten, zijnde juist de economisch meest leefbare centrales voor ontbundeling, gelet op de hoge bevolkingsdichtheid in de zones waarin ze zich bevinden, waardoor de ontbundeling dient te verschuiven naar het niveau van het subaansluitnetwerk. De CRC meent evenwel dat ontbundeling van het subaansluitnetwerk technisch gesproken niet verenigbaar is met de ontplooiing van nieuwe technieken zoals vectoring en ook economisch niet haalbaar is. Daardoor wordt het moeilijker voor de alternatieve operatoren die opteerden voor het ontbundelingsaanbod van Belgacom om hun investeringen in eigen infrastructuur te recupereren. Dit zou er op lange termijn toe kunnen leiden dat ontbundeling van het aansluitnetwerk wordt verlaten waardoor de infrastructuurconcurrentie op de markt verder afneemt (conclusie CRC, randnr 33).

De CRC besluit uit deze analyse dat op de markt voor internettoegang de toegangsdrempels verlaagd moeten worden en dat het behoud van de bestaande regulering onontbeerlijk is

omdat er een ernstig risico bestaat dat bij het verdwijnen van gereguleerde groothandelsaanbiedingen de marktstructuur nog verder geconcentreerd zou worden.

Daarom wil de CRC in het belang van de eindgebruikers de alternatieve operatoren die niet over een lokaal aansluitnetwerk beschikken ruimere mogelijkheden geven om de concurrentie aan te gaan met de internet-en multiple play aanbiedingen van Belgacom.

De CRC tracht de door Belgacom geformuleerde detailkritiek op methodologisch vlak als volgt te weerleggen.

(a) karakterisering van de eindgebruikersmarkt.

33. De CRC stelt in het kader van haar toelichting met betrekking tot de gebruikte methodologie dat deze in overeenstemming is met het regelgevende kader en door het hof van beroep reeds werd goedgekeurd en dat zij de eindgebruikersmarkt enkel dient te 'karakteriseren' en niet moet definiëren en analyseren.

Het regelgevend kader vereist volgens de CRC niet dat de regulator voorafgaand aan de analyse van een groothandelsmarkt een volledige definitie en analyse maakt van de stroomafwaartse kleinhandelsmarkt zoals dat moet gebeuren wanneer een markt voor regulering in aanmerking komt.

Het volstaat volgens de CRC om de karakteristieken van deze kleinhandelsmarkt goed in te schatten met name op het vlak van de structuur van vraag en aanbod, van de concurrentiële krachten die er spelen en van de remmen op de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging.

34. CRC geeft in dit verband aan met betrekking tot de kleinhandelsmarkt inzake breedband internettoegang conform de door de Europese Commissie voorgestelde criteria diverse aspecten te hebben onderzocht:

- welke producten tot deze markt kunnen worden gerekend op basis van substitueerbaarheid;

- welke aanbieders er zijn op die markt;
- welke hun marktaandeelen zijn;
- hoe de tarieven en aanbiedingen op de markt evolueren;
- welk het belang is van gebundelde producten (de zogenaamde multiple play-aanbiedingen).

35. Volgens de CRC dient de karakterisering van de kleinhandelsmarkt een precies doel: het gaat erom de toereikendheid te verzekeren van de remedies opgelegd op de groothandelsmarkten gelet op hun ultieme doelstelling, namelijk de kleinhandelsmarkt op duurzame wijze concurrentiëler maken ten voordele van de consument (conclusie, randnr. 21).

36. Uit haar karakterisering van de kleinhandelsmarkt is volgens de CRC een serie van marktgebreken gebleken waarmee rekening dient te worden gehouden bij het onderzoek van de groothandelsmarkten omdat ze de realisatie van de algemene doelstellingen van het regelgevend kader kunnen beïnvloeden (Bestreden Beslissing, § 136).

(b) evaluatie van de bestaande verplichtingen.

37. Zonder dit met zoveel woorden te stellen lijkt de CRC in haar conclusies (nr. 138 e.v.) er van uit te gaan dat een *modified greenfield* benadering op het niveau van de afbakening van de kleinhandelsmarkt niet vereist of aangewezen is.

Overigens meent zij dat de gereguleerde aanbiedingen op de markt noodzakelijk blijven omdat indien ze zouden verdwijnen het voortbestaan van de alternatieve operatoren niet meer verzekerd is en dat het recente commercieel aanbod van Belgacom aan KPN met betrekking tot SNOW het tegendeel niet aantoont nu dit slechts het gevolg zou zijn van de Bestreden Beslissing en discriminatoire praktijken niet uitsluit (conclusie CRC, randnr. 33 en voetnoot 92).

(c) eenzijdige karakterisering van de eindgebruikersmarkt.

De CRC betwist de positie van de kabeloperatoren op de kleinhandelsmarkt te hebben genegeerd.

De CRC wijst er op de kabel na een substitutieanalyse wel degelijk te hebben opgenomen in de weerhouden eindgebruikersmarkt maar stelt dat het onderzoek van de kleinhandelsmarkt enkel wordt verricht in de mate dat het nuttig is voor de analyse van de groothandelsmarkten (conclusie CRC, randnr. 101).

Volgens de CRC hebben zowel het hof van beroep als de Raad voor de mededinging en de BEREC zich reeds uitgesproken over de noodzaak om de rol te behouden die wordt gespeeld door de alternatieve DSL-operatoren zonder lokaal toegangsnetwerk teneinde de daadwerkelijke mededinging op de eindgebruikersmarkt te bevorderen en de keuzemogelijkheden aangeboden aan de consumenten te verhogen.

STANDPUNT VAN DE TUSSENKOMENDE PARTIJEN.**(a) karakterisering van de kleinhandelsmarkt.**

38. Telenet is met de CRC van oordeel dat met het oog op de analyse van groothandelsmarkten 4 en 5 die door de Europese Commissie weerhouden werden als in aanmerking komend voor *ex-ante* regulering, het regelgevend kader aan de regulator geen enkele verplichting oplegt om de stroomafwaartse kleinhandelsmarkten die trouwens niet zijn opgenomen in de Aanbeveling 2007 van de Europese Commissie af te bakenen en te onderzoeken.

39. Met verwijzing naar de rechtspraak van het hof stelt Telenet dat een algemene karakterisering van de toestand op de kleinhandelsmarkt kan volstaan en dat het geenszins vereist is om voorafgaandelijk een operator met AMM op de kleinhandelsmarkt te identificeren om verplichtingen te kunnen opleggen op de stroomopwaartse groothandelsmarkten (conclusie Telenet, randnr. 35 Tot 38).

40. Telenet meent zelfs dat uit de rechtspraak blijkt dat het voor de regulator niet eens nodig zou zijn om eerst de stroomafwaartse kleinhandelsmarkt te definiëren of daarop enig marktfalen vast te stellen om op de stroomopwaartse groothandelsmarkten regulatoire verplichtingen aan een operator met AMM te kunnen opleggen wanneer die markt voor *ex ante* regulering in aanmerking komt (conclusie Telenet, randnr 39). Telenet voegt hier nog aan toe dat de kleinhandelsmarkt voor breedbandinternettoegang niet is opgenomen in de Aanbeveling 2007 en dat er dus ook in dit opzicht geen verplichting geldt om deze te analyseren (conclusie Telenet, randnr. 35).

41. Niettemin is Telenet van oordeel dat de Bestreden Beslissing wel degelijk conform de door de Europese Commissie aangeduide criteria (Aanbeveling 2007) de concurrentiële dynamiek op de kleinhandelsmarkt heeft onderzocht en op die markt bepaalde mededingingsproblemen heeft vastgesteld (zie Bestreden Beslissing, randnr. 367). Overigens heeft de Bestreden Beslissing ook vastgesteld dat de kabel en het DSL- netwerk substituten zijn en dat er dus sprake is van infrastructuurconcurrentie op de kleinhandelsmarkt (conclusie Telenet, randnr. 41 en 42).

(b) evaluatie van de bestaande verplichtingen.

42. Telenet gaat in het kader van de definitie van de groothandelsmarkten nader in op het standpunt van Belgacom dat de vereiste *modified greenfield* benadering tot de conclusie kan leiden dat een markt anders dient te worden gedefinieerd of een bestaande regulering moet worden ingetrokken wanneer er voldoende marktwerking is. Zij meent dat daartoe *in casu* geen aanleiding bestaat en dat een *greenfield* benadering in elk geval geen afbreuk kan doen aan de verplichting om de groothandelsmarkten te definiëren op basis van een substitutie-analyse. Bijgevolg kan de loutere vaststelling van het feit dat de bestaande regulering niet (helemaal) haar doelstelling heeft bereikt geen reden zijn om de groothandelsmarkt te herdefiniëren en er infrastructuren in op te nemen die noch aan vraagzijde noch aan de aanbodzijde substitueerbaarheid vertonen (conclusie Telenet, randnr. 117 en 118).

BEOORDELING.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

43. Op dit tweede onderdeel van het eerste middel wordt hierna enkel ingegaan voor zover het betrekking heeft op de methodologische aspecten betreffende het karakteriseren van de relevante kleinhandelsmarkt (inbegrepen de *modified greenfield* benadering) en met name op de vraag aan welke vereisten de karakterisering van de stroomafwaartse kleinhandelsmarkt moet voldoen als uitgangspunt voor de navolgende analyse van een stroomopwaartse groothandelsmarkt. De grief die betrekking heeft op inhoudelijke aspecten van die karakterisering en de bewijsproblematiek in dit verband komt aan bod in het derde en vierde onderdeel van het middel.

(a) ontoereikende karakterisering van de kleinhandelsmarkt.

44. Deze methodologische grief van Belgacom op de karakterisering van de kleinhandelsmarkt komt er in feite op neer dat de CRC de mededingingsproblemen op de relevante kleinhandelsmarkten niet of minstens onvoldoende diepgaand heeft geïdentificeerd en onderzocht. De karakterisering en analyse van de relevante kleinhandelsmarkt zouden m.a.w. niet beantwoorden aan het vereiste niveau van grondigheid.

Het regelgevend kader verplicht de regulator evenwel, zoals de CRC en Telenet terecht betogen, niet tot eenzelfde exhaustieve definitie en analyse als deze die vereist is voor de te reguleren markt zelf.

45. De regulator dient op de relevant geachte kleinhandelsmarkt(en) - die zelf niet voor *ex-ante* regulering in aanmerking komt - immers geen operator met AMM te identificeren alvorens een stroomopwaartse groothandelsmarkt te kunnen analyseren en reguleren.

Het volstaat daartoe dat de regulator in het licht van de algemene wettelijke doelstellingen en op goede gronden vaststelt dat er een ernstig risico bestaat dat door een te geconcentreerde marktstructuur of een gebrekkige marktwerking de eindgebruikers niet genieten van de voordelen van een competitieve markt. Die gebrekkige marktstructuur of

marktwerking zal zich doorgaans manifesteren in een sterke positie van één of meer operatoren op de eindgebruikersmarkt, maar niet noodzakelijk.

46. Het hof stelt vast dat in dit verband er geen wettelijke voorschriften gelden die de draagwijdte van het vereiste niveau van karakterisering van de kleinhandelsmarkt door de regulator preciseren, zodat de regulator in dit verband over een zekere beoordelingsmarge beschikt.

Dit wordt met name geïllustreerd door het feit dat de manier waarop de karakterisering van de relevante kleinhandelsmarkt wordt benaderd door onderscheiden NRI's niet uniform is (vgl. o.m. met OPTA Besluit "*Marktanalyse lage kwaliteit wholesalebreedbandtoegang*" van 27 april 2012 en de OFCOM Statement "*Review of the wholesale broadband access markets. Statement on market definition, market power determinations and remedies*" van 26 juni 2014).

47. Indien zoals *in casu* de eindgebruikersmarkt zelf niet wordt gereguleerd betreft de essentie van het marktanalyseproces de stroomopwaartse groothandelsmarkten die voor regulering in aanmerking komen en waarvan het aanbod op relevante kleinhandelsmarkt is afgeleid. De karakterisering van de stroomafwaartse eindgebruikersmarkt dient bijgevolg toereikend te zijn in functie van de beoogde analyse op groothandelsniveau.

De karakterisering van de eindgebruikersmarkt is immers het uitgangspunt voor de analyse op groothandelsniveau omdat elke regulering van enige intermediaire markt finaal gericht is op het bevorderen en ondersteunen van een duurzame mededinging op die eindgebruikersmarkt (zie overweging 2 van de Aanbeveling 2007). Enkel indien er reden is om te vrezen dat eindgebruikers onvoldoende de voordelen van een daadwerkelijke mededinging genieten in termen van keuzevrijheid, prijs en kwaliteit kan er tot regulering worden overgegaan op een stroomopwaartse groothandelsmarkt. Daarom moet elke analyse van een groothandelsmarkt vertrekken van een 'karakterisering' van de kleinhandelsmarkten (Toelichting bij de Aanbeveling 2007, p. 19).

48. Daartoe dient een voldoende gefundeerd onderzoek van de marktstructuur en marktwerking op kleinhandelsniveau te geschieden opdat de mededingingsproblemen waaraan dient geremedieerd te worden op een gepaste manier zouden kunnen worden vastgesteld en met de mededingingssituatie op de groothandelsmarkt in verband gebracht. Dit onderzoek moet tevens toelaten om – met het oog op de verantwoording van de noodzaak en evenredigheid van de opgelegde maatregel - de mogelijke impact op de werking van de onderliggende eindgebruikersmarkt van bestaande en voorgenomen regulering op de groothandelsniveau minstens benaderend in te kunnen schatten en te evalueren in het licht van concrete doelstellingen geformuleerd door de regulator en van de toepasselijke wetgeving.

49. Het hoeft geen betoog dat de regulator in het kader van de algemene wettelijke doelstelling van een meer concurrentiële marktwerking over een zekere beleidsmarge beschikt bij het vaststellen van concrete te realiseren objectieven.

Dit neemt niet weg dat de regulator de gebreken inzake marktwerking waaraan hij wil remediëren, zoals Belgacom terecht aanvoert, voldoende objectief en nauwkeurig dient te identificeren opdat een impact-analyse van de voorgestelde maatregelen mogelijk zou zijn in het licht van de beginselen inzake noodzakelijkheid, gepastheid en evenredigheid.

50. Dit geldt niet alleen met betrekking tot nieuwe verplichtingen maar ook voor het handhaven van een bestaande regulering en a fortiori indien gebleken is dat bestaande regulering in de standpunt van de regulator de eerder geïdentificeerde problemen onvoldoende zou remediëren.

51. Belgacom beweert echter ten onrechte dat de karakterisering van de kleinhandelsmarkt in de Bestreden Beslissing niet beantwoordt aan het vereiste niveau omdat er geen voldoende grondig onderzoek gebeurd is naar de marktgebreken.

Belgacom kan niet gevolgd worden waar zij in algemene termen aangeeft dat geen mededingingsproblemen op de eindgebruikersmarkt werden geïdentificeerd en dat het niveau van karakterisering van de eindgebruikersmarkt door de CRC *in casu* niet volstaat om

de voorgestelde regulering met behulp van de criteria van noodzakelijkheid, het passend karakter en proportionaliteit af te toetsen wat betreft de doeltreffendheid ervan met betrekking tot het remediëren van de problemen.

52. Het hof stelt vast dat de CRC de marktstructuur en welbepaalde gebreken in de marktwerking op de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang in de Bestreden Beslissing toereikend heeft geïdentificeerd en omschreven (Hoofdstuk 4.5 tot 4.8) om hieruit te kunnen afleiden dat de markt in België gekarakteriseerd wordt door:

- (i) een vertraging van de breedbandinternetpenetratie;
- (ii) een beperkte keuze voor de consumenten tussen verschillende aanbiedingen te hoge gehanteerde kleinhandelsprijzen; en
- (iii) een reeds hoge marktconcentratie die door de groeiende vraag naar multipleplay aanbiedingen nog wordt versterkt en
- (iv) het beperkte concurrentievermogen van de alternatieve DSL-operatoren zonder lokaal toegangsnetwerk dat verder onder druk komt te staan door de ontwikkeling van gebundelde producten en de herconfiguratie van het breedband netwerk van Belgacom.

53. In concreto focust de CRC bij het vaststellen van de marktgebreken op de situatie van de alternatieve DSL-operatoren die beroep doen op het gereguleerde groothandelsaanbod (BROBA en WBA) van Belgacom en die naar het oordeel van de CRC voor de nodige concurrentiële dynamiek op de markt zouden moeten zorgen. Zij stelt met name vast dat hun prestaties in het verleden al niet indrukwekkend waren en dat zij verder marktaandeel dreigen te verliezen waardoor de gebrekkige marktwerking nog zal versterken. De oorzaak hiervan zijn volgens de CRC:

- (i) de voorgenomen sluiting door Belgacom van tientallen centrales (LEX-en) waardoor de ontbundeling als geprefereerde vorm van markttoegang op groothandelniveau minder interessant of zelfs onmogelijk wordt; en

(ii) het feit dat alternatieve operatoren die beroep doen op het bitstream-aanbod van Belgacom niet kunnen toetreden tot het segment van de multiple play-aanbiedingen (die Internet en digitale TV omvatten) die in volle ontwikkeling zijn op de eindgebruikersmarkt.

54. De CRC wijst er ten slotte nog op dat nu een deel van de kleinhandelsmarkt voor internettoegang berust op gereguleerde groothandelsaanbiedingen, het risico bestaat dat bij afwezigheid ervan, de markt nog geconcentreerder zal zijn.

55. De CRC besluit hieruit met name dat de alternatieve DSL-operatoren die niet over een lokaal toegangsnetwerk beschikken, geconfronteerd worden met bestaande en nieuwe toegangsbelemmeringen op de markt voor Internettoegang en dat het een doelstelling is van de nieuw opgelegde maatregelen om deze drempels te verlagen om ten volle met de Internet en multiple play aanbiedingen van Belgacom te kunnen concurreren.

De analyse van de concurrentiesituatie op de kleinhandelsmarkt met name in hoofde van de alternatieve operatoren leidt de CRC er toe te stellen dat de concurrentie op de markt moet worden aangemoedigd door hen de mogelijkheid te geven om naast het bestaande internetaanbod ook gecombineerd Internet en een TV-aanbod te doen aan hun klanten. Hierdoor zullen zij, naar de CRC verwacht, tot een groter deel van de markt en met name wat betreft het meer dynamische segment van de gebundelde aanbiedingen toegang krijgen en hun marktaandeel kunnen vergroten. Tevens zullen zij vernieuwende prijsgunstige aanbiedingen kunnen doen. Hierdoor zou naar verwachting de marktstructuur minder geconcentreerd worden, zullen de consumenten van een ruimer aanbod tegen een betere prijs kunnen genieten en zal uiteindelijk ook de Internetpenetratie in België vergroten.

56. In termen van marktwerking beoogt CRC bijgevolg met het behoud en de uitbreiding van de bestaande maatregelen een vermindering van de marktconcentratie en een verbetering van het aanbod aan de consument in termen van prijs en variëteit. Deze mededingingsdoelstellingen zijn dus - in tegenstelling tot wat Belgacom voorhoudt - in voldoende mate geïdentificeerd om in beginsel een impactanalyse van de voorgestelde maatregelen toe te laten.

57. Zolang redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de alternatieve operatoren door de voorgenomen maatregelen op groothandelsniveau beter in staat worden gesteld om met Belgacom op de eindgebruikersmarkt te concurreren - wat Belgacom in wezen niet betwist - staat vast dat de voorgenomen maatregel in beginsel bijdraagt aan een versterking van de marktwerking op kleinhandelsniveau en is de CRC er niet toe gehouden om op voorhand concreet vast te leggen welk niveau van marktaandeel de alternatieve operatoren dienen te bereiken, welke prijsdaling op de markt voldoende is en welke mate van internetpenetratie moet worden gerealiseerd opdat er sprake zou kunnen zijn van effectieve regulering.

Belgacom verliest immers uit het oog dat effectiviteit van het optreden van de regulator nooit met mathematische precisie kan worden voorspeld. De marktwerking is immers steeds een dynamisch gebeuren waarbij meerdere factoren in de tijd op elkaar inspelen, al dan niet in dezelfde richting, zodat prognoses of een impact-analyse doorgaans niet meer dan een benaderende waarde kunnen hebben. Van de regulator kan bijgevolg niet verwacht worden dat hij de doelstellingen van zijn regulerend optreden met het oog op een toenemende mededinging op de markt met mathematische precisie zou formuleren laat staan realiseren.

Het volstaat bijgevolg dat de voorgestelde maatregelen van die aard zijn dat zij daadwerkelijk en afdoende kunnen bijdragen aan het oplossen van de op de eindgebruikersmarkt vastgestelde problemen en bijgevolg dat de Bestreden Beslissing op dit vlak niet aangetast is door een gebrekkige methodologie of een kennelijke beoordelingsfout vanwege de regulator.

58. Belgacom toont alleszins niet aan dat - in het licht van redelijke economische assumpties - de CRC een kennelijke beoordelingsfout maakt wanneer zij verwacht dat het vergroten van de concurrentiemogelijkheden van de alternatieve DSL-operatoren zonder eigen netwerk daadwerkelijk zal bijdragen aan het verbeteren van hun concurrentiepositie en van de marktwerking op de kleinhandelsmarkt van internettoegang. Het feit dat de alternatieve operatoren ook met de mededinging van de kabelinfrastructuur worden geconfronteerd en marktaandeel verliezen aan de kabeloperatoren doet hieraan niet

noodzakelijk afbreuk nu mag verwacht worden dat de opgelegde maatregelen hen ook zullen toestaan met de kabeloperatoren beter te concurreren.

(b) ontbrekende evaluatie van de bestaande verplichtingen.

59. De vraag of de CRC in de context van de karakterisering van de eindgebruikersmarkt de reeds bestaande regulering op groothandelniveau op basis van de *modified greenfield* benadering (die geen wettelijke verplichting maar een redelijk verantwoorde en aanbevolen methode uitmaakt) niet voorafgaandelijk in vraag had moeten stellen, dient principieel affirmatief te worden beantwoord. De CRC had in beginsel de relevante kleinhandelsmarkt moeten karakteriseren uitgaande van een situatie van afwezigheid van een aanbod op basis van gereguleerde wholesaleverplichtingen. Immers indien de CRC tot de conclusie zou zijn gekomen dat de kleinhandelsmarkt daadwerkelijk concurrentieel was geworden, dan had zij teneinde de regulering te kunnen opheffen dienen uit te sluiten dat deze gunstige situatie het gevolg was van de bestaande regulering stroomopwaarts.

60. In onderhavig geval is het evenwel op basis van de voorliggende gegevens onwaarschijnlijk dat de kleinhandelsmarkt zonder het aanbod van de alternatieve ADSL-operatoren voldoende concurrentieel zou zijn, zoals de CRC terecht aanvoert in de Bestreden Beslissing (§ 367). In dit geval blijft het niet toepassen van de vereiste *modified greenfield* benadering op kleinhandelniveau zonder gevolg, nu de CRC niet overweegt om de regulering op te heffen of om de kleinhandelsmarkt zelf te reguleren. Overigens heeft de CRC in de Bestreden Beslissing wel degelijk een evaluatie gemaakt van de bestaande regulering en vastgesteld dat deze onvoldoende tegemoet komt aan de noden van de alternatieve operatoren en geoordeeld (op basis van *counterfactual* benadering) dat mocht de regulering in haar geheel worden opgeheven zulks door het vermoedelijke verdwijnen van de alternatieve operatoren de bestaande mededingingsstructuur en marktwerking verder zou aantasten.

61. Dit neemt niet weg dat – zoals reeds aangegeven onder randnr. 49 – 50 - in het kader van de verantwoording van de proportionaliteit van de opgelegde verplichtingen de regulator dient na te gaan wat de verwachte effecten zijn op de concurrentiesituatie en marktwerking op de kleinhandelsmarkt van de voorgenomen regulering op wholesaleniveau.

62. Voor zover de argumentatie van Belgacom aangaande de (*modified*) *greenfield* betrekking heeft op de definitie en de analyse van de groothandelsmarkten wordt naar de betreffende overwegingen verwezen onder de bespreking van het tweede middel (randnr. 137 e.v.).

Eens de CRC het bestaan van gebreken in de marktstructuur of marktwerking op kleinhandelsniveau kennelijk correct en in voldoende mate heeft geïdentificeerd, dient m.a.w. vanuit methodologisch oogpunt de vraag naar het al dan niet verantwoord zijn van de (bestaande of nieuwe) regulering aan bod te komen in het kader van de daaropvolgende analyse van de stroomopwaartse groothandelsmarkt en in het kader van de concreet voorgestelde maatregelen. M.a.w. eens mededingingsbelemmeringen zijn vastgesteld en geïdentificeerd op de kleinhandelsmarkt dient te worden nagegaan of die gebreken een pendant hebben op de relevante groothandelsmarkt en of en door welke gepaste maatregelen op groothandelsniveau moeten worden aangepakt.

(c) eenzijdige karakterisering leidend tot asymmetrische regulering.

63. Een gemotiveerde selectieve karakterisering van de kleinhandelsmarkt acht het hof niet per se onwettig. Zoals hierna (randnr. 67) verder zal worden toegelicht hoeven niet alle mededingingsproblemen geïdentificeerd en beschreven te worden in de Bestreden Beslissing zolang de problemen waarop gefocust wordt (*in casu* die van de alternatieve DSL-operatoren) de mededingingsstructuur op die markt of de werking ervan merkbaar beïnvloeden.

De CRC is methodologisch ook niet verplicht alle mogelijke stroomopwaartse groothandelsmarkten in aanmerking te nemen. Het gaat er om de *overeenstemmende* groothandelsmarkten in aanmerking te nemen die (i) in verband staan met de weerhouden

kleinhandelsmarkt en (ii) die betrekking hebben op aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt die getroffen worden door de gesignaleerde concurrentieproblemen. Zie hierover verder onder randnr. 139 aangaande de verplichting om alle “overeenstemmende” groothandelsmarkten te identificeren.

64. Het feit dat de alternatieve DSL-operatoren zonder eigen toegangsnetwerk volgens Belgacom vooralsmarktaandeel verliezen aan de kabeloperatoren betekent niet noodzakelijk dat dit het gevolg is van de eventuele marktmacht van de kabeloperatoren op de kleinhandelsmarkt. Het kan er evengoed op wijzen dat zij kennelijk ook gehinderd worden in hun concurrentiemogelijkheden ten aanzien van de kabeloperatoren door het feit dat ze geen mogelijkheid hebben om een multiplay-aanbod te doen op basis van de infrastructuur van Belgacom.

65. Dat de CRC het actueel niet opportuun acht een gelijkaardig wholesaleaanbod op de kabel te reguleren is een beleidsbeslissing wordt door de regulator verantwoord op grond van het bestaan van een parallelle regulering van de broadcastmarkt waardoor ook via de kabel de mogelijkheid ontstaat voor alternatieve operatoren om multiplay-aanbieden met TV en internet te doen op de kleinhandelsmarkt. In deze optiek kan Belgacom bezwaarlijk volhouden dat de kabeloperatoren volledig buiten schot zijn gebleven door de methodologisch selectieve benadering van de mededingingsproblemen op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang in de Bestreden Beslissing.

Dit neemt niet weg dat de karakterisering van de relevante kleinhandelsmarkt en de identificatie van de aanwezige concurrentieproblemen dient gebaseerd te zijn op feitelijk correcte vaststellingen die bovenstaande assumpties kunnen ondersteunen en dient dus ook te worden nagegaan of zij berusten op voldoende accurate feitelijke elementen en niet aangetast zijn door een manifeste beoordelingsfout.

66. Belgacom verwijt de CRC tenslotte in dit verband geen rekening gehouden te hebben met een aantal specifieke vaststellingen met betrekking tot de sterke positie van de kabeloperatoren op de relevante eindgebruikersmarkt (conclusie Belgacom, randnr. 34-50). Op dit argument zal in het vierde onderdeel van dit middel (randnr. 110 e.v.) nader

inhoudelijk worden ingegaan. Het volstaat hier in dit verband enkele principes voorop te stellen.

67. De CRC heeft effectief voor een selectieve karakterisering van de kleinhandelsmarkt geopteerd door in de Bestreden Beslissing bij de beschrijving van de mededingingsproblemen op de markt sterk te focussen op de concurrentiële handicaps van de alternatieve operatoren die beroep doen op het gereguleerde aanbod op het DSL-netwerk van Belgacom. Op zich leidt dit niet noodzakelijk tot de onwettigheid van de Bestreden Beslissing zolang die keuze afdoende gemotiveerd is.

De regulator is immers niet verplicht alle mogelijke mededingingsproblemen op de relevante kleinhandelsmarkt te identificeren en te onderzoeken. Hij kan zich daarbij concentreren op specifieke mededingingsproblemen (zoals uitbreidings- of toetredingsdrempels) waarmee bepaalde actuele of toekomstige concurrenten worden geconfronteerd en die bij afwezigheid van *ex-ante* regulering van aard zijn de mededingingsstructuur op de markt tijdens de komende reguleringsperiode merkbaar te beïnvloeden, voor zover die problemen adequaat worden geïdentificeerd en de marktwerking niet foutief wordt ingeschat.

68. Belgacom betwist niet het gegeven van de zwakke prestaties van de alternatieve DSL-operatoren op basis van bitstream, noch de technische en economische moeilijkheden om hun activiteiten uit te bouwen gebaseerd op de ontbundeling van het Belgacom netwerk. Uit deze onbetwiste gegevens kan de CRC naar rede afleiden dat de alternatieve DSL-operatoren die hun activiteit uitbouwen op basis van het wholesaleaanbod van Belgacom bij gebrek aan daadwerkelijk alternatief dreigen te verdwijnen uit de markt indien de CRC op dit ogenblik een einde zou stellen aan de regulering van markten 4 en 5.

Daarmee motiveert de CRC de keuze om bij de karakterisering van de eindgebruikersmarkt te focussen op de situatie van de alternatieve DSL-operatoren en verantwoordt zij ook afdoende het in aanmerking nemen van het huidig aanbod van de alternatieve operatoren op basis van bestaande regulering bij het karakteriseren van de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang.

69. In de Bestreden Beslissing worden de problemen van de alternatieve operatoren echter kennelijk uitsluitend in verband gebracht met het ontbreken van groothandelstoegang inzake breedbandinternet via de infrastructuur van Belgacom. In de Bestreden Beslissing wordt weliswaar gewezen op het bestaan van een alternatieve infrastructuur in hoofde van de kabeloperatoren, doch het feit dat de alternatieve operatoren momenteel ook geen toegang hebben tot een vergelijkbaar groothandelsaanbod via de kabel beschouwt de CRC kennelijk niet als een in het kader van de Bestreden Beslissing te remediëren mededingingsprobleem.

Dergelijke eenzijdige karakterisering van de eindgebruikersmarkt leidt volgens Belgacom tot een georiënteerde definitie van de groothandelsmarkten en tot een asymmetrische en discriminerende regulering waarbij de kabel ten onrechte buiten schot blijft.

Het hof is niet overtuigd dat een selectieve karakterisering van de eindgebruikersmarkt op zichzelf noodzakelijk leidt tot een gebrekkige definitie van de groothandelsmarkten of een asymmetrische en discriminerende regulering.

Op dit argument zal nader worden ingegaan in het kader van het eerste en tweede onderdeel van het tweede middel aangaande de marktdefinitie en substitutieanalyse op groothandelniveau (randnr. 138 e.v. en 161 e.v.) en van het derde middel in verband met de verantwoording van de opgelegde multicastverplichting (randnr. 219).

Het volstaat hier het volgende te overwegen.

Een onbetwistbaar gegeven – dat overigens door Belgacom niet wordt weerlegd – en dat de kleinhandelsmarkt voor breedbandtoegang duidelijk karakteriseert, is de hoge graad van concentratie op de markt.

De CRC is kennelijk van oordeel dat dit het gevolg is van de sterke positie van de operatoren die over een eigen lokaal aansluitingsnetwerk beschikken in vergelijking met de zogenaamde alternatieve operatoren die enkel een beroep kunnen doen op het gereguleerd groothandelsaanbod van Belgacom (bitstream) inzake internettoegang om zelf internet aan

te bieden aan de eindgebruikers, en zij daarbij momenteel uitgesloten zijn van het meest dynamische marktsegment van de gebundelde aanbiedingen (internet en digitale TV) .

De vaststelling door de CRC dat Belgacom in ieder geval een zekere marktmacht kan uitoefenen op basis van haar unieke infrastructuur en haar hoog marktaandeel en de alternatieve DSL-operatoren voor hun kleinhandelsaanbod momenteel afhankelijk zijn van het groothandelsaanbod van Belgacom en in hun ontwikkeling afgeremd worden kan op zich moeilijk worden betwist op basis van de voorliggende gegevens, ongeacht de positie die de kabeloperatoren op de markt innemen.

De grief van Belgacom dat de bestaande (oligopolistische) marktstructuur niet per se tot een gebrekkige marktwerking hoeft te leiden (wat ze overigens betwist met name wat betreft de kwaliteit en de prijs van de aanbiedingen op de eindgebruikersmarkt) en dat indien dit wel het geval zou zijn de CRC geen of in elk geval onvoldoende rekening heeft gehouden met elementen die erop wijzen dat ook de kabeloperatoren over een zekere marktmacht beschikken, zeker in hun respectieve dekkingzones en met betrekking tot kleinhandelsmarkten waarop zij traditioneel sterk staan (TV distributie en bundels met digitale TV), spreekt wat hieraan voorafgaat dan ook niet tegen.

Dat de CRC in de Bestreden Beslissing bij de karakterisering van de kleinhandelsmarkt voor internettoegang sterk focust op de positie van de alternatieve operatoren die niet beschikken over een eigen lokaal aansluitingsnetwerk en aangewezen zijn op het groothandelsaanbod van Belgacom en in dit verband met bepaalde handicaps (met name inzake gebundelde aanbiedingen) worden geconfronteerd om de mededinging met Belgacom ten volle aan te kunnen gaan, is zoals hiervoor reeds geoordeeld een keuze die in beginsel binnen de beleidsmarge van de regulator valt en afdoende wordt verantwoord op basis van de door de CRC gevoerde karakterisering van de kleinhandelsmarkt wat betreft de verhoudingen tussen Belgacom en de andere DSL-operatoren.

De algemeen geformuleerde grief van Belgacom dat de eenzijdige manier waarop de CRC de eindgebruikersmarkt karakteriseert tot een eenzijdige analyse en asymmetrische regulering

van de groothandelsmarkt leidt – waarbij de kabel buiten schot blijft – kan als dusdanig dan ook niet worden onderschreven.

Hierbij dient immers in rekening te worden gebracht dat de CRC bij beslissing van dezelfde datum als de Bestreden Beslissing ook de kabel heeft gereguleerd en daarmee zoals zij stelt in conclusies (randnr. 95) een *level playing field* heeft willen creëren tussen operatoren die beschikken over een lokaal toegangsnetwerk en de dienstenaanbieders die niet over een dergelijk netwerk beschikken. In dit verband stelt de CRC het volgende:

Schematisch gezien is de retailsituatie duidelijk. Belgacom is de belangrijkste aanbieder van internettoegang in België, terwijl de kabeloperatoren de teledistributiemarkt blijven domineren, elk in hun historische activiteitszone.

De beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten (de Bestreden Beslissing) reguleert dan ook de toegang tot het breedbandnetwerk van Belgacom en de Omroepbeslissingen reguleerden de toegang tot het televisieomroepnetwerk van de kabeloperatoren.

Men kan echter op deze twee markten een fenomeen vaststellen dat onomkeerbaar lijkt te zijn. Het betreft met name het groeiende succes van de aanbiedingen die internet en TV combineren. De ontwikkeling van de mededinging op deze twee markten zal bijgevolg afhangen van de bekwaamheid van de alternatieve operatoren (zonder lokaal toegangsnetwerk) om aanbiedingen te commercialiseren die voldoende concurrentieel zijn met die van de historische operatoren.

Belgacom miskent op dit onderdeel de motivering van de Bestreden Beslissing met betrekking tot de karakterisering en analyse van de eindgebruikersmarkt.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

Derde onderdeel: gebrekkige bewijsvoering in verband met de karakterisering van de eindgebruikersmarkt.

STANDPUNT BELGACOM.

70. Volgens Belgacom beantwoordt de bewijsvoering van de CRC in verband met de feitelijke elementen die hebben geleid tot de door haar weerhouden karakterisering van de eindgebruikersmarkt niet aan de vereiste standaard. De CRC had zelf een grondig eigen

onderzoek moeten voeren naar de werkelijke situatie op de markt (conclusie Belgacom, randnr 25).

71. De door de CRC aangehaalde studies (Analysys Mason and Hogan & Hartson Report van 10 mei 2009, stuk CRC, A.64) en de bijdragen en antwoorden van concurrenten van Belgacom en andere belanghebbende organisaties in het kader van de kwalitatieve vragenlijst van het BIPT en de openbare raadpleging kunnen wel een beginpunt vormen voor een eigen onderzoek door de CRC maar volstaan niet als bewijs van de door de CRC geïdentificeerde zogenaamde marktgebreken (conclusie Belgacom, randnr. 23-25).

72. Belgacom betwist overigens dat de regulator het gebrek aan een eigen volledige analyse van de eindgebruikersmarkt in de Bestreden Beslissing als verantwoording van de regulering vermag *ex post* aan te vullen met dergelijke verwijzingen in conclusies naar documenten waarvan zij overigens de objectiviteit, bewijswaarde en de daaraan door de CRC gegeven draagwijdte betwist.

73. Verder meent Belgacom dat de CRC zich ten onrechte beroept op de geactualiseerde gegevens over Belgacom om het bestaan van een zeker marktfalen aan te tonen (conclusie Belgacom, randnr. 27). In tegenstelling tot wat de CRC beweert in conclusies (randnr. 60 en 73 e.v.) spreken de geactualiseerde gegevens van Belgacom in verband met marktaandeelen, prestaties van het breedbandnetwerk, breedband internetpenetratie, vooruitgang van de multiplay aanbiedingen de geïdentificeerde tekortkomingen in de analyse van de eindgebruikersmarkt tegen. In de visie van Belgacom zijn de recente evoluties met betrekking tot marktaandeelen, snelheden op het breedbandnetwerk, breedbandpenetratie, het prijsniveau en het belang van multiple play aanbiedingen hoe dan ook niet van aard een asymmetrische regulering zoals opgenomen in de Bestreden Beslissing te ondersteunen.

74. Belgacom tracht nog de bewijsvoering waarop de karakterisering van de eindgebruikersmarkt door de CRC is gebaseerd te weerleggen aan de hand van een recente vergelijkende studie van het BIPT zelf. Volgens Belgacom (conclusie Belgacom, randnr. 31) toont deze eigen studie van het BIPT daterend van 20 februari 2013 (Studie van het BIPT: *“Vergelijkende Studie Prijsniveau Telecomproducten in België, Frankrijk, Nederland,*

Duitsland en het Verenigd Koninkrijk”, Stuk B. 19 van het gerechtelijk dossier van de CRC) in tegenstelling tot wat de Bestreden Beslissing hierover aanneemt, juist aan dat:

- inzake breedbandpenetratie de situatie in België hoegenaamd niet problematisch is, met name waar voormelde studie stelt dat in Europa België eind juni 2012 het land was met de hoogste opname van de hoge snelheid breedbanddiensten;
- wat betreft de courante aanbiedingen voor alleenstaand internet België zowel inzake prijszetting als inzake internetsnelheid goed scoort in vergelijking met de buurlanden;
- wat betreft de bundelaanbiedingen de Belgische tariefplannen zich bevinden rond de prijsmediaan terwijl er ook bundels in België beschikbaar zijn aan een prijs die lager ligt dan die prijsmediaan;
- er in België sprake is van meerdere aanbieders met een uitgebreid aanbod voor zowel alleenstaand breedbandinternet, als voor de multiple play.

75. Belgacom voegt hier nog aan toe dat het bestaan van twee sterk uitgebouwde concurrerende infrastructuren de ontwikkeling op de Belgische markt juist hebben gestimuleerd en dat volgens de economische theorie een dualistische marktstructuur niet noodzakelijk onwenselijk is zodat hier naar verwijzen niet volstaat als bewijs van het bestaan van mededingingsproblemen teneinde tot regulering van de markt over te gaan. Ook het gedrag van de spelers op de markt en de marktwerking dient volgens Belgacom in het kader van de vereiste bewijsvoering door de regulator te worden geanalyseerd.

De analyse waarop de Bestreden Beslissing is gesteund is volgens Belgacom bijgevolg ook aangetast door manifeste beoordelingsfouten.

STANDPUNT CRC.

76. De CRC betoogt vooreerst dat de vaststellingen in de Bestreden Beslissing over de gebreken op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang gesteund zijn op zeer omvangrijke externe bijdragen die toegelaten hebben de gedachtegang van de regulator te voeden en die allen opgenomen zijn in het administratief dossier.

Bijgevolg is de CRC gerechtigd om haar beslissingen en keuzes te verdedigen en toe te lichten in het kader van huidige procedure steunend op de bewijsstukken vervat in het administratief dossier (conclusie CRC, randnr. 36).

77. De CRC betoogt nog dat zij, wanneer zij als overheid haar beslissing en keuzes verdedigt op basis van de stukken uit het administratief dossier waarnaar zij verwijst en die als fundament hebben gediend voor de Bestreden Beslissing, handelt binnen de grenzen van haar wettelijke motiveringsplicht. Verder stelt de CRC dat het hof dat over volle rechtsmacht beschikt, rekening kan houden met uitleg die het krijgt van de regulator zelfs indien de oorspronkelijke motivering de Bestreden Beslissing inadequaat is (conclusie CRC, randnr. 36). Overigens acht zij het om praktische reden ook uitgesloten om alle relevante elementen uit het onderliggende administratieve dossier expliciet en volledig in de finale beslissing weer te geven (conclusie CRC, randnr. 37).

78. Wat betreft het aanwenden van geactualiseerde gegevens met betrekking tot bijvoorbeeld marktaandeelen, prijzen enz. die niet in het administratief dossier voorkomen omdat ze dateren van na de Bestreden Beslissing, meent de CRC dat deze het hof moeten toelaten te oordelen over de afwezigheid van een kennelijke beoordelingsfout. Het Hof mag immers de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de aangenomen beslissing in overweging nemen conform de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 3 juni 2011, C.09.0227.). Aldus is de CRC in de gelegenheid om aan te tonen dat de door haar geformuleerde hypotheses, voorspellingen en prospectieve analyse opgenomen in de Bestreden Beslissing, door latere ontwikkelingen bevestigd werden zodat hieromtrent een kennelijke beoordelingsfout in hoofde van de regulator kan worden uitgesloten (conclusie CRC, randnr. 37).

79. Betreffende het rapport van de consultant Analysys Mason meent de CRC dat het logisch is dat wanneer zij als regulator een beroep doet op externe deskundigen zij naar het door de consultant uitgevoerde werk verwijst als één van de vele bewijselementen waarop de regulator zich heeft gebaseerd om de kleinhandelsmarkt te karakteriseren (conclusie CRC, randnr. 38-41). Andere elementen die de gegrondheid van haar analyse van de concurrentieverhoudingen, de concurrentiebelemmeringen voor alternatieve operatoren en het te hoge prijsniveau op de kleinhandelsmarkt bevestigen, zijn de bijdragen van operatoren als Mobistar, KPN, het Platform dat de belangen van de alternatieve operatoren behartigt en van Test Aankoop (randnr. 42-50). Tevens verwijst zij naar het hof van beroep en de Raad voor de mededinging evenals naar het standpunt van de BEREC in verband met het grote belang van de alternatieve DSL-operatoren om een goede marktwerking te verzekeren (randnr. 53-56).

80. De CRC meent in het licht van het voorgaande dat haar analyse van de kleinhandelsmarkt de werking en structuur ervan niet miskent en dat de door haar vastgestelde tendensen bevestigd worden door recente door Belgacom zelf gecommuniceerde gegevens (conclusie CRC, 60-72). Uit die gegevens zou immers blijken dat (i) de daling van het marktaandeel van Belgacom erg relatief is (ongeveer stabiel op 44%); (ii) inzake internetsnelheid Belgacom in nieuwe technologieën (VDSL2, digital line management, pair bonding, vectoring) blijft investeren die haar moeten toelaten met Telenet te blijven concurreren; (iii) de vertraging inzake breedbandinternetpenetratie zich doorzet; (iv) de druk inzake kleinhandelsprijzen beperkt blijft en (v) de convergentiestrategie van Belgacom onmiskenbaar vruchten afwerpt op het vlak van multiple play aanbiedingen.

81. Wat de resultaten van de vergelijkende studie van het BIPT van 20 februari 2013 betreft - waaruit Belgacom het tegenbewijs meent te kunnen afleiden dat het inzake prijsniveau en prestaties op de Belgische markt in de goede richting gaat – betoogt de CRC dat deze met de nodige voorzichtigheid moeten benaderd worden.

De CRC meent dat vergelijking op basis van alleenstaand internet met de buurlanden niet relevant is en dat er meer rekening moet gehouden worden met multiplay-aanbiedingen

(conclusie CRC, randnr. 74). Niettemin stelt de CRC dat uit de studie van het BIPT te onthouden valt dat inzake alleenstaand internet de situatie in België vergelijkbaar is qua kwaliteit en prijsniveau met Nederland (conclusie CRC, randnr. 75). Verder zou de studie het groeiende succes van de multiple play aanbiedingen bevestigen: consumenten kiezen steeds meer ervoor om verschillende telecomproducten aan te kopen in een bundel bij eenzelfde operator. Inzake startaanbiedingen stelt de CRC vast dat de Franse aanbiedingen goedkoper zijn dan de Belgische.

In elk geval toont deze studie volgens de CRC aan dat de tariefplannen voor Belgische operatoren alleszins voor wat betreft multiple play met gemiddeld gebruik zich boven de prijsmediaan bevinden (randnr. 77). Dit zou eveneens het geval zijn voor wat betreft high-end aanbiedingen. Hieruit zou afgeleid moeten worden, zoals de Bestreden Beslissing stelt, dat de prijzen voor breedbandinternettoegang over het algemeen hoger liggen dan deze in de buurlanden.

Overigens stelt de CRC dat de vaststelling opgenomen in de Bestreden Beslissing dat de prijzen voor internettoegang in België over het algemeen hoger liggen dan deze gehanteerd in de buurlanden (Bestreden Beslissing, par. 296), gesteund is op meerdere objectieve bewijselementen (randnr. 78). Met name door eerdere vergelijkende studies van de OESO en Test-Aankoop en door het officiële standpunt van de Europese Commissie (Brief van de Europese Commissie van 20 juni 2011, p.12 zie stuk A. 27 gerechtelijk dossier CRC) waarin uitdrukkelijk gesteld wordt *dat de retailprijzen duidelijk hoger blijven liggen dan in de buurlanden en de mededinging van de DSL-operatoren eerder zwak blijft*.

De CRC betwist verder de indruk dat er sinds de Bestreden Beslissing sprake zou zijn van een toenadering inzake prijzen tussen België en de buurlanden omdat de studie slechts een momentopname inzake prijzen weergeeft (van 8-28 augustus 2012) en geen weergave is van een structurele evolutie op langere termijn. De CRC wijst in dit verband nog op een verhoging in 2013 van het tarief van het Comfort-pack van Belgacom met 5% (randnr. 79).

In conclusie stelt de CRC nog dat (i) zelfs indien werkelijk een structurele toenadering van de Belgische prijzen zou blijken ten aanzien van de prijzen in de buurlanden dit andere

verklaringen kan hebben dan een verlaging van de prijzen in België en dit de CRC niet zou beletten hogere ambities te koesteren nu de regulator op grond van het regelgevend kader er voor moet zorgen dat de eindgebruikers een zo goed mogelijk aanbod genieten in termen van keuze, prijs en kwaliteit van de gepresteerde diensten en dit kan niet uitsluitend worden bepaald in functie van de situatie in de buurlanden (conclusie CRC, randnr. 79) en (ii) de onvoldoende druk op de prijzen voor internettoegang slechts één van de door de Bestreden Beslissing op de kleinhandelsmarkt geïdentificeerde gebreken uitmaakt. Daarnaast zijn er het haperende internetgebruik, de hoge marktconcentratie, de aftakeling van de activiteiten van de alternatieve operatoren die geen lokaal toegangsnetwerk hebben en de negatieve impact voor de alternatieve DSL-operatoren vanwege de technologische wijzigingen die Belgacom in werking stelt op haar eigen breedbandnetwerk, die gebreken zijn van blijvende aard (conclusie CRC, randnr. 80). Met name de marktconcentratie zou elders niet zo problematisch zijn als in België. In de andere landen beschikken de alternatieve aanbieders zonder lokaal toegangsnetwerk volgens de CRC over een duidelijk hoger marktaandeel dankzij een strategie van de ontplooiing gebaseerd op de bundeling van het aansluitnetwerk. Dergelijke strategie zou in België juist worden tegengewerkt door de technologische beperkingen die in werking worden gesteld op het netwerk van Belgacom (sluiting van een aantal LEX-en).

De CRC besluit hieruit dat de vergelijkende studie gepubliceerd door het BIPT niet van aard is om de vaststelling gedaan in de Bestreden Beslissing betreffende de falende mededingingstructuur op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang in België (onder meer het beperkte aanbod voor de consument door de grote marktconcentratie en de mededingingsbelemmeringen die de alternatieve operatoren ondervinden) in vraag te stellen en zeker niet om te bevestigen - zoals Belgacom stelt - dat de markt gekenmerkt wordt door een kwalitatief aanbod tegen een aantrekkelijke prijs van meerdere aanbieders (conclusie CRC, randnr. 80-82). Het feit dat sommige vooruitzichten waarop de overheid zich heeft gebaseerd zich achteraf niet helemaal concretiseren in een bepaald geval betekent overigens nog niet automatisch dat haar analyse onjuist of incoherent zou zijn.

STANDPUNT VAN DE TUSSENKOMENDE PARTIJEN.

82. De tussenkomende partijen voeren wat dit onderdeel betreft geen additionele argumenten aan.

BEOORDELING.

83. Wat de bewijsvoering en motiveringsplicht betreft betoogt de CRC met betrekking tot aanvullende verwijzingen in conclusies naar stukken uit het administratief dossier terecht dat de regulator haar beslissing en keuzes mede kan toelichten en verdedigen op basis van alle bewijskrachtige elementen in het administratief dossier die de Bestreden Beslissing dragen.

84. De grief van Belgacom dat de CRC geen eigen analyse heeft gemaakt door bij de karakterisering van de kleinhandelsmarkt te steunen op rapporten van deskundigen en van betrokken operatoren treft geen doel nu uit de Bestreden Beslissing afdoende blijkt dat de CRC zich weliswaar bepaalde standpunten heeft eigen gemaakt die uit de betrokken documenten naar voor komen maar niettemin op grond van een eigen motivering elementen uit deze documenten als pertinent weerhoudt en andere niet en op basis van deze eigen beoordeling tot besluiten komt.

85. Wat betreft het aanwenden van geactualiseerde gegevens die niet in het administratief dossier voorkomen omdat ze dateren van na de Bestreden Beslissing stelt het hof vast dat deze noodzakelijk kunnen zijn voor het hof om te oordelen over eventuele kennelijke beoordelingsfouten in het kader van de wettelijke verplichting van de CRC om een prospectieve analyse uit te voeren. Het Hof mag de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de aangenomen beslissing hierbij in overweging nemen.

86. Belgacom kan ook niet gevolgd worden waar zij betoogt dat de loutere verwijzing naar het bestaan van een sterk geconcentreerde of oligopolistische marktstructuur met twee grote aanbieders en enkele kleinere geen afdoende bewijs kan vormen van een gebrekkige marktstructuur. De vaststelling door de CRC van de hoge en stabiele

marktaandeelen van de twee infrastructuren (samen 83 %) en de hoge marktconcentratie is een vaststelling die bezwaarlijk kan worden tegengesproken, maar zij vormt niet het enige sleutelement in de bewijsvoering door de CRC in verband met de gebrekkige marktwerking op de kleinhandelsmarkt. Ook het strategisch en groeiend belang van de multiplay-aanbiedingen op de markt en de structurele toegangsbelemmeringen die de alternatieve operatoren ondervinden op dit vlak en ten gevolge van de technologische evoluties op het ADSL-netwerk vormen een gegeven dat moeilijk kan worden betwist evenals het feit dat zij er kennelijk niet in slagen bijkomend marktaandeel te verwerven ten nadele van de aanbieders met een eigen netwerk (conclusie CRC, randnr. 40).

87. Bovenstaande elementen worden naar het oordeel van het hof afdoende ondersteund door de verwijzingen in de Bestreden Beslissing naar bewijsstukken in het administratief dossier en worden verder bevestigd door de gegevens vervat in de conclusies van de CRC.

88. Zelfs indien er redelijkerwijs betwisting kan blijven bestaan omtrent de kwalificatie van bepaalde feitelijke elementen in de karakterisering van de eindgebruikersmarkt (bvb. inzake evolutie van de breedbandpenetratie of van de prijsdruk) dan nog is het hof van oordeel dat de voornoemde sleutelementen met betrekking tot de karakterisering van de relevante eindgebruikersmarkt in de Bestreden Beslissing voldoende door pertinente stavingstukken en hierop gebaseerde redelijke afleidingen of vermoedens (die door Belgacom niet wordt weerlegd) worden gedragen en dat bijgevolg aan de vereiste bewijsstandaard is voldaan .

Het derde onderdeel van het eerste middel is ongegrond.

Vierde onderdeel: miskenning van bepaalde feitelijke gegevens en daaruit voortvloeiende manifeeste beoordelingsfout in verband met de karakterisering en de analyse van de eindgebruikersmarkt.

STANDPUNT VAN BELGACOM.

89. Belgacom stelt nog (conclusie Belgacom randnr. 34-48) dat bij de karakterisering van de eindgebruikersmarkt de CRC ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de volgende feitelijke elementen die zij essentieel acht voor een goed begrip van de marktwerking en de bestaande machtsverhoudingen:

- de hogere doorgiftesnelheden die mogelijk zijn op de kabel en waardoor de kabel een technologisch voordeel geniet ten opzichte van de DSL-infrastructuur van Belgacom;
- het bijzonder voordeel voor de kabel dat erin bestaat dat zij toegang heeft tot het groothandelsaanbod van Belgacom;
- de dalende trend van het marktaandeel voor breedbandinternettoegang gebaseerd op de DSL ten voordele van het marktaandeel van de kabel anderzijds die was vast te stellen in de periode voorafgaand aan de Bestreden Beslissing maar die zich volgens Belgacom ook nadien doorzette en verklaard wordt door de groeiende voorkeur van eindgebruikers voor bundels met meerdere diensten en voor hogere snelheden voor de doorgifte van gegevens. De CRC zou ten onrechte deze trend die ze zelf erkent niet in rekening gebracht hebben in de Bestreden Beslissing. Belgacom betwist overigens uitdrukkelijk de door de CRC gehanteerde cijfergegevens in verband met de netto-toevoegingen van lijnen voor respectievelijk Belgacom en Telenet (conclusie Belgacom landnummer 41 en 42);
- de volgens Belgacom zeer significante verschillen op regionaal niveau (wanneer men de markt afbakt op basis van de regionale dekking van de infrastructuur van de kabeloperatoren) tussen de marktaandelen en de marktmacht van respectievelijk de kabeloperatoren, Belgacom, en de alternatieve DSL-operatoren die door de CRC weliswaar erkend worden maar waar verder in de analyse van de groothandelsmarkten geen rekening zou worden mee gehouden;
- de marktleiderspositie van de kabeloperatoren inzake bundels die verband houdt met hun voordeelpositie op het vlak van de hogere doorgiftesnelheden. Door geen analyse te maken van een afzonderlijke markt voor bundels miskent de CRC dit gegeven waardoor er ook geen

sprake kan zijn van een sterke marktmacht in hoofde van Belgacom terwijl de problemen met bundels in hoofde van de DSL-operatoren uiteindelijk de oplegging van de multicastremedie motiveren (conclusie Belgacom randnr. 45);

- de sterke marktmacht van de kabeloperatoren op de markt van de doorgifte van televisiediensten. De Bestreden Beslissing bevat geen analyse van deze markt, waarop Belgacom ook niet wordt aangeduid als een operator met aanmerkelijke marktmacht in tegenstelling tot de kabeloperatoren zoals blijkt uit de Omroepbeslissingen, terwijl de Bestreden Beslissing aan Belgacom juist met betrekking tot deze markt verplichtingen oplegt (conclusie Belgacom, randnr. 46);

– de verdere op basis van bestaande tendensen voorzienbare ontwikkelingen op de kleinhandelsmarkt die wijzen in de richting van een verdere versterking van de positie van de kabeloperatoren en met name van Telenet op het vlak van netto-toevoegingen en marktaandeel. De Bestreden Beslissing bevat volgens Belgacom immers geen in concreto prospectieve analyse van de kleinhandelsmarkt behoudens een zeer summiere verwijzing naar het feit dat deze markt zonder gereguleerde aanbiedingen nog meer geconcentreerd zou zijn, terwijl iedere concrete analyse op dit vlak zou ontbreken (conclusie, randnr. 47 en 48). Volgens Belgacom had de CRC moeten nagaan hoe een en ander zich in termen van consumentenbelangen zou vertalen, gelet op het relatieve gewicht van alle relevante factoren.

BESTREDEN BESLISSING.

245. Belgacom en de kabeloperatoren beschikken over hun eigen infrastructuur. Deze infrastructures zijn grotendeels aangelegd in een tijdperk waarin zij over uitsluitende rechten beschikken en blijven vandaag nog moeilijk te dupliceren. Dat is de reden waarom de alternatieve DSL-operatoren, zoals KPN/BASE, Mobistar, Colt, Euphony, Schedom (opererend onder de merknaam "Dommel") moeten kunnen steunen op de wholesaleaanbiedingen van Belgacom – de ontbundeling van het aansluitnetwerk (via het gereguleerde referentieaanbod BRUO144), bitstream (via de gereguleerde referentieaanbiedingen BROBA en WBA VDSL2) of de doorverkoop van de Belgacom-aanbiedingen (via het niet-gereguleerde aanbod "Carrier wholesale") – om aanbiedingen te doen voor breedbandinternetdiensten op de retailmarkt. Ze

beschikken over een marktaandeel van ongeveer 8,5% op het Belgische grondgebied. (...).

254. De Belgische markt voor breedbandtoegang is over het geheel genomen verdeeld tussen Belgacom (Scarlet inbegrepen), dat een marktaandeel heeft van ongeveer 47,5% in het eerste semester van 2010 en de kabeloperatoren, wiens gezamenlijk marktaandeel ongeveer 44% bedraagt.

255. De marktaandelen van de kabeloperatoren verschillen sterk onderling.

256. Alternatieve operatoren, opererend via de wholesaleaanbiedingen op het DSL-netwerk van Belgacom en/of via alternatieve netwerken, hebben een marktaandeel van 8,5%.

264. Over het geheel genomen blijkt het volgende uit de analyse van deze geografische gegevens:

- Belgacom heeft een marktaandeel van meer dan 30% in Vlaanderen en meer dan 50% in de regio Brussel en Wallonië;*
- de aanwezigheid van de kabeloperatoren is bijzonder sterk in Vlaanderen. De kabeloperatoren zijn minder aanwezig in de andere regio's, waar de dekking van de bidirectionele kabelnetwerken minder groot is;*
- de concurrentie van de alternatieve DSL-operatoren varieert van regio tot regio maar is in zijn geheel genomen vrij beperkt (hun marktaandeel bedraagt 8% op nationaal niveau en bereikt zijn maximum in Wallonië met 14%)*

(...).

295. Er zijn aanbiedingen op de markt van alternatieve operatoren die attractiever zijn in maandelijkse gemiddelde kosten en/of zich onderscheiden met een hoger downloadvolume ten opzichte van Belgacom en de kabeloperatoren. Uit het verlies aan marktaandelen van deze alternatieve operatoren tijdens de laatste jaren blijkt echter dat vele internetgebruikers blijven opteren voor aanbiedingen van Belgacom en de kabeloperatoren. Het verlies van marktaandeel van de OLO's kan toegeschreven worden aan de sterke tendens naar het gelijktijdige aankopen van meerdere producten bij breedbandinternet, waaronder digitale televisie, bij dezelfde operator (zogenaamde 'multiple play'-aanbiedingen). Deze evolutie wordt verder besproken in het volgende hoofdstuk.

(...)

302. Uit dit overzicht blijkt het volgende:

- Zowel de kabeloperatoren, Belgacom als alternatieve operatoren opererend via het DSL-netwerk van Belgacom, bieden breedbandinternettoegang in gebundelde producten aan;*

- *Bundels met een digitale-tv-component worden echter enkel aangeboden door Belgacom en de kabeloperatoren.*

303. Alternatieve DSL-aanbieders bieden geen bundels aan met digitale televisie, op enkele uitzonderingen na:

- *Sinds maart 2010 biedt Alpha Networks bundels aan met een digitale tv-component onder de merknaam "Billi" op basis van ontbundeling van de lokale lus. Hierbij valt op te merken dat deze producten slechts in enkele gemeenten beschikbaar zijn¹⁵⁷*

- *Sinds oktober 2010 biedt ook Mobistar bundels aan met satelliettelevisie, waarbij een internetverbinding (IPTV via monocast) gebruikt wordt om video on demand en interactiviteit mogelijk te maken. en niet alle functies bieden van de digitale tv-component aangeboden door Belgacom en de kabeloperatoren (bv : geen video on demand).*

345. Ook blijkt uit intern onderzoek van meerdere alternatieve operatoren naar churn rates dat de voornaamste reden waarom klanten verhuizen naar andere operatoren, het succes van de triple-playaanbiedingen met digitale tv van Belgacom en de kabeloperatoren zijn.

4.6.6. Conclusie over de evolutie naar multiple play

Multiple play of gebundelde aanbiedingen winnen alsmaar aan populariteit: gebruikers van breedbandinternet nemen hun internetproducten steeds meer af samen met andere producten in één enkele aanbieding bij dezelfde operator. Begin 2010 neemt meer dan de helft van het aantal internetgebruikers breedbandinternet af in een gebundelde aanbieding.

Binnen deze gebundelde aanbiedingen zijn aanbiedingen met breedbandinternet en digitale televisie veruit het populairst: begin 2010 nam 44% van het aantal internetgebruikers ook digitale televisie af bij dezelfde operator. Rekening houdende met de vastgestelde ontwikkelingen en het handelsbeleid van de operatoren, kan redelijkerwijs worden verwacht dat deze trend zich tijdens de komende jaren verder zal doorzetten. Bij het aantal nieuwe klanten neemt immers meer dan de helft breedbandinternet af via een gebundelde aanbieding met digitale televisie.

Belgacom en de kabeloperatoren zijn lang de enige operatoren op de markt geweest die in staat waren multiple-playproducten met breedbandinternet en digitale televisie te verkopen. Sinds kort bieden twee alternatieve operatoren (Mobistar en Alpha Networks) ook bundels aan met digitale tv.

Gebundelde producten bieden talrijke voordelen voor operatoren: het stelt hen in staat om makkelijker klanten te verwerven, een hogere omzet per gebruiker te verkrijgen, klanten langer aan zich te binden en te profiteren van technologische convergenties.

Er zijn momenteel onvoldoende indicatoren die aantonen dat er zich een afzonderlijke markt voor bundels zal ontwikkelen tijdens de komende reguleringsperiode.256?-262-

4.7.Toekomstige tendensen op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang

363. Het BIPT voorziet een marktevolutie met de volgende voornaamste tendensen:

- Een evolutie van de vraag naar aanbiedingen met steeds hogere snelheden, wat de operatoren ertoe zou moeten aanzetten hun aanbiedingen nog aantrekkelijker te maken.*
- Een verdere evolutie van de aanbiedingen en de vraag naar producten van het type multiple play.*
- Een toenemende technologische convergentie, waarbij verschillende diensten met elkaar verbonden worden over verschillende platformen heen.*

364. Met VDSL zal het binnenkort mogelijk zijn om hogere snelheden aan te bieden – voornamelijk via bonding, waarbij vectoring bovendien ervoor zorgt dat de aangroei van het klantenbestand geen verslechtering betekent van de prestaties van de dienst. De kabel (waarbij de gebruikers de beschikbare capaciteit moeten delen) is al in staat om hoge snelheden aan te bieden maar beschikt dan weer niet over een technologie waarmee de impact van zijn toenemende succes op de performantie ervan tot een minimum kan worden beperkt (tenzij zwaar wordt geïnvesteerd in het dichter brengen van glasvezel bij de eindklant, om het aantal gebruikers per coaxsegment te beperken).

365. Het BIPT zal nauwlettend in het oog houden dat de potentiële impact van de aanbiedingen voor toegang tot mobiel internet op de aanbiedingen voor breedbandtoegang op de vaste netwerken. De toewijzing van een nieuwe mobiele 3G-vergunning en van 4G-vergunningen, zou door het effect van toegenomen concurrentie kunnen leiden tot een prijsdaling van de aanbiedingen voor mobiel internet en invloed hebben op de breedbandaanbiedingen op de vaste netwerken. Deze aanbiedingen voor mobiel internet boeken enig succes in bepaalde Europese landen (meer bepaald in Oostenrijk) en zullen zeker ook ontwikkeld worden in België. Toch zal de ontwikkeling van deze aanbiedingen, gezien de huidige stand van zaken van de mobiele-breedbandaanbiedingen in België, niet van dien aard zijn dat de conclusies van de analyse in de periode waarop deze betrekking heeft, in het gedrang komen.

366. Het BIPT vindt ook dat de commerciële uitrol van FTTH niet zal plaatsvinden binnen het tijdsbestek van de analyseperiode. Toch zal het BIPT de eventuele marktontwikkelingen ter zake aandachtig in het oog houden.

4.8.Algemene conclusie i.v.m. de retailmarkt voor breedbandinternettoegang

367. *Het BIPT vindt dat de retailmarkt voor breedbandinternettoegang bepaalde karakteristieken heeft waarmee rekening moet worden gehouden bij het onderzoek van de wholesalemarkten die stroomopwaarts van deze markt gelegen zijn, omdat ze de realisatie van de algemene doelstellingen van het regelgevingskader kunnen beïnvloeden:*

- *De retailmarkt voor breedbandinternettoegang blijft erg geconcentreerd. De eerste operator, Belgacom, controleert bijna de helft van de markt. De eerste twee operatoren (Belgacom en Telenet) controleren samen meer dan 80% van de markt.*
- *Een deel van de retailmarkt voor breedbandinternettoegang berust op gereguleerde wholesaleaanbiedingen (ontbundeling, bitstream). Er is een ernstig gevaar dat deze markt zonder gereguleerde aanbiedingen nog meer geconcentreerd zou zijn. Ze zou waarschijnlijk beperkt zijn tot de operatoren die over hun eigen infrastructuur beschikken (Belgacom en de kabeloperatoren). Deze infrastructuren zijn grotendeels aangelegd in het tijdperk waarin zij over uitsluitende rechten beschikten en blijven vandaag nog moeilijk te dupliceren.*
- *De gebundelde aanbiedingen winnen alsmaar meer populariteit, vooral aanbiedingen met daarin breedbandinternettoegang en digitale televisie. In 2010 vertegenwoordigden deze laatste 44% van het totale aantal gebruikers van breedbandinternet.*
- *De vraag evolueert naar steeds hogere bitsnelheden.*
- *De penetratiegraad van breedbandinternet is de jongste jaren in België minder gunstig geëvolueerd dan in de andere Europese landen. Tussen 2006 en 2009 is België in termen van penetratiegraad teruggezakt van de 5e naar de 9e plaats.*
- *De prijzen die worden gehanteerd op de Belgische retailmarkt voor breedbandinternet liggen hoger dan de prijzen die op de buitenlandse markten worden waargenomen, inclusief wat de gebundelde aanbiedingen betreft.*

STANDPUNT VAN DE CRC.

90. Wat betreft de uitvoerig geargumenteerde grief van Belgacom dat de CRC met een aantal specifieke factoren op de markt geen of onvoldoende rekening heeft gehouden, met name wat betreft de positie van de kabeloperatoren, stelt zij dat Belgacom geen elementen aanvoert op basis waarvan haar een kennelijke beoordelingsfout of onwettige keuze kan worden verweten.

91. Hogere doorgiftesnelheid op de kabel.

Met betrekking tot het voordeel voor de kabeloperatoren van de beweerde hogere doorgiftesnelheden op de kabel, waarnaar Belgacom verwijst, argumenteert de CRC dat in het kader van een prospectieve analyse de technische beperkingen op het netwerk van Belgacom een element uitmaakt dat niet buiten de controle van Belgacom valt en dat als deze handicap op het ogenblik van de aanneming van de Bestreden Beslissing al zou bestaan het in elk geval binnen min of meer korte termijn zal verdwijnen gelet op de investeringen van Belgacom om de snelheid en de dekking van haar netwerk verder te verhogen. De CRC verwijst naar eigen publicaties (jaarverslagen en pers-briefings) van Belgacom en Telenet (conclusie CRC, randnr. 91 en 92) en met name naar de bewering van Belgacom dat de door Telenet geafficheerde snelheden theoretische maxima zijn en dat de werkelijke snelheden die ter beschikking worden gesteld van de eindgebruikers daar een eind van verwijderd liggen.

92. Ketensubstitutie tussen verschillende snelheden.

Wat betreft de grief inzake een ontbrekende ketensubstitutieanalyse besluit de CRC in conclusie dat de Europese Commissie in het kader van de Toelichting van 2007 het bestaan van een ketensubstitutie tussen de diverse infrastructuren en snelheden heeft bevestigd (conclusie CRC, randnr. 90) en meer in het bijzonder betoogt de CRC dat er geen reden is om te twifelen aan de vaststelling gedaan in de Bestreden Beslissing (par. 233) dat er aan de vraagzijde tussen de verschillende snelheden inzake breedbandtoegang een keten van substitutie bestaat (en de betrokken aanbiedingen dus tot dezelfde markt behoren) en dat zelfs indien men zou aannemen dat dit niet het geval is voor de hoogste snelheden door de kabeloperatoren gecommercialiseerd (en die dus geen deel zouden uitmaken van de markt) de positie van Belgacom hierdoor op de markt alleen maar zou versterken en de regelgevende tussenkomst nog meer rechtvaardigen. Met andere woorden, de door Belgacom aangevoerde elementen weerleggen de Bestreden Beslissing niet inzake het bestaan van een keten van substitutie aan de vraagzijde tussen breedbandtoegangsdiens-

met verschillende snelheden en dus het besluit dat de kabeloperatoren en Belgacom deel uitmaken van eenzelfde kleinhandelsmarkt.

93. Bijzonder voordeel van de kabeloperatoren.

De CRC betwist vervolgens dat in de Bestreden Beslissing zou worden voorbijgegaan aan het concurrentieel voordeel dat de kabeloperatoren genieten omdat zij gebruik kunnen maken van de groothandels DSL- aanbiedingen van Belgacom om back-updiensten aan hun klanten aan te bieden.

De CRC verdedigt de coherentie van haar aanpak op dit vlak door het erop te wijzen dat de beslissingen van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedband markten en deze met betrekking tot televisieomroep de bedoeling hebben om een levelplaying field te creëren tussen de operatoren die beschikken over een lokaal toegangsnetwerk en de aanbieders die niet over een dergelijk netwerk beschikken (randnr. 95) maar dat geen enkele bepaling van het regelgevend kader op Europees of nationaal niveau de CRC ertoe verplicht de regulering van de breedbandmarkten volledig af te stemmen op die van de televisieomroep (conclusie CRC randnr. 94-99).

Bijgevolg kan het loutere feit dat de regelgeving op beide markten niet perfect identiek is niet als discriminatoir worden beschouwd mede gelet op de bijzondere positie van Belgacom op de markten gelinkt aan telefonie, internet en digitale televisie en het feit dat zij als enige een infrastructuur heeft die het ganse Belgische grondgebied bedekt (randnr. 96).

Overigens meent de CRC dat de mogelijkheden voor de kabeloperatoren Telenet en Publifin om voor een beperkt professioneel segment beroep te doen op het netwerk van Belgacom inzake breedbandtoegang (BROBA-lijnen) voor een back-up oplossing een uiterst beperkt voordeel opleveren en dat het concurrentieel nadeel dat Belgacom hierdoor zou lijden bij gevolg ook uiterst beperkt is (minder dan 1% van het breedband klantenbestand van Telenet). Voor het grootste deel van deze lijnen bevinden Telenet en Publifin zich in dezelfde situatie als de aanbieders van internettoegang zonder lokaal toegangsnetwerk omdat het

voornamelijk gaat om professionele abonnees die zich buiten de betreffende dekkingszones bevinden en marginaal zijn (randnr. 97).

De CRC wijst er nog op dat sinds de aanneming van de Bestreden Beslissing, Belgacom de door haar bekritiseerde asymmetrie zelf heeft benadrukt door te verzaken aan de kabeltoegang met inbegrip van internet zoals voorzien in de Omroepbeslissingen van 1 juli met betrekking tot televisiediensten (randnr. 98).

De Bestreden Beslissing is op dit punt bijgevolg noch discriminatoir noch disproportioneel ten aanzien van Belgacom.

94. Evolutie van de marktaandelen.

De CRC weerlegt verder de grief van Belgacom dat zij de verdeling van de marktaandelen op de kleinhandelsmarkt tussen DSL- operatoren en kabel niet correct heeft ingeschat en dat de Bestreden Beslissing onvoldoende rekening houdt met een trend die zich al jaren voordoet en waarbij het marktaandeel van de kabel en de aantrekkelijkheid van de kabel voor de gebruikers van bundels zou toenemen ten koste van Belgacom en de alternatieve operatoren. Wat betreft de daling van het marktaandeel van Belgacom en de toename van de marktaandelen van de kabel is de CRC van oordeel dat zij de realiteit van de verdeling van de marktaandelen (en het groter aantal netto-toevoegingen vanaf de eerste helft 2007 door de kabeloperatoren) op de kleinhandelsmarkt correct heeft ingeschat en dat voor het overige de in de Bestreden Beslissing vastgestelde tendensen (met name dat de vastgestelde toename van het marktaandeel van de kabel geen lange-termijntrend is) bevestigd worden door geactualiseerde gegevens in verband met de netto-toevoegingen van Telenet en Belgacom in 2012 en 2013. Uit de vergelijking tussen Belgacom en Telenet blijkt volgens de CRC dat in 2012, op de kleinhandelsmarkt de netto-toevoegingen van Belgacom bijna 50% hoger liggen dan die van Telenet in Vlaanderen en in Brussel (randnr. 103). Die tendens zou zich in 2013 en nadien doorzetten mede gelet op de investeringen van Belgacom met het oog op het verhogen van de transmissiesnelheden op haar netwerk.

Het minder goed presteren van Belgacom inzake alleenstaand internet zou volgens de CRC te maken hebben met de eigen strategie van Belgacom zelf waarbij klanten worden aangezet om naast internet eveneens digitale televisie te nemen vaak zonder prijstoeslag (randnr. 104).

Ook in de toekomst zou volgens de CRC Belgacom het goed moeten blijven doen dankzij de verbeteringen die ze aanbrengt op het netwerk voor zeer hoge snelheden. De leiderspositie van Belgacom op nationaal niveau zou met andere woorden niet in het gedrang komen door de interessante aanbiedingen van Telenet inzake alleenstaand internet.

95. **Regionale verschillen.**

De CRC stelt verder dat in tegenstelling tot wat Belgacom beweert de Bestreden Beslissing wel degelijk een aantal regionale verschillen inzake marktaandeelen op de kleinhandelsmarkt heeft vastgesteld maar eveneens dat Belgacom tarieven hanteert voor breedband die zijn vastgelegd op nationaal niveau en dat ook op doorverkoopniveau Belgacom geconfronteerd wordt met kopers die op het hele grondgebied actief zijn op de kleinhandelsmarkt (Bestreden Beslissing, §§ 237-239). Verder heeft de CRC zich steunend op (i) de Toelichting bij de Aanbeveling van 2007 van de Europese Commissie (§ 12) die stelt dat het feit dat concurrenten een leveringsgebied hebben dat subnationaal is, niet volstaat om te besluiten dat er onderscheiden markten zijn; (ii) de nationale prijsstrategie van Belgacom bevestigd door geactualiseerde gegevens; (iii) de vergelijkbaarheid van de dekkinggraad van beide soorten breedbandaanbiedingen voor het gehele grondgebied (iv) het feit dat de kleinhandelsmarkt voor breedbandtoegang niet is opgenomen in de lijst van markten die voor ex-ante regulering in aanmerking komen in de Aanbeveling van 2007 en (v) de verschillende bijdragen ingediend in het kader van de openbare raadpleging over het ontwerp van beslissing, ervoor geopteerd om de kleinhandelsmarkt niet geografisch af te bakenen (conclusie CRC, randnr. 106-110)).

Overigens is de CRC van oordeel dat wat de regionale variaties ook moge zijn de kleinhandelsmarkt in elk van de regio's min of meer identieke gebreken vertoont met name op het vlak van ontoereikende prijsdruk, een hapering in de groei van de markt, het groeiend succes van gebundelde aanbiedingen, de beperkte mededinging ten overstaan van operatoren met een lokaal breedbandnetwerk en de negatieve impact van de door Belgacom in werking gestelde technologische evoluties op haar netwerk voor de alternatieve operatoren die op haar netwerk een beroep doen, waardoor het noodzakelijk is de alternatieve operatoren toe te laten een sterkere concurrentiële druk uit te oefenen op de kleinhandelsmarkt (Bestreden Beslissing, § 367 en conclusie CRC, randnr. 111). De CRC meent dat deze elementen leiden tot een versterking van de marktconcentratie en tot een beperking van de keuze aangeboden aan de consumenten zodat het noodzakelijk is de alternatieve operatoren die hun toevlucht nemen tot de groothandelsaanbiedingen van Belgacom toe te laten een sterkere concurrentiële druk uit te oefenen op de kleinhandelsmarkt.

Tenslotte stelt de CRC nog rekening gehouden te hebben met geografische verschillen bij de analyse op groothandelsniveau waar het de geografische differentiatie van de toegangsverplichtingen op beide markten in overweging neemt in de Bestreden Beslissing (randnr. 112).

De CRC meent dat zij geen kennelijke beoordelingsfout heeft begaan voor wat betreft de analyse van regionale verschillen en hun impact op de gebreken die de kleinhandelsmarkt kenmerken. Haar keuze om de kleinhandelsmarkt niet geografisch af te bakenen en om de marktmacht van de individuele kabeloperatoren in hun dekkingsgebied niet te analyseren is volgens de CRC noch onwettig noch aangetast door een kennelijke beoordelingsfout.

96. Afzonderlijke markt voor bundels.

De CRC verdedigt opnieuw haar keuze in de Bestreden Beslissing om de markt voor bundels en voor televisiediensten niet als afzonderlijke markten te analyseren.

De CRC betoogt dat er in de Bestreden Beslissing een zeer volledige en uitgewerkt analyse wordt gemaakt van de evolutie naar multiple play aanbiedingen (Bestreden Beslissing, §§ 298-362). Uit deze analyse volgt dat er (i) momenteel onvoldoende indicatoren zijn om een afzonderlijke markt van bundels te weerhouden; en (ii) op het vlak van de mededingingsstructuur van het multiple-playsegment de toename van het aantal gebundelde aanbiedingen in elk geval niet heeft geleid tot een prijsdaling op de kleinhandelsmarkt voor breedbandinternettoegang en dat dit segment nog geconcentreerder is dan het segment voor alleenstaande internettoegang (conclusie CRC, randnr. 114 en 115). Volgens de CRC wordt de beweerde machtspositie van Telenet tegengesproken door geactualiseerde gegevens (2012 en 2013) waar overigens uit blijkt dat Belgacom nog steeds substantieel meer nieuwe multiple play klanten aantrekt dan Telenet. Zij baseert zich daarbij op de officiële verklaringen van beide operatoren (conclusie CRC, randnr. 116).

97. Markt voor televisiediensten.

Inzake de ontbrekende analyse van de markt voor de doorgifte van televisiediensten en waarop de kabeloperatoren over een aanmerkelijke marktmacht beschikken, verwijst de CRC naar de nauwgezette analyse die zij gemaakt heeft van de kleinhandelsmarkt voor televisieomroep die aan de basis ligt van de parallelle Omroepbeslissingen van 1 juli 2011, die door Belgacom wordt ondersteund. Beide beslissingen leggen wat de respectieve infrastructuren betreft een aanvullende verplichting op enerzijds tot toegang tot het internet (voor de kabeloperatoren) en anderzijds tot toegang tot de televisie (wat Belgacom betreft). Aldus wordt het mogelijk voor alternatieve operatoren om op beide kleinhandelsmarkten aanbiedingen te doen die internet en TV combineren (conclusie CRC, randnr. 118 en 119).

98. Prospectieve analyse.

Ten slotte meent de CRC dat haar prospectieve analyses op basis waarvan de Bestreden Beslissing mede werd genomen conform de rechtspraak gesteund is op elementen die zij kende of kon kennen op het moment van de uitwerking van de beslissing op basis van de

gepaste en redelijke onderzoeken en op hypothesen die zij redelijkerwijs kon uitwerken voor de nabije toekomst en die bevestigd worden door actuele gegevens van Belgacom zelf afkomstig. Deze elementen hebben betrekking op (i) een evolutie van de vraag naar aanbiedingen met steeds hogere snelheden; (ii) een verdere evolutie van de aanbiedingen en de vraag naar producten van het type multiple play en (iii) een toenemende technologische convergentie (Bestreden Beslissing, par. 336). Met name stelt zij ook rekening gehouden te hebben met de verwachting dat Belgacom op basis van nieuwe technologieën binnenkort in de mogelijkheid zou zijn om hogere snelheden aan te bieden (Bestreden Beslissing, par. 364) en met het feit dat de impact op de markt van de ontplooiing van FTTH-oplossingen evenals de penetratie van mobiel internet binnen de gereguleerde periode beperkt zal blijven.

Zij geeft aan verder niet in te zien wat zij concreet op prospectief vlak nog meer had moeten doen en voegt hier nog aan toe dat de regulator overeenkomstig de rechtspraak van het hof geen kwantificeerbaar bewijs moet leveren van alle punten van zijn prospectieve analyse (conclusie CRC, randnr. 120-122).

STANDPUNT VAN DE TUSSENKOMENDE PARTIJEN.

99. De tussenkomende partijen ondersteunen met name het standpunt van de CRC dat alle breedbandcapaciteiten tot dezelfde markt behoren.

100. Wat betreft de beweerde maximale snelheden op het DSL-netwerk van Belgacom verwijzen zij naar de plannen van Belgacom daterend van 2011 om haar landelijk netwerk te versterken met VDSL2-vectoring teneinde snelheden van 50 Mbps te kunnen garanderen, en naar de publiciteit die Belgacom op haar website voert. De eigen communicatie van Belgacom naar de financiële markten toe verwijst naar nog hogere maximum snelheden voor de toekomst. Dit spreekt volgens de tussenkomende partijen het standpunt van Belgacom tegen dat 30 Mbps de maximale doorgiftesnelheid zou zijn op het DSL-netwerk (conclusie Telenet, randnr. 44-50).

101. Tevens wijzen de tussenkomende partijen op een aantal karakteristieken en beperkingen van de kabelnetwerken, onder meer wat betreft het feit dat de beschikbare bandbreedte gedeeld moet worden tussen op eenzelfde netwerkknooppunt de aangesloten huishoudens waardoor de werkelijke transmissiesnelheid kan afwijken van de geafficheerde, vooral op de piekmomenten terwijl in een DSL-netwerk er tussen elk van de aangesloten huishoudens en het dichtstbijzijnde distributiepunt slechts een niet-gedeelde verbinding staat. Telenet besluit dat elk netwerk bepaalde voor- en nadelen heeft en dat geen van beide infrastructuren over beslissende concurrentiële voordelen geniet ten opzichte van de andere (conclusie Telenet, randnr. 51).

102. Overigens meent Telenet dat de voorlopige beperking van de maximumsnelheden voor Belgacom geen significant concurrentiehandicap uitmaakt vermits alle residentiële klanten en de meeste professionele klanten geen behoefte hebben aan hogere snelheden dan 30 of 50 Mbps en dat Belgacom in elk geval niet aantoont dat haar klanten omwille van deze beperking zouden overstappen naar de kabel (conclusie Telenet, randnr. 52).

103. Wat betreft de aangevoerde regionale verschillen en de bekritiseerde geografische marktafbakening, betoogt Telenet dat deze laatste op kleinhandelsniveau niet identiek hoeft te zijn met de marktafbakening op groothandelsniveau aangezien het bestaan van substituten afzonderlijk moet worden onderzocht. Wat de regionale verschillen betreft wijst Telenet er nog op dat de CRC hiermee wel degelijk heeft rekening gehouden bij de analyse van de remedies wanneer ze de vraag stelde of de aan Belgacom op te leggen verplichtingen geografisch moesten worden gesegmenteerd (zie afdeling 5.6.1.1 en 6.5.4 van de Bestreden Beslissing).

104. Overigens meent Telenet dat Belgacom niet kan gevolgd worden waar ze stelt dat wanneer zij op de kleinhandelsmarkt over geen AMM beschikt zij ook niet op de groothandelsmarkt als dominant kan beschouwd worden (conclusie Telenet randnr. 53-57).

105. Verder betwisten de tussenkomende partijen dat zij over bijzondere sterktes zouden beschikken op de kleinhandelsmarkt en stellen zij dat deze aspecten hoe dan ook niet relevant zijn voor de marktdefinitie op kleinhandelsniveau maar enkel voor de vaststelling

van een machtspositie op de groothandelsmarkt. Zij verwijzen in dit verband naar de specifieke problemen waarmee de kabel wordt geconfronteerd, het stabiele marktaandeel van Belgacom op de kleinhandelsmarkt voor internet en het groeiende succes dat Belgacom kent op de markt van de televisieomroep.

106. Publifin en Brutélé onderlijnen naast het grote marktaandeel en de unieke eigenschappen van haar netwerk nog de sterke positie die Belgacom zou hebben inzake gebundelde producten en met name wat betreft de combinatie met mobiele telefonie (quadruple play) en de hefboomeffecten waarvan Belgacom kan genieten door multiplay evenals de ruimere investeringsmogelijkheden van Belgacom door een ruimere toegang tot de kapitaalmarkt. Daartegenover staan de beperktere investeringsmogelijkheden van deze tussenkommende partijen omwille van hun beperkte financieringscapaciteit en de budgettaire beperkingen van hun publieke aandeelhouders (conclusie p. 19-26).

107. Telenet is van oordeel dat zelfs indien op kleinhandelsniveau een aparte bundelmarkt zou gedefinieerd worden en op die afzonderlijke markt zou komen vast te staan dat de kabeloperatoren over AMM beschikken, daar nog niet uit volgt dat de groothandelsmarkten inzake internettoegang door de CRC foutief zouden zijn gedefinieerd en geanalyseerd aangezien uit het eventuele bestaan van een bundelmarkt op kleinhandelsniveau niet kan worden afgeleid dat dit ook het geval is op groothandelsniveau (conclusie Telenet, randnr. 65 en 66). Overigens meent Telenet dat het geïntegreerde nationale netwerk van Belgacom juist het meest geschikt is om de alternatieve operatoren toe te laten gebundelde aanbiedingen te lanceren op de markt omdat de door de Omroepbeslissingen geboden mogelijkheden op dit punt inferieur zouden zijn: de alternatieve operatoren moeten immers met minstens vier kabeloperatoren afspraken maken om een nationaal aanbod te kunnen doen en zullen wat analoge televisie en breedband betreft dit moeten beperken tot het puur doorverkopen van de aanbiedingen van de kabeloperatoren, zonder mogelijkheid tot productdifferentiatie. Het DSL-netwerk zou alternatieve operatoren daarentegen toelaten om op basis van één overeenkomst met één netwerk een nationaal triple play aanbod te

lanceren. Telenet verwijst daarbij naar het recente aanbod van “SNOW” door KPN Groep Belgium, gebruikmakend van het netwerk van Belgacom. (conclusie Telenet, randnr. 67).

108. Tenslotte wijst Telenet nog op het feit dat Belgacom TV nu al een grotere dekking bereikt dan de digitale televisieaanbiedingen van de kabeloperatoren samen waaruit zou moeten blijken dat de kabeloperatoren geen significant voordeel genieten wat betreft gebundelde aanbiedingen met televisie (conclusie Telenet, randnr. 69).

109. Telenet besluit dat vanuit een prospectief perspectief beschouwd de twee netwerkinfrastructuren technisch en qua dekking aan elkaar gewaagd zijn zowel wat betreft breedband als digitale televisie maar dat Belgacom het best geplaatst is om te profiteren van de toenemende convergentie tussen vaste en mobiele diensten (conclusie Telenet, randnr. 74).

BEOORDELING.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

110. In wat hieraan voorafgaat (randnr. 67) heeft het hof kunnen vaststellen dat de Bestreden Beslissing in essentie berust op de wettig gemaakte beleidskeuze om in het bijzonder de alternatieve operatoren zonder eigen netwerk en die beroep doen op de DSL-groothandelsaanbiedingen van Belgacom extra mogelijkheden te geven om op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang concurrentiëler te worden, teneinde in het belang van de consument aldus te remediëren aan de negatieve gevolgen van een sterk geconcentreerde marktstructuur en gebrekkige marktwerking. Deze doelstelling houdt rekening enerzijds met het feit dat de toekomstkansen voor de ontwikkeling van alternatieve netwerken op basis van BRUO-aanbod van Belgacom (ontbundeling van een lokaal netwerk) worden belemmerd door de voorgenomen sluiting door Belgacom van een aantal LEX-en en anderzijds met het feit dat de alternatieve operatoren die een beroep doen op het DSL-groothandelsaanbod in hun concurrentiemogelijkheden gehinderd worden door het feit dat zij geen gebundelde aanbiedingen van internet en digitale televisie kunnen formuleren.

111. Wat de detailkritieken betreft van Belgacom met betrekking tot het middel dat essentiële elementen ontbreken in de karakterisering van de kleinhandelsmarkt voor internettoegang dient te worden opgemerkt dat deze in het licht van het voorgaande (randnr. 110) slechts pertinent zijn in zoverre zij de weerhouden assumpties van de CRC in verband met de gebrekkige marktstructuur of marktwerking kunnen weerleggen. Met andere woorden voor zover aan de CRC een zodanige beoordelingsfout in dit verband kan worden verweten dat de door haar aangenomen assumpties hun grondslag of draagkracht verliezen.

In het licht van het voorgaande is de grief van Belgacom met betrekking tot de elementen die door de CRC al dan niet werden weerhouden bij de karakterisering van de kleinhandelsmarkt niet relevant in de mate dat zij de bovenstaande vaststellingen aangaande de mededingingspositie van de alternatieve operatoren zonder eigen netwerk niet kennelijk tegenspreken. Het betreft met name alle elementen die er op gericht zijn de beweerde sterke positie van de kabeloperatoren in het licht te stellen.

112. Voor zover de grieven van Belgacom betrekking hebben op de karakterisering van de positie van de kabeloperatoren op de markt en de vraag naar de geografische afbakening ervan op grond van het dekkingsgebied van de kabeloperatoren kunnen deze immers geen doel treffen nu ze als dusdanig niet pertinent zijn voor wat betreft de verhoudingen tussen Belgacom en de alternatieve DSL-operatoren op de markt inzake internettoegang waarop de CRC focust. Hetzelfde geldt met betrekking tot het niet in aanmerking nemen van de bijzondere positie van de kabel op de markten inzake televisieomroep en gebundelde aanbiedingen.

113. Voor zover de grief van Belgacom betrekking heeft op de karakterisering van de markt voor internettoegang als dusdanig toont zij geenszins aan zelf onderhevig te zijn aan enige daadwerkelijk concurrentiële druk vanwege operatoren die niet over een lokaal aansluitnetwerk beschikken, wat juist een van de fundamentele assumpties is van de Bestreden Beslissing.

114. Ook al gaat er vanuit deze concurrerende infrastructuur van individuele kabeloperatoren een prijsdruk uit ten aanzien van Belgacom, dan nog volgt daar niet uit dat Belgacom onderhevig is aan enige prijsdruk vanwege de alternatieve DSL- operatoren die met door de CRC vastgestelde concurrentiële handicaps ten aanzien van Belgacom te kampen hebben. Het door Belgacom benadrukte gegeven dat de alternatieve DSL- operatoren ook onderhevig zijn aan concurrentiedruk vanwege de kabel doet overigens geen afbreuk aan het feit dat deze operatoren ook in hun strijd met de kabel gehandicapt worden door de beperkingen van het Belgacom groothandelsaanbod met name op het punt van de gebundelde aanbiedingen.

115. Het is ook niet omdat kabeloperatoren over een aantal concurrentievoordelen zouden beschikken ten aanzien van Belgacom bijvoorbeeld op het vlak van hoge internetsnelheden, hun marktaandeelen op de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang geleidelijk aan zouden zien stijgen in vergelijking met het marktaandeel van Belgacom, in hun eigen dekkingsgebied (Telenet) over een groter marktaandeel zouden beschikken dan Belgacom en op het vlak van alleenstaand internet relatief gesproken sterker vooruitgaan wat betreft netto-toevoegingen dan Belgacom, dat de vaststellingen van de CRC betreffende de sterk geconcentreerde marktstructuur en de zwakke positie van de alternatieve operatoren zonder eigen aansluitingsnetwerk en hun afhankelijkheid ten aanzien van Belgacom gekenmerkt zouden zijn door een kennelijke beoordelingsfout.

Zelfs indien mag aangenomen worden dat de toegenomen concurrentie op het vlak van internetsnelheid en het groeiende marktaandeel vanwege de kabel geleid hebben tot kwalitatieve verbeteringen voor de consument en tot een grotere prijsdruk voor bepaalde segmenten op de eindgebruikersmarkt (basisaanbod), betekent dit nog niet dat de CRC haar beslissing om de alternatieve DSL- operatoren ruimere mogelijkheden tot mededinging te verschaffen niet afdoende verantwoordt op basis van de actuele marktomstandigheden en voorzienbare ontwikkelingen of onverenigbaar zou zijn met de toepasselijke wetgeving.

116. Belgacom slaagt er overigens ook niet in om aannemelijk te maken dat bij afwezigheid van alternatieve operatoren de sterk geconcentreerde marktstructuur (quasi-

duopolie van Belgacom en de kabel) van aard is een kwalitatief voldoende hoogstaand en prijsgunstig aanbod aan de eindgebruikers te garanderen.

Belgacom betwist ook niet de zwakke positie van deze alternatieve operatoren, noch het feit dat zij zich op de markt van de bundels in een nadelige positie bevinden ten aanzien van Belgacom. Het feit dat Belgacom ten aanzien van één van hen (KPN het aanbod SNOW) toegang tot televisiediensten verleent, impliceert nog niet dat deze toegangsbelemmering voor de overige operatoren niet zou bestaan.

117. Om de bovenstaande assumpties aangaande de kleinhandelsmarkt wettig te kunnen maken ten aanzien van de beperkingen waaraan de alternatieve operatoren zijn onderworpen is het niet noodzakelijk voor de CRC om een aparte markt voor bundels of voor televisiediensten te definiëren en te analyseren.

118. Nu de concentratiegraad kennelijk hoog is ongeacht de weerhouden regio en ook de mededingingshandicaps van de operatoren zonder netwerk op gans het grondgebied gelden, is het segmenteren van de geografische eindgebruikersmarkt overeenkomstig het dekkinggebied van de kabeloperatoren zoals Belgacom vraagt, evenmin pertinent om bovenstaande assumpties te weerleggen. Het feit dat de respectieve marktaandeelen van de operatoren per regio kunnen variëren doet aan het voorgaande geen afbreuk. De mededinging uitgaande van de alternatieve operatoren blijft beperkt.

119. Het feit dat de kabeloperatoren gebruik kunnen maken van de groothandelsaanbiedingen van Belgacom voor een back-up oplossing voor professionele internetklanten doet evenmin afbreuk aan de zwakke positie van de alternatieve operatoren. In zover Belgacom op dit punt een discriminatie inroept die de nietigheid van de betreffende beslissing met zich mee zou brengen, dient vastgesteld dat de Bestreden Beslissing niet tot de kabeloperatoren is gericht en dat dit middel bijgevolg enkel pertinent zou kunnen aangevoerd worden tegen de relevante beslissing die een gelijkaardige toegang aan Belgacom zou weigeren.

120. Dat de kabeloperatoren al dan niet tijdelijk van bepaalde voordelen zouden genieten ten opzichte van Belgacom, bijvoorbeeld op het vlak van hoge doorgiftesnelheden, neemt niet weg dat de alternatieve operatoren zonder de voorgestelde toegangsregulering geconfronteerd blijven met een concurrentieel handicap die het gevolg is van het feit dat zij geen structurele toegang hebben tot de TV signalen die Belgacom over het eigen netwerk verspreidt. Een handicap dat hen uiteraard ook hindert in hun concurrentie met de kabeloperatoren.

121. Het concurrentiële belang voor de alternatieve operatoren van de mogelijkheid om bundels aan te bieden aan de eindgebruikers met daarin TV naast internet kan naar het oordeel van het hof bezwaarlijk worden betwist nu uit de voorliggende gegevens ontegensprekelijk blijkt dat Belgacom zelf vooral inzet op een convergentiestrategie tussen haar verschillende producten waardoor volgens Belgacom zelf het klantenverloop wordt beperkt en de inkomsten per klant toenemen (verwijzingen in voetnoten 175, 176 en 181 in de conclusie van de CRC met verwijzing naar een transcript van een conference call van Belgacom betreffende de resultaten van 29 juli 2011 en van 26 oktober 2012 en naar het verslag van Belgacom met betrekking tot de jaarresultaten van 2012: zie resp. stukken B. 12, B. 18 en B. 14) en op het vlak van gebundelde producten sterker vooruitgang boekt dan inzake alleenstaand internet (zie conclusie CRC, tabel pagina 64). Hoewel Belgacom de precieze cijfers inzake marktaandeel en netto-toevoegingen gepresenteerd door de CRC op dit vlak betwist, spreekt zij de bovenstaande algemene tendens en conclusie in deze zin niet tegen.

122. Er bestaat dan ook geen noodzaak voor het hof om de verschillende argumenten die in dit onderdeel door Belgacom worden aangevoerd afzonderlijk op hun merites te beoordelen. Zij zijn niet van aard afbreuk te doen aan de karakterisering van de kleinhandelsmarkt en met name de belemmeringen waaraan de alternatieve operatoren onderhevig zijn.

Het vierde onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

Besluit aangaande het eerste middel.

Het hof is van oordeel dat gelet op het voorgaande de grief van Belgacom dat de Bestreden Beslissing berust op een methodologisch foutieve, feitelijk ontoereikende en onbewezen karakterisering van de kleinhandelsmarkt die aanleiding geeft tot een asymmetrische regulering, in het algemeen gesproken niet kan worden aangenomen.

Er is geen sprake van kennelijke beoordelingsfouten.

Hieruit vloeit voort dat het eerste middel dient te worden verworpen.

B. Tweede middel betreffende de definitie van de groothandelsmarkten.

Eerste onderdeel: met betrekking tot de methodologische aspecten van de definitie van de relevante groothandelsmarkten.

STANDPUNT VAN BELGACOM.

(a) uitgangspunt van de marktdefinitie op groothandelsniveau.

123. Belgacom betoogt vooreerst dat de Bestreden Beslissing - in strijd met het basisprincipe dat de geanalyseerde groothandelsmarkt verbonden moet zijn met de relevante eindgebruikersmarkt inclusief op het vlak van de marktdefinitie - niet de eindgebruikersmarkt maar wel de gereguleerde aanbiedingen van Belgacom als uitgangspunt neemt voor de definitie van de relevante groothandelsmarkten 4 en 5.

Zij verwijt de CRC meer in het bijzonder dat door het loskoppelen van de groothandels- en de eindgebruikersmarkten het onmogelijk wordt om de marktmacht van de kabelinfrastructuur te onderzoeken in relatie tot de relevant geachte eindgebruikersmarkt. Aan het algemeen aanvaarde beginsel dat de groothandelsmarkten moeten gedefinieerd worden vertrekkende vanuit de relevante eindgebruikersmarkt bewijst de CRC volgens haar in de Bestreden Beslissing bijgevolg enkel lippendienst terwijl een inhoudelijk analyse volgens Belgacom toelaat vast te stellen dat dit uitgangspunt (twee elkaar beconcurrerende infrastructuren op de kleinhandelsmarkt) op groothandelsniveau verlaten wordt. Volgens Belgacom zou de CRC zich in dit verband ten onrechte verschuilen achter de rechtspraak van

het hof dat een analyse die uitgaat van een product dat door *ex ante* regulering gemodelleerd is niet noodzakelijk ongeldig hoeft te zijn voor zover met alle relevante parameters wordt rekening gehouden, wat *in casu* trouwens niet het geval zou zijn (conclusie Belgacom, randnr. 62).

Zij stelt met verwijzing naar de Toelichting bij de Aanbeveling van 2007 (p. 6) dat de CRC de relevante groothandelsmarkten had moeten “afleiden” van de relevante kleinhandelsmarkt:

Having defined retail markets, which are markets involving the supply and demand of end-users, it is then appropriate to identify the corresponding wholesale markets which are markets involving the demand and supply of products to a third party wishing to supply end-users.

(vrije vertaling door het hof: eens de kleinhandelsmarkten gedefinieerd werden, zijnde de markten die de vraag en het aanbod ten aanzien van de eindgebruikers betreffen, is het vervolgens gepast om de overeenstemmende groothandelsmarkten te definiëren, die markten zijn die de vraag en het aanbod betreffen ten aanzien van derde partijen die aan eindgebruikers wensen te leveren).

(b) methodologische beginselen in verband met de definitie der groothandelsmarkten.

124. Verder voert Belgacom aan dat de definitie van de groothandelsmarkten door de CRC de beginselen waarmee bij de definitie van relevante markten rekening moet gehouden worden miskent, met name (conclusie Belgacom, randnr. 51):

(i) het beginsel van de technologische neutraliteit omdat de kabelinfrastructuur niet in aanmerking werd genomen;

(ii) het prospectief karakter van de analyse omdat er geen rekening werd gehouden met technologische evoluties op het vlak van de mogelijkheid van ontbundeling of bitstream access via de kabelnetwerken;

(iii) de modified greenfield benadering, doordat aldus elke opheffing van de bestaande regulering wordt uitgesloten.

Zij licht dit als volgt toe.

Door de verschillende concurrerende infrastructuren (DSL en kabel) niet op te nemen in eenzelfde relevante markt en evenmin een analyse door te voeren van de verschillende concurrerende infrastructuren in het kader van een afzonderlijke groothandelsmarkt, wordt volgens Belgacom het beginsel van de technologische neutraliteit kennelijk miskend en wordt geen rekening gehouden met de specifieke infrastructuursituatie van deze markten in België in vergelijking met de andere Europese lidstaten (waar de kabel doorgaans minder sterk staat). Aan dit gebrek wordt volgens Belgacom niet tegemoet gekomen door het feit dat a priori geen enkel netwerk wordt uitgesloten uit de substitutie-analyse van de CRC (conclusie Belgacom, randnr. 57).

Volgens Belgacom miskent de CRC op kennelijke wijze eveneens het beginsel van de prospectieve aard van de substitutie-analyse. Met name door de bestaande gereguleerde producten van Belgacom als uitgangspunt te nemen van de marktdefinitie op groothandelsniveau komt de CRC eveneens tekort aan dit beginsel dat vereist dat ook in het stadium van de marktdefinitie toekomstige redelijk voorzienbare marktevoluties ten volle in rekening worden gebracht. Met name zou de CRC evoluties en tendensen op de kleinhandelsmarkt voor breedband internettoegang slechts summier hebben onderzocht en geen rekening hebben gehouden met het feit dat de kabeloperatoren met name wat betreft de ontwikkelingen inzake hogere snelheden een duidelijke voorsprong hebben en zullen behouden op Belgacom (conclusie Belgacom, randnr. 58 en 59).

Belgacom meent dat de aanpak van de CRC met betrekking tot de marktdefinitie op groothandelsniveau eveneens een inbreuk maakt op de vereiste *greenfield* benadering die ook zou moeten toegepast worden op het niveau van de marktdefinitie en moet toelaten om bestaande regulering in vraag te stellen zeker wanneer de resultaten daarvan onvoldoende worden geacht door de CRC zelf. Door geen test van het type “counterfactual” door te voeren zou de CRC haar analyse volledig vastgeklikt hebben aan de bestaande regulering zodat er geen ruimte bestond om de marktwerking te onderzoeken bij afwezigheid van de regulering. Met andere woorden de CRC had - zeker nu de bestaande regulering volgens de CRC haar beoogde doelstellingen blijkbaar niet bereikt - moeten

nagaan wat nu eigenlijk de nuttige werking, de effectiviteit van de bestaande *ex ante* regulering is in plaats van deze zonder meer te bevestigen en nog uit te breiden.

(c) afwezigheid van een marktdefinitie waarin de kabel kan worden opgenomen.

125. Tenslotte meent Belgacom dat de Bestreden Beslissing geen enkele definitie bevat van een of meerdere relevante stroomopwaartse groothandelsmarkten die verticaal verbonden zijn met de relevante kleinhandelsmarkt en waarin de kabel kan worden ondergebracht.

Indien de kabelinfrastructuur op basis van een substitutie-analyse niet werd opgenomen in de definitie van de groothandelsmarkten 4 en 5, had de CRC volgens Belgacom minstens een afzonderlijke markt moeten definiëren met betrekking tot internettoegang op groothandelsniveau via de kabel.

Belgacom stelt dat de CRC bijgevolg niet voldaan heeft aan de verplichting om alle met de kleinhandelsmarkt verticaal verbonden groothandelsmarkten te definiëren daar moeilijk ontkend kan worden dat wanneer de als relevant weerhouden eindgebruikersmarkt zowel kabel als DSL omvat, de kabel ook een verticaal verbonden markt uitmaakt in dezelfde mate als dat voor DSL het geval is (conclusie Belgacom, randnr. 54).

Belgacom meent met andere woorden dat de definitie van de groothandelsmarkten die van de kleinhandelsmarkt moet weerspiegelen.

Belgacom spreekt in dit verband van een asymmetrische breedbandregulering en van een discriminatoire behandeling waarbij de kabeloperatoren onterecht buiten schot blijven hoewel het:

(i) technisch mogelijk is om bepaalde groothandelsdiensten voor breedbandtoegang via de kabelnetwerken te leveren, zoals blijkt uit voorbeelden van andere landen waar dergelijke diensten bestaan en;

(ii) er ook een vraag zou bestaan die evenwel door de CRC niet verder werd onderzocht. Het bestaan van deze vraag zou met name blijken uit de Omroepbeslissingen van 1 juni 2011 en

in het bijzonder uit de bijdragen van diverse operatoren die zich in het betreffende administratief dossier bevinden (zie voetnoot 168, conclusie Belgacom).

De parallelle regulering in het kader van de Omroepbeslissingen zou aan dit gebrek volgens Belgacom niet verhelpen omdat in dat kader evenmin een analyse is gemaakt van een groothandelsmarkt voor breedbanddiensten maar enkel voor de televisieomroep.

Belgacom verwijt de CRC tenslotte in de Bestreden Beslissing geen motivering te verschaffen omtrent de vraag waarom er uiteindelijk niet werd gekeken naar een afzonderlijke groothandelsmarkt voor diensten gebaseerd op de kabelnetwerken.

BESTREDEN BESLISSING.

De relevante methodologische overwegingen en conclusies in verband met de identificatie en definitie van de met de kleinhandelsmarkt verticaal verbonden groothandelsmarkten luiden als volgt:

5. Na de stroomafwaarts gelegen retailmarkt voor breedbandinternet te hebben gedefinieerd, gaat dit besluit over de twee daarbij horende wholesalemarkten die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen volgens de Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen³:

- (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie, markt 4 in de aanbeveling van 2007, hierna "de markt voor de levering van fysieke toegang tot netwerkinfrastructuur";*
- wholesalebreedbandtoegang, markt 5 in de aanbeveling van 2007.*

108. Net als bij haar vorige aanbeveling betreffende de relevante markten (2003) heeft de Commissie de wholesale-elementen onderzocht die nodig zijn voor de levering van breedbandtoegangsdiensten op de retailmarkt en heeft ze dus twee wholesalemarkten geïdentificeerd die rechtstreeks verband houden met de levering van deze diensten: de markt voor (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief

gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie en de markt voor wholesalebreedbandtoegang.

118. Rekening houdende met deze elementen is de regulator op zich geenszins verplicht om een volledige analyse te maken van de retailmarkt (bijvoorbeeld een analyse die erop gericht zou zijn de eventuele aanwezigheid van ondernemingen met een sterke machtspositie op deze retailmarkt te bepalen), hoewel het inderdaad voor het vervolg van de analyse van de betrokken wholesalemarkten nuttig en belangrijk is om de perimeter te definiëren van de retailmarkt. Het is daarom de taak van de NRI om de mate te bepalen waarin de stroomafwaartse retailmarkt moet worden onderzocht, rekening houdende met de banden tussen deze stroomafwaartse markt en de stroomopwaartse markten die het voorwerp zijn van deze analyse. De praktijken van de NRI wat betreft het rekening houden met de retailmarkt voor breedbandtoegang zijn overigens niet eenvormig.

129. Het hof van Brussel heeft ook geoordeeld dat het de taak was van het BIPT (in dit geval in het kader van de analyse van markt 12 , stroomafwaarts van markt 11), "alvorens te beslissen tot het onveranderde behoud van de regulering, met name na te gaan (i) of Belgacom nog over een SMP-positie zou beschikken op markt 12 na de ontwikkeling van de aanbiedingen die men kan verwachten van de regulering die wordt opgelegd op de stroomopwaartse markt (de ontbinding) en (ii) of een aanpassing van relevante elementen van de regulering van markt 12 het niet mogelijk zou maken de voorwaarden te verbeteren voor een meer efficiënte ontwikkeling van concurrerende aanbiedingen op de relevante markt of op de retailmarkt". (vrije vertaling)

130. Ten slotte heeft het hof ook geoordeeld dat "de gewijzigde greenfield-benadering die door de Commissie wordt aangeprezen, waarschuwt tegen het risico om een stroomopwaartse markt te dereguleren (waar hypothetisch gesproken de concurrentie faalt) wegens het feit dat de concurrentiesituatie beter is op de stroomafwaartse markt, terwijl de concurrentiesituatie net toe te schrijven is aan de regulering stroomopwaarts. De gewijzigde greenfield-benadering veronderstelt dus een zeker verschil tussen de concurrentiesituatie op de stroomopwaartse en de stroomafwaartse markten. Ten slotte is de zwakke invloed van de regulering van de stroomopwaartse markt op de stroomafwaartse markt geen rechtvaardiging om deze in te trekken wanneer er redelijkerwijs een werkelijke impact mag worden verwacht binnen het tijdsbestek van het besluit."

165. De waardeketen die de relaties tussen de wholesale- en de retailmarkten vertegenwoordigt in de context van de breedbandtoegangsdiensdiensten wordt weergegeven in figuur 4.1. Zoals weergegeven in deze figuur is de retailmarkt voor breedbandinternettoegang een onderliggende retailmarkt van de stroomopwaarts gelegen groothandelsmarkten voor fysieke toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (markt 4) en wholesalebreedbandtoegang (markt 5).

363. Het BIPT voorziet een marktevolutie met de volgende voornaamste tendensen:

- *Een evolutie van de vraag naar aanbiedingen met steeds hogere snelheden, wat de operatoren ertoe zou moeten aanzetten hun aanbiedingen nog aantrekkelijker te maken.*
- *Een verdere evolutie van de aanbiedingen en de vraag naar producten van het type multiple play.*
- *Een toenemende technologische convergentie, waarbij verschillende diensten met elkaar verbonden worden over verschillende platformen heen.*

364. Met VDSL zal het binnenkort mogelijk zijn om hogere snelheden aan te bieden – voornamelijk via bonding, waarbij vectoring bovendien ervoor zorgt dat de aangroei van het klantenbestand geen verslechtering betekent van de prestaties van de dienst. De kabel (waarbij de gebruikers de beschikbare capaciteit moeten delen) is al in staat om hoge snelheden aan te bieden maar beschikt dan weer niet over een technologie waarmee de impact van zijn toenemende succes op de performantie ervan tot een minimum kan worden beperkt (tenzij zwaar wordt geïnvesteerd in het dichter brengen van glasvezel bij de eindklant, om het aantal gebruikers per coaxsegment te beperken).

365. Het BIPT zal nauwlettend in het oog houden dat de potentiële impact van de aanbiedingen voor toegang tot mobiel internet op de aanbiedingen voor breedbandtoegang op de vaste netwerken. De toewijzing van een nieuwe mobiele 3G-vergunning en van 4G-vergunningen, zou door het effect van toegenomen concurrentie kunnen leiden tot een prijsdaling van de aanbiedingen voor mobiel internet en invloed hebben op de breedbandaanbiedingen op de vaste netwerken. Deze aanbiedingen voor mobiel internet boeken enig succes in bepaalde Europese landen (meer bepaald in Oostenrijk) en zullen zeker ook ontwikkeld worden in België. Toch zal de ontwikkeling van deze aanbiedingen, gezien de huidige stand van zaken van de mobiele-breedbandaanbiedingen in België, niet van dien aard zijn dat de conclusies van de analyse in de periode waarop deze betrekking heeft, in het gedrang komen.

366. Het BIPT vindt ook dat de commerciële uitrol van FTTH niet zal plaatsvinden binnen het tijdsbestek van de analyseperiode. Toch zal het BIPT de eventuele marktontwikkelingen ter zake aandachtig in het oog houden.

424. In de aanbeveling van 2007 verwijst de Commissie dus niet langer naar enkel de koperen aansluitnetten en subaansluitnetten om deze markt voor ontbundelde toegang af te bakenen. De aanbeveling van 2007 beoogt nu ruimer de "(Fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau" (namelijk alle relevante passieve en fysieke infrastructuur om de abonnee te bereiken).

437. Zoals hierboven vermeld, verwijst de aanbeveling niet langer naar enkel de koperen aansluitnetten en subaansluitnetten om de markt voor ontbundelde toegang af te bakenen. Deze verruimde definitie van de markt voor ontbundelde toegang impliceert echter niet noodzakelijk dat de kabel opgenomen wordt in de marktdefinitie. De Commissie merkt in haar toelichting bij de aanbeveling van 2007 integendeel op dat de ontbundeling van de kabelnetwerken momenteel noch technologisch mogelijk noch

economisch haalbaar lijkt. Een dienst die substitueerbaar is met de ontbundeling van het aansluitnet kan volgens de Europese Commissie niet worden geleverd op de kabelnetwerken²¹⁶.

445. Op de retailmarkten is besloten dat er substitueerbaarheid bestaat tussen de elektronische-communicatiediensten die op het telefoonnet en op de kabelnetten kunnen worden verstrekt. De vraag rijst dus of die vraagsubstitueerbaarheid ook te vinden is op de upstream markt van de ontbundelde toegang. Er is op dit ogenblik echter geen door de kabelnetwerkexploitanten aangeboden wholesaleproduct waarop internettoegangaanbieders zouden kunnen overschakelen bij een kleine maar significante duurzame verhoging van de prijs van de ontbundeling. Derhalve kan er geponeerd worden dat er onder de huidige marktomstandigheden geen sprake is van eigenlijke vraagsubstitueerbaarheid.

446. Men kan de vraag stellen of die aanbieders zouden overstappen op een hypothetische aanbieding indien die bestaat.

450. Uit het bovenstaande concludeert het BIPT dat er geen vraagsubstitueerbaarheid is.

451. Aangezien er op de kabel geen concurrerend aanbod bestaat, beoordeelt het BIPT hieronder de haalbaarheid en de waarschijnlijkheid dat de kabeloperatoren binnen een korte termijn de markt betreden na een kleine, maar significante, duurzame prijsverhoging.

454. Daarom is het BIPT van oordeel dat bij een kleine, maar duurzame verhoging van de prijzen voor ontbundelde toegang, een kabeloperator op korte tijd geen aanbod kan doen dat gelijkwaardig is aan dat van Belgacom. Er is dus geen aanbodssubstitutie.

470. Op basis van deze vaststellingen (...) besluit het BIPT dat er geen daadwerkelijke indirecte druk is van de kabeloperatoren op de wholesalemarkt voor toegang tot het aansluitnetwerk en dat het niet gerechtvaardigd is om de eigen levering van de kabeloperatoren in deze markt op te nemen.

Het BIPT is van oordeel dat de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk niet de kabelnetwerken omvat.

888. Op de retailmarkten bestaat er substitueerbaarheid tussen de verschillende diensten die tegelijk op het telefoonnet en op de kabelnetten geleverd worden (met name voor de breedbandtoegangsdiensten of de diensten voor toegang tot het telefoonnet). Er moet worden onderzocht of die substitueerbaarheid ook te vinden is op de wholesalemarkt voor toegang tot binair debiet.

893. Het is aan het BIPT om na te gaan in welke mate de conclusies van de Europese Commissie die luiden dat er geen rechtstreekse substitutie bestaat tussen de wholesaleaanbiedingen voor toegang via kabelnetten en via het DSL-netwerk stand houden in het licht van de specifieke kenmerken van de Belgische markt tijdens deze tweede analyseronde.

902. Het BIPT besluit dus dat er geen substitueerbaarheid is aan de vraagzijde tussen de toegang tot een binair debiet op telefoonnetwerken en de levering van een gelijkwaardig aanbod op kabelnetten.

907. Het BIPT meent dat het niet erg waarschijnlijk is dat de kabeloperatoren zullen toetreden tot de bitstreammarkt in geval van een lichte maar duurzame stijging van de prijzen voor toegang via BROBA/WBA in België in de loop van deze analyseperiode en dat er bijgevolg geen voldoende directe druk is wat betreft de levering en tarieven voor BROBA/WBA-toegang.

939. Het BIPT besluit dus dat er geen daadwerkelijke indirecte druk is van de kabeloperatoren op de wholesalemarkt voor breedband en dat het niet gerechtvaardigd is om de eigen levering van de kabeloperatoren in deze markt op te nemen.

Het BIPT is van oordeel dat de markt voor toegang tot binair debiet niet de kabelnetten omvat.

STANDPUNT VAN DE CRC.

126. De CRC betoogt vooreerst dat haar methodologische benadering bij het bepalen van de perimeter van de groothandelsmarkten in overeenstemming is met de beginselen van het mededingingsrecht en perfect in lijn ligt met het regelgevende kader en met de rechtspraak van het hof. Zij herinnert er aan dat de Europese Commissie de voorgestelde definities evenmin heeft afgekeurd (conclusie CRC, randnr. 125 en 126).

(a) uitgangspunt van de definitie en analyse der groothandelsmarkten.

127. De CRC acht de grief van Belgacom dat de groothandelsmarkten niet meer zouden verbonden zijn met de relevante kleinhandelsmarkt ongegrond. Zij stelt op basis van haar onderzoek, conform de beginselen van het mededingingsrecht, geconcludeerd te hebben dat de veronderstelde groothandelsprestaties geleverd op de breedbandinfrastructuur van de kabeloperatoren niet voldoende substitueerbaar zouden zijn met de groothandelsproducten van Belgacom, zodat deze niet vallen onder de perimeter van markt 4 of 5.

(b) methodologische principes.

128. Overigens meent zij dat de door Belgacom geformuleerde aanvoeringen aangaande de beginselen met betrekking tot de band tussen de groothandels- en kleinhandelsmarkt, de technologische neutraliteit, het prospectief karakter van de analyse en de *greenfield* benadering, er niet toe leiden dat de CRC verplicht zou zijn de eigen leveringen van de kabel op te nemen in een afzonderlijke groothandelsmarkt in de Bestreden Beslissing.

(c) niet in aanmerking nemen van de eigen levering van de kabel.

129. De CRC zou bovendien tegemoet gekomen zijn aan de vraag van het hof om toe te lichten waarom geen groothandelsmarkt voor de kabeltoegang wordt gedefinieerd door middel van de parallelle Omroepbeslissingen waarbij een verplichting wordt opgelegd inzake toegang tot een internetdoorverkoop aanbod als aanvulling op de toegang tot het digitale televisieplatform (conclusie CRC, randnr. 129 en 130).

130. In dit verband stelt de CRC nog dat in elk geval de geldigheid van de Bestreden Beslissing niet wordt ondermijnd door de afwezigheid van een groothandelsmarkt voor de kabel aangezien dit desgevallend het voorwerp zou moeten uitmaken van een afzonderlijke beslissing.

Zij betwist ten slotte nog de terloops geformuleerde grief van Belgacom dat de huidige marktanalyse laattijdig zou zijn.

STANDPUNT VAN DE TUSSENKOMENDE PARTIJEN.**(a) uitgangspunt van de marktdefinitie op groothandelsniveau.**

131. Telenet wijst erop dat de regulator niet verplicht is om andere markten te analyseren dan deze die zijn opgenomen in de lijst van Aanbeveling 2007 en dat het hof zich in dit verband niet kan inlaten met de beoordeling van de regulator over het bestaan van andere groothandelsmarkten waar de kabel wel deel van zou uitmaken (conclusie Telenet, randnr. 81). Overigens betoogt Telenet dat zelfs indien de kabel tot dezelfde groothandelsmarkt zou

gerekend worden als de DSL-infrastructuur, hoegenaamd niet vaststaat dat de conclusie van de CRC met betrekking tot de marktmacht van Belgacom verschillend zou zijn (conclusie Telenet, randnr. 52).

Telenet stelt vast dat de substitutie-analyse tussen DSL en de kabel wel degelijk werd uitgevoerd bij de afbakening van de relevante markten 4 en 5, zodat niet kan gesteld worden dat de CRC vertrokken is van de louter gereguleerde groothandelsdiensten maar alle alternatieven op groothandelsniveau in overweging heeft genomen, waaronder ook de hypothetische groothandelsdiensten op de kabelinfrastructuur (eigen leveringen), gelet op de substitueerbaarheid van beide netwerken op retailniveau (conclusie Telenet, randnr. 91 en 92).

Telenet betwist verder het beginsel dat de definitie van de groothandelsmarkten van deze van de kleinhandelsmarkt zou moeten worden afgeleid. Deze definitie dient veeleer te gebeuren op basis van een onderzoek naar de vraag- en aanbodsubstitutie met betrekking tot de inputs die alternatieve operatoren nodig hebben om daadwerkelijk te kunnen concurreren op retailniveau (conclusie Telenet, randnr. 93-95).

(b) methodologische beginselen in verband met de definitie der groothandelsmarkten.

132. Volgens Telenet heeft de Bestreden Beslissing het beginsel van de technologische neutraliteit in het kader van de vereiste substitutie-analyse gerespecteerd en werd bij de marktabakening ook rekening gehouden met toekomstige evoluties op het niveau van de toegangsnetwerken en de mogelijke impact ervan op de toegangsdiensten die in aanmerking moeten worden genomen voor de definitie van de relevante markt (conclusie Telenet, randnr. 101-111).

Telenet meent dat de CRC de vereiste *greenfield* benadering ook niet heeft miskend en wel degelijk mocht rekening houden met het feit dat alternatieve operatoren gebruik maken van de DSL-infrastructuur om te vermijden dat een zuiver abstracte analyse wordt uitgevoerd. De grief van Belgacom zou louter theoretisch zijn omdat niet concreet wordt aangetoond dat er *in casu* aanleiding bestaat om de bestaande verplichting in te trekken of de definitie van

de groothandelsmarkten te wijzigen. Bovendien zou de interpretatie van de *greenfield* benadering door Belgacom erop neerkomen dat wanneer de bestaande regulering haar doelstelling niet (helemaal) heeft bereikt, de definitie van de groothandelsmarkt moet worden aangepast om er andere infrastructuren in op te nemen waarvan niet is aangetoond dat ze substitueerbaar zijn. Dit is in strijd met de vereiste om in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht de groothandelsmarkten af te bakenen op basis van daadwerkelijk bestaande vraag-en aanbods substitutie (conclusie Telenet randnr. 112-119).

(c) afwezigheid van een groothandelsmarkt waarin de kabel kan worden ondergebracht.

133. Overigens meent Telenet dat de CRC geen enkele verplichting heeft om een zogenaamde groothandelsmarkt betreffende de kabelinfrastructuur te definiëren en te analyseren en bijgevolg kan de afwezigheid van een definitie van groothandelsmarkt voor de kabel de nietigheid van de Bestreden Beslissing niet tot gevolg hebben. Dit standpunt ligt in lijn met de bevindingen van de Europese Commissie zelf die op basis van haar ervaringen met de artikel 7-procedure (conform artikel 7 van de Kaderrichtlijn wordt een voorgenomen maatregel meegedeeld voor opmerkingen aan de Europese Commissie en de andere NRI's. De Commissie kan in bepaalde gevallen de intrekking van de maatregel vragen) reeds meermaals heeft vastgesteld dat de kabelinfrastructuur niet behoort tot markten 4 en 5 (conclusie Telenet, randnr. 96 en 97).

Tenslotte wijst Telenet er nog op dat op basis van het administratief dossier kan worden vastgesteld dat geen enkele alternatieve operator van oordeel is dat de kabel een alternatief uitmaakt voor de DSL-toegang op de infrastructuur van Belgacom of gevraagd heeft een afzonderlijke analyse te maken van een groothandelsmarkt met betrekking tot breedbandtoegang op het kabelnetwerk. Hieruit leidt Telenet af dat geen enkele alternatieve operator belangstelling betoond heeft om op basis van het kabelnetwerk groothandelsbreedbandtoegang of fysieke toegang te bekomen (conclusie Telenet, randnr. 122-123).

BEOORDELING.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

(a) bestaande geregleerde producten als uitgangspunt van de marktdefinitie op groothandelsniveau.

134. De CRC betwist terecht het standpunt van Belgacom dat de definitie van de groothandelsmarkten moet afgeleid worden van de definitie van de relevante kleinhandelsmarkt.

Over de vraag of de marktdefinitie van de met de kleinhandelsmarkt verbonden groothandelsmarkten noodzakelijk het spiegelbeeld moeten vormen van de voor de kleinhandelsmarkt weerhouden marktdefinitie oordeelt het hof als volgt.

Geen enkele wettelijke bepaling of methodologisch beginsel schrijft voor dat de marktdefinities op verschillende niveaus van de productieketen identiek zouden moeten zijn. De substitueerbaarheid van producten op de kleinhandelsmarkt impliceert niet noodzakelijk eenzelfde substitueerbaarheid van de intermediaire diensten op de stroomopwaartse markten. De CRC heeft in haar analyse kunnen vaststellen dat de door de kabeloperatoren verrichte interne leveringen onvoldoende inwisselbaar zijn met de groothandelsproducten van Belgacom.

De CRC kan met andere woorden besluiten om onderscheiden marktdefinities op kleinhandels- en groothandelsniveau te hanteren - zonder hierdoor in strijd te zijn met de beginselen van het mededingingsrecht wat betreft het afbakenen van de relevante markt -, indien een correcte substitutie-analyse hiertoe noopt.

(b) naleving van de methodologische beginselen in verband met de definitie der groothandelsmarkten.

135. Belgacom betoogt tevens dat op grond van het beginsel van de technologische neutraliteit de CRC er had moeten over waken geen ongerechtvaardigde a priori keuzes te

maken waardoor haar analyses vanaf het begin georiënteerd zijn zodat bepaalde technologische infrastructuren wel en andere structuren niet in de analyse worden opgenomen.

In casu dient er echter rekening mee gehouden te worden dat de door de CRC weerhouden groothandelsmarkten 4 en 5 die verbonden zijn met de relevante kleinhandelsmarkt dezelfde zijn als degene die de Europese Commissie in de Aanbeveling 2007 reeds had weerhouden en dat Europese Commissie geen stroomopwaartse groothandelsmarkt voor internet op kabel heeft geïdentificeerd. De Europese Commissie geeft daarmee zelf aan dat aan het respecteren van het beginsel van de technologische neutraliteit is voldaan als bij het afbakenen van de relevante groothandelsmarkten bij de substitutie-analyse met alle relevante infrastructuren rekening wordt gehouden. De CRC heeft inderdaad bij haar substitutie-analyse van markten 4 en 5 wel degelijk rekening gehouden met de kabelinfrastructuur.

M.a.w. het beginsel van de technologische neutraliteit verplicht de CRC niet om voor elke afzonderlijke infrastructuur die gebruikt wordt voor aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt van breedbandinternet in de Bestreden Beslissing een afzonderlijke groothandelsmarkt te identificeren, zolang zij alle relevante bestaande of virtuele groothandelsaanbiedingen op een correcte manier in aanmerking neemt bij haar substitutie-analyse in het stadium van de marktdefinitie en toelicht waarom zij sommigen uitsluit.

136. Belgacom stelt in het algemeen dat de CRC bij de marktdefinitie van de groothandelsmarkten de vereiste prospectieve benadering – die erin bestaat dat met toekomstige tendensen en verwachte evoluties in de loop van de regulatoire periode afdoende rekening wordt gehouden - niet heeft gerespecteerd. In concreto betreft deze grief (opnieuw) de miskennis van het feit dat de kabeloperatoren zich in een bevoordeelde positie zouden bevinden met name wat betreft toekomstige ontwikkelingen inzake snelheid, terwijl de DSL- infrastructuur op dit vlak met ernstige beperkingen zou kampen.

Het hof kan evenwel op dit punt geen manifeste beoordelingsfout in hoofde van de CRC vaststellen. De Bestreden Beslissing besteedt aandacht aan de verwachte en door de

betrokkenen aangekondigde technologische ontwikkelingen op hun respectieve infrastructuren. De gegevens die voorliggen laten niet toe te besluiten dat de door de CRC gemaakte afweging omtrent het wegvallen van de eventuele technologische beperkingen inzake snelheid op de DSL- infrastructuur in vergelijking met de kabel in de lopende reguleringsperiode kennelijk onjuist zou zijn. Overigens verduidelijkt Belgacom niet welke de consequenties zouden zijn op het vlak van de te weerhouden marktdefinitie van de groothandelsmarkten indien het omgekeerde zou worden aangenomen, met name dat de kabel in de toekomst een wezenlijke voorsprong inzake snelheid zou behouden of verwerven ten aanzien van de DSL- infrastructuur.

Het argument van Belgacom komt er in feite op neer dat ten gevolge van de door de CRC weerhouden definitie van de groothandelsmarkten (waarin de kabelinfrastructuur niet is opgenomen) elk referentiekader ontbreekt om bij de analyse ervan met de aangegeven evoluties en tendensen op de kleinhandelsmarkt voor breedband internettoegang rekening te kunnen houden. Het betreft dus veeleer de vraag (i) naar de geldigheid van de substitutie-analyse (die aan bod komt in het navolgende tweede onderdeel van dit tweede middel) en (ii) of de CRC bij gebrek aan opname van de kabel in de relevante groothandelsmarkt voor internettoegang een afzonderlijke groothandelsmarkt had moeten identificeren om daar de kabel in onder te brengen, waarover hierna wordt geoordeeld (randnr.138).

137. Belgacom betoogt nog dat de CRC bij de definitie van de relevante groothandelsmarkten de methodologische greenfield benadering zou hebben miskend door geen onderzoek te doen naar de vraag of ook zonder de bestaande regulering deze markten niet competitief zouden zijn. Concreet zou de CRC abstractie moeten maken van bestaande gereguleerde producten in het kader van de definitie van markten 4 en 5 om vervolgens te onderzoeken of deze markten al dan niet concurrentieel zijn. De CRC meent dat het aannemen van een dergelijk standpunt zou impliceren dat de regulator bij zijn substitutie-analyse enkel hypothetische of virtuele groothandelsdiensten in aanmerking mag nemen

terwijl het niet vast staat dat het gaat over daadwerkelijke alternatieven voor de bestaande producten (conclusie CRC, randnr. 140).

Het hof is van oordeel dat mits aan de gereguleerde producten een reële vraag beantwoordt en ten aanzien van de opgelegde tarieven redelijkerwijs mag worden aangenomen dat ze niet substantieel afwijken van een concurrentiële marktprijs, er principieel geen bezwaar bestaat om deze gereguleerde producten als uitgangspunt te nemen bij een substitutie-analyse. In dat geval vormt het in aanmerking nemen van de gereguleerde aanbiedingen prima facie geen belemmering voor de regulator om desgevallend vast te stellen dat er daadwerkelijke vraag bestaat naar andere concurrerende aanbiedingen die op de markt voorhanden zijn of zouden kunnen zijn en waarmee rekening dient te worden gehouden om de perimeter van de markt te bepalen.

Het in aanmerking nemen van gereguleerde aanbiedingen als uitgangspunt voor de definitie van een markt heeft dus niet noodzakelijk tot gevolg dat de daaropvolgende marktanalyse wordt vervalst of dat de regulator in dat kader niet meer tot het besluit zou kunnen komen dat er geen noodzaak meer bestaat tot regulering.

Een dergelijke benadering verhindert evenmin per se dat de regulator in het kader van de analyse van de betrokken groothandelsmarkten nagaat of een aanpassing van de relevante elementen van de regulering niet kan bijdragen tot een meer efficiënte ontwikkeling van concurrerende aanbiedingen op de relevante markt.

De *in casu* specifieke door Belgacom voorgehouden *greenfield* benadering is methodologisch niet noodzakelijk om in het stadium van de marktdefinitie op groothandelsniveau tot een correcte vaststelling van de marktperimeter te kunnen komen of om in het stadium van de analyse een bestaande regulering in vraag te stellen.

Belgacom voert nog aan dat het in aanmerking nemen van een dergelijke (counterfactual) “test” tot de conclusie kan leiden dat er een andere marktdefinitie dient gehanteerd te worden dan diegene die gebaseerd is op de gereguleerde diensten (conclusie Belgacom, randnr. 61). Uit hetgeen hiervoor reeds werd aangenomen volgt dat indien er in die zin

ernstige indicaties zijn, de regulator inderdaad dient uit te sluiten dat de daaropvolgende marktanalyse vervalst wordt door het in aanmerking nemen bij het bepalen van de marktperimeter van gereguleerde aanbiedingen die een normale marktwerking in de weg staan. Zulke indicaties zijn bijvoorbeeld abnormaal lage tarieven die niet of nauwelijks kostendekkend zijn of aanbiedingen die niet aan enige marktpraak beantwoorden.

Zulke indicaties lijken prima facie niet aanwezig te zijn en Belgacom voert geen concrete elementen aan die toelaten tot het tegendeel te besluiten.

(c) afwezigheid van enige groothandelsmarkt waarin de kabel kan worden ondergebracht.

138. Het argument van Belgacom komt erop neer dat de CRC wanneer zij de kabel en DSL niet opneemt in dezelfde groothandelsmarkten, er minstens een aparte markt dient te worden gedefinieerd voor elke relevante infrastructuur.

De CRC merkt in dit verband op dat de principiële vraag of een aparte groothandelsmarkt voor de kabel moet worden gedefinieerd los staat van de vraag naar de geldigheid van de definitie van de weerhouden groothandelsmarkten. Volgens de CRC kan de grief van Belgacom ook indien die terecht zou zijn, bijgevolg de geldigheid van de Bestreden Beslissing op dit punt niet aantasten.

De identificatie van de groothandelsmarkten die intrinsiek met de als relevant weerhouden kleinhandelsmarkt verbonden zijn, maakt een essentiële stap uit binnen het methodologisch kader voorzien door Aanbeveling 2007. Indien de regulator een bestaande of notionele (eigen levering) groothandelsmarkt die intrinsiek verbonden is met de relevante kleinhandelsmarkt buiten beschouwing laat in zijn analyse zonder hiervoor een afdoend gemotiveerde verantwoording te geven in het licht van de nationale omstandigheden, dan is niet voldaan aan de verplichting om vertrekkend vanuit de eerder gedefinieerde kleinhandelsmarkt alle hiermee “overeenstemmende” groothandelsmarkten te identificeren (Toelichting bij de Aanbeveling 2007, p.6).

De niet-substitueerbaarheid op groothandelsniveau tussen het gereguleerde aanbod van Belgacom en de eigen leveringen van de kabeloperatoren, impliceert bijgevolg niet dat er geen afzonderlijke (desgevallend notionele) groothandelsmarkt zou bestaan met betrekking tot deze eigen leveringen van de kabeloperatoren die verticaal verbonden is met de relevante kleinhandelsmarkt. M.a.w. dat de alternatieve DSL-operatoren zich niet bij de kabeloperatoren zouden kunnen bevoorraden inzake internettoegang op groothandelsniveau.

Het feit dat de Europese Commissie die markten niet uitdrukkelijk vermeldt in haar Aanbeveling 2007 impliceert niet dat die niet zou bestaan in het licht van de nationale omstandigheden.

Het hof heeft in het kader van haar arrest van 7 mei 2009 de regulator uitgenodigd zijn standpunt hierover nader te motiveren en merkt op dat in de Bestreden Beslissing hierover geen verdere toelichting wordt gegeven. Dit klemt des te meer nu uit de voorliggende stukken - in tegenstelling tot wat Telenet beweert - niet zonder meer kan worden afgeleid dat een dergelijke toegang technisch onmogelijk zou zijn of er vanwege de alternatieve operatoren daartoe geen vraag zou bestaan.

De CRC verwijst in dit verband in conclusies (randnr. 130) nog tevergeefs naar het feit dat een groothandelsmarkt voor de kabel wel gedefinieerd en geanalyseerd werd in het kader van de parallelle Omroepbeslissingen van 1 juni 2011 en dat in dat kader een verplichting tot internettoegang op groothandelsniveau wordt opgelegd aan de kabeloperatoren en dat de regulator hiermee tegemoet komt aan de voormelde vraag van het hof.

Buiten het feit dat de markt voor televisieomroepdiensten die het voorwerp is van de Omroepbeslissingen in de huidige stand van zaken een markt is die onderscheiden is van de markt voor breedbandinternet kan het hof niet om het feit heen dat de op groothandelsniveau weerhouden markten maar gedeeltelijk aansluiten bij het aanbod op de kleinhandelsmarkt nu er in de Bestreden Beslissing geen enkele relevante groothandelsmarkt geïdentificeerd is die de kabelinfrastructuur omvat.

Verder dient te worden vastgesteld dat de internettoegang waarvan sprake in de Omroepbeslissingen enkel een accessoir doorverkoop aanbod impliceert en geen groothandelsaanbod corresponderend met de markten 4 of 5 zoals gereguleerd door de Bestreden Beslissing. Met andere woorden de toegangsverplichtingen die aan de kabeloperatoren opgelegd worden door de parallelle Omroepbeslissingen vormen *prima facie* vanuit economisch of technisch perspectief geen onmiddellijk alternatief voor de operatoren die zich bevoorraden via het DSL-netwerk van Belgacom. Overigens is er geen toegangsverplichting op groothandelniveau tot het breedbandnetwerk voor alleenstaand internet opgelegd aan de kabeloperatoren zodat hierop enkel beroep kan gedaan worden voor multiple play aanbiedingen waarin ook TV is begrepen.

139. De CRC betoogt nog dat hoe dan ook de wettigheid van de Bestreden Beslissing niet wordt aangetast door het feit dat daarin geen afzonderlijke groothandelsmarkt voor kabeltoegang is gedefinieerd, geanalyseerd en gereguleerd nu zulks volgens haar in voorkomend geval onderdeel zou moeten uitmaken van een afzonderlijke beslissing.

Het hof acht de vraag of de definitie en analyse van een groothandelsmarkt voor de kabel desgevallend in een afzonderlijke beslissing aan bod moet komen niet pertinent om te beoordelen of de CRC voldaan heeft aan haar materiële motiveringsplicht in het kader van de Bestreden Beslissing.

Weliswaar is de CRC niet wettelijk verplicht om in de Bestreden Beslissing met betrekking tot markten 4 en 5 “voorzichtigheidshalve” de zogenaamde drie criteriatoets toe te passen (zoals Belgacom voorstaat), noch om andere groothandelsmarkten te definiëren en te analyseren dan diegene die er het voorwerp van uitmaken.

Dit belet evenwel niet dat om te voldoen aan haar motiveringsplicht zij specifiek in de Bestreden Beslissing diende aan te geven op welke gronden zij van oordeel is dat - in het licht van de gebreken inzake marktwerking die door de CRC werden vastgesteld met name voor wat betreft de concurrentiebeperkingen in hoofde van de alternatieve operatoren zonder eigen netwerk - er geen afzonderlijke notionele groothandelsmarkt waarin de

kabelinfrastructuur is opgenomen met de relevant weerhouden eindgebruikersmarkt overeenstemt.

Bij gebrek aan een afdoende motivering is het hof niet in de mogelijkheid om vast te stellen dat de regulator bij het identificeren van de relevante groothandelsmarkten alle overeenstemmende (bestaande of notionele) markten die verticaal verbonden zijn met de kleinhandelsmarkt voor breedbandinternet daadwerkelijk in aanmerking heeft genomen. De Bestreden Beslissing moet met andere woorden mogelijk maken, wanneer de regulator slechts bepaalde intermediaire leveringen op groothandelsniveau weerhoudt, uit te maken op welke gronden de regulator voor sommige van de aanbiedingen op kleinhandelsniveau een groothandelsmarkt in aanmerking neemt en voor andere niet.

Hieruit volgt in concreto dat ook niet kan worden uitgemaakt of de door de Bestreden Beslissing aan Belgacom opgelegde verplichtingen met het oog op het remediëren van de op de eindgebruikersmarkt vastgestelde mededingingsgebreken gerechtvaardigd, passend en evenredig zijn in het licht van verplichtingen die desgevallend uitsluitend of parallel op een notionele groothandelsmarkt voor internettoegang tot de infrastructuur van de kabeloperatoren door de regulator zouden kunnen worden opgelegd.

Het is met andere woorden aan de regulator om te motiveren waarom Belgacom alleen de last van de regulering inzake breedbandinternettoegang moet dragen indien de alternatieve operatoren zich parallel of exclusief op basis van een gereguleerd aanbod ook bij de kabelmaatschappijen zouden kunnen bevoorraden.

Besluit: het eerste onderdeel van het tweede middel is gegrond.

De Bestreden Beslissing is bijgevolg op dit punt niet afdoende gemotiveerd. Ook de toelichting gegeven door de CRC in haar conclusies laat niet toe om aan dit motiveringsgebrek te remediëren.

Tweede onderdeel: de afbakening van markten 4 en 5 en de directe en indirecte concurrentiedruk uitgaande van de kabel.

STANDPUNT BELGACOM.

140. De detailkritieken van Belgacom inzake de definitie van groothandelsmarkten hebben betrekking op (a) de uitsluiting van het kabelaanluitnetwerk uit de relevante productmarkt; (b) een gebrekkige analyse van de substitueerbaarheid tussen het kopernetwerk en de kabel; (c) een ontbrekende analyse van de ketensubstitutie; (d) een foutieve inschatting van de indirecte concurrentiedruk uitgeoefend door de kabeloperatoren; (e) en de ten onrechte nationale afbakening van de geografische markt.

(a) Kritiek op het gebruik van bestaande gereguleerde producten als uitgangspunt voor de definitie van de groothandelsmarkten.

141. Belgacom herneemt haar kritiek dat de definitie van groothandelsmarkten gebrekkig is doordat de CRC ten onrechte vertrokken is van de bestaande gereguleerde producten van Belgacom.

(b) Kritiek op de substitutie-analyse en het aspect van de directe prijsdruk.

142. Wat de substitutie-analyse betreft in verband met markt 4 tussen het kopernetwerk en de kabel is Belgacom van oordeel dat (i) niet alle opties van ontbundeling van het kabelnetwerk werden onderzocht ; (ii) geen concrete evaluatie gemaakt werd van de spectrumontbundeling ; (iii) ten onrechte een doorslaggevend gewicht gehecht werd aan het feit dat geen enkele kabeloperator een groothandelsdienst inzake internettoegang verschaft, terwijl wel degelijk een marktvraag zou bestaan; (iv) het feit dat de kabelnetwerken geografisch gefragmenteerd zijn geen reden is om ze van de markt uit te sluiten en (v) de CRC ten onrechte bij het onderzoek naar de overstapkosten enkel rekening heeft gehouden met een scenario waarin een operator zijn bestaande cliëntenbestand migreert van de ene naar de andere infrastructuur, maar niet met een scenario waarin een nieuwe operator de markt betreedt.

143. Belgacom meent met betrekking tot markt 5 dat van de kabel een voldoende directe concurrentiële druk uitgaat om opgenomen te worden in die markt. De CRC zou in het kader

van haar substitutie-analyse evenwel ten onrechte de technische en implementatieproblemen in hoofde van de kabeloperatoren benadrukken en te veel belang hechten aan de weigering van de kabeloperatoren om toegang te verlenen en aan de geografische beperkingen van de kabelnetwerken (alternatieve operatoren zouden niet noodzakelijk een nationale dekking vereisen).

(c) Kritiek op de ketensubstitutie-analyse.

144. Ook zou de door de CRC gehanteerde ketensubstitutie-analyse gebrekkig zijn omdat ze als resultaat heeft dat de zeer hoge snelheidsdiensten tot de markt 5 worden gerekend hoewel ze door Belgacom niet kunnen geleverd worden.

(d) Kritiek op de analyse van de indirecte prijsdruk.

145. Wat betreft de indirecte druk van de kabeloperatoren op de groothandelsdiensten geleverd door Belgacom beperkt deze zich ertoe te stellen dat de argumenten in dit verband gemaakt betreffende de analyse in markt 5 *mutatis mutandis* van toepassing zijn op de toegangsdiensten van markt 4.

Belgacom argumenteert zeer uitvoerig in conclusies dat de CRC ten onrechte de indirecte prijsdruk uitgaande van de kabel via de kleinhandelsmarkt te gering heeft ingeschat. Zij verwijt de CRC in dit verband een manifeste beoordelingsfout. De grieven van Belgacom hebben onder meer betrekking op de door de CRC gehanteerde formules en prijselasticiteitsfactor. Ook zou de berekening van de marginale kost niet kunnen worden nagegaan. Het niet in aanmerking nemen van de zelfbevoorrading door de kabel zou in strijd zijn met het advies van de Raad voor de Mededinging en met het groeiende klantenbestand van de kabel op de kleinhandelsmarkt en het groter aantal netto-toevoegingen voor de kabeloperatoren in vergelijking met Belgacom.

(e) kritiek in verband met geografische marktafbakening en dimensies.

146. Tenslotte bekritiseert Belgacom nog de door de CRC weerhouden nationale afbakening van de relevante groothandelsmarkten (Conclusie Belgacom, randnr. 78-79 en 110). Zij stelt dat deze afbakening een georiënteerd karakter krijgt door het feit dat enkel de

groothandelsdiensten van Belgacom worden weerhouden terwijl de Bestreden Beslissing nochtans wat markt 5 betreft de verschillen inzake penetratie van ontbundelde diensten en van de bitstream-diensten op regionaal vlak erkent, wat er op wijst dat er geen sprake is van homogene concurrentievoorwaarden in het ganse Belgische grondgebied.

Belgacom wijst er nog op dat het feit dat de kenmerken en de prijzen van haar groothandelsdiensten nooit gedifferentieerd werden juist het gevolg is van de uniforme regulering door de CRC waardoor er nooit ruimte geweest is om te differentiëren.

De CRC zou bijgevolg nagelaten hebben rekening te houden met de zeer merkbare verschillen tussen de regio's op het vlak van penetratie en gebruik en met de specifieke situatie inzake netwerkinfrastructuur in België waardoor de Bestreden Beslissing aangetast is door een kennelijke beoordelingsfout. Volgens Belgacom laat de CRC na om uit te leggen waarom er ondanks de door haar als homogeen beschouwde concurrentievoorwaarden zo een groot verschil bestaat in penetratie van de betrokken diensten in de onderscheiden regio's. Belgacom voert met andere woorden een motiveringsgebrek aan op dit punt.

DE BESTREDEN BESLISSING.

Betreffende markt 4 wordt het volgende gesteld:

438. Spectrumontbundeling is een mogelijke denkpiste voor het aanbieden van ontbundelde toegang via de kabel. Er moet echter wel worden toegegeven dat spectrumontbundeling het frequentiespectrum waarover de kabelnetwerkexploitant beschikt voor zijn retaildiensten beperkt en de efficiëntie van het spectrumgebruik vermindert, aangezien het vereist dat frequentiekanalen toegewezen worden voor iedere afnemer: voor de stroomafwaartse markt voor breedbandtoegang zullen de gebruikers worden verdeeld over verschillende frequentiebanden, niet op grond van hun aantal en hun verkeer maar volgens hun aanbieder, aangezien in de klassieke telefonie de verdeling van het verkeer tussen verschillende bundels altijd minder efficiënt is dan wanneer het verkeer in één bundel is geconcentreerd (wet van Erlang); anderzijds wordt voor de stroomafwaartse televisiemarkt eenzelfde zender uitgezonden op verschillende frequenties (per aanbieder) voor eenzelfde aantal "homes passed". Het leidt er dus toe dat de kabelnetwerkexploitant over minder kanalen beschikt om zijn eigen klanten te bedienen, wat een nadelige invloed heeft op de dienstverlening van zijn retaildiensten in tegenstelling tot de ontbundeling van een kopernetwerk.

445. *Op de retailmarkten is besloten dat er substitueerbaarheid bestaat tussen de elektronische-communicatiediensten die op het telefoonnet en op de kabelnetten kunnen worden verstrekt. De vraag rijst dus of die vraagsubstitueerbaarheid ook te vinden is op de upstream markt van de ontbundelde toegang. Er is op dit ogenblik echter geen door de kabelnetwerkexploitanten aangeboden wholesaleproduct waarop internettoegangaanbieders zouden kunnen overschakelen bij een kleine maar significante duurzame verhoging van de prijs van de ontbundeling. Derhalve kan er geponeerd worden dat er onder de huidige marktomstandigheden geen sprake is van eigenlijke vraagsubstitueerbaarheid.*

446. *Men kan de vraag stellen of die aanbieders zouden overstappen op een hypothetische aanbieding indien die bestaat.*

447. *Net zoals de kabelexploitant zou de afnemer in het geval van spectrumontbundeling slechts een beperkt deel van het spectrum ter beschikking hebben en daarop maar een beperkte dienstverlening kunnen aanbieden. Het is dus weinig waarschijnlijk dat een alternatieve aanbieder ontbundelde toegang via kopernetwerk en “kabelontbundeling” als gelijkwaardig beschouwt.*

”(…)

De voorwaarden voor een daadwerkelijke indirecte druk

460. *Volgens de Europese Commissie moet cumulatief aan drie voorwaarden worden voldaan om aan te tonen dat de impact van de indirecte druk vanwege de kabel een operator met een sterke machtspositie zou kunnen beletten om de prijzen van zijn wholesaleproduct te verhogen²²⁴.*

461. *De alternatieve operatoren zouden gedwongen zijn om de hypothetische verhoging van de prijs van het wholesaleaanbod door te berekenen aan hun abonnees op de retailmarkt zonder deze prijsverhoging te kunnen opslorpen.*

462. *De abonnees van de alternatieve operatoren zouden niet in beduidende mate overstappen naar de retailentiteit van de hypothetische monopolist, in het bijzonder indien deze de verhoging van de wholesaleprijs niet doorberekent in zijn eigen retailaanbiedingen.*

463. *Er zou op de retailmarkt voldoende substitutie aan de vraagzijde zijn gebaseerd op de indirecte druk zodat de verhoging van de prijs van het wholesaleaanbod niet rendabel zou zijn.*

Toepassing op de Belgische markt

470. *Op basis van deze vaststellingen (een cost share die duidelijk lager is dan 50% en een werkelijk verlies dat kleiner is dan het kritische verlies) besluit het BIPT dat er geen daadwerkelijke indirecte druk is van de kabeloperatoren op de wholesalemarkt voor*

toegang tot het aansluitnetwerk en dat het niet gerechtvaardigd is om de eigen levering van de kabeloperatoren in deze markt op te nemen.

Conclusie

Het BIPT is van oordeel dat de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk niet de kabelnetwerken omvat.

(...)

5.3.2. Geografische relevante markten

481 Tijdens de eerste analyseronde met betrekking tot de wholesalemarkten voor breedbandtoegang (zie het voormelde besluit van 10 januari 2008, zoals gewijzigd door het besluit van 2 september 2009) heeft het BIPT geconcludeerd dat de relevante markt voor ontbundelde toegang nationaal is. Als conclusie van deze analyse vindt het BIPT dat de mededingingsvoorwaarden op deze relevante markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk over het hele Belgische grondgebied homogeen blijven en dat de relevante markt nationaal is. Het BIPT baseert zich op een aantal elementen die in dit deel uitvoerig worden besproken.

'(...).

Inzake markt 5 stelt de Bestreden Beslissing het volgende:

829. In dit hoofdstuk onderzoekt het BIPT of er wholesalebreedbandproducten bestaan op de kabelnetten.

830. Uit technisch oogpunt is het verschaffen van een aanbod voor toegang tot binair debiet op het netwerk van een kabeloperator mogelijk. Een interconnectie (en de collocatie van aangepaste apparatuur) op het niveau van de head-ends (lokaal of nationaal) van het netwerk van de kabeloperatoren zou namelijk toegang kunnen verschaffen tot het debiet van de eindgebruikers.

831. Deze oplossing stelt de kabeloperator in staat om de beschikbare bandbreedte efficiënt te gebruiken aangezien de volledige bandbreedte kan gebruikt worden voor overboeking door de kabeloperator.

(...)

836. Alhoewel het technisch mogelijk is, biedt in België geen enkele kabeloperator een wholesalebreedbandtoegang aan via hun netwerk.

(...)

Geen substitueerbaarheid aan de vraagzijde

894. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat er op dit ogenblik, net zoals tijdens de eerste analyseronde van het BIPT in 2008, in België geen commercieel

wholesaleaanbod bestaat voor breedbandtoegang op basis van een kabelnetinfrastructuur. De vraag of er substitutie is aan de aanbodzijde is dus louter een hypothetische vraag.

(...)

899. Zelfs wanneer een bitstreamaanbod zou bestaan op de kabelnetten (wat niet het geval is), zou het dus heel erg onwaarschijnlijk zijn dat een alternatieve operator zou migreren naar een dergelijk aanbod in geval van een lichte maar duurzame prijsstijging van het bitstreamaanbod van Belgacom. In het licht van het voorgaande blijkt a fortiori dat een alternatieve operator niet “vlot en snel” zou migreren naar een wholesaleaanbod via kabel.

(...)902. Het BIPT besluit dus dat er geen substitueerbaarheid is aan de vraagzijde tussen de toegang tot een binair debiet op telefoonnetwerken en de levering van een gelijkwaardig aanbod op kabelnetten.

Geen substitueerbaarheid aan de aanbodzijde

(...)

905. Operationeel gezien zal het tot stand brengen van een bitstreamaanbod via de kabel heel wat implementatieproblemen opleveren: uitwisseling van informatie, delen van verantwoordelijkheid, garantie en kwaliteit van dienstverlening, testperiodes, verschaffen van een contractueel aanbod, kostenbepaling. Deze elementen blijken zeer tijdrovend te zijn en vereisen dat hieraan aanzienlijke menselijke en financiële middelen worden toegewezen.

906. Er is op dit ogenblik geen aanbieding van de kabelmaatschappijen op de wholesalemarkt voor breedbandtoegang. Uit een bevraging door het BIPT is er gebleken dat er bij de kabelexploitanten geen belangstelling is om op korte termijn een breedbandtoegang van het type bitstream vrijwillig aan te bieden gezien de economische haalbaarheid van een dergelijke aanbieding. Daarnaast moet het BIPT vaststellen dat geen enkele kabeloperator een beroep heeft gedaan op doorverkoop om een wholesaleaanbod te ontwikkelen, maar dat ze wel gebruik hebben gemaakt van de kanalen van directe verkoop en agenten, wat aangeeft dat kabeloperatoren niet geneigd zijn om wholesaleproducten aan te bieden.

907. Het BIPT meent dat het niet erg waarschijnlijk is dat de kabeloperatoren zullen toetreden tot de bitstreammarkt in geval van een lichte maar duurzame stijging van de prijzen voor toegang via BROBA/WBA in België in de loop van deze analyseperiode en dat er bijgevolg geen voldoende directe druk is wat betreft de levering en tarieven voor BROBA/WBA-toegang.

(...)

910 Indirecte druk is druk die door een verticaal geïntegreerde onderneming wordt uitgeoefend op een onderneming die op een stroomopwaarts gelegen markt input verkoopt die wordt gebruikt om een product te brengen op een stroomafwaarts gelegen markt; een stroomafwaarts gelegen markt waarop de kopers van deze input concurreren met de verticaal geïntegreerde onderneming.

Toepassing op de Belgische breedbandmarkt

922. Om het kritische verlies en het werkelijke verlies te kunnen vergelijken moet de waarde van de volgende parameters bekend zijn: de relatieve verhoging van de wholesaleprijs, de cost share, het aandeel van de variabele kosten in de wholesaleprijs en de prijselasticiteit op de retailmarkt. In de bijlage wordt een overzicht van de berekeningen gegeven.

923. In samenhang met de test van de hypothetische monopolist³⁴⁹ wordt uitgegaan van een lichte, maar significante verhoging van de BROBA- en WBA-prijzen. In deze BROBA- en WBA-prijzen zelf zit al de prijs van het aansluitnetwerk (het BRUO-tarief). Welnu, in een aanpak van het type "modified Greenfield" wordt deze verondersteld te zijn gereguleerd. Door de verhoging toe te passen op de totaliteit van de BROBA-prijs maakt men het effect van de prijsverhoging in werkelijkheid groter en maakt men dus de test strenger dan nodig is (wat wil zeggen dat men gemakkelijker tot een situatie kan komen waarin $AL > CL$).

924. Om de cost share te bepalen, heeft het BIPT zich gebaseerd:

- op de wholesaleprijzen zoals ze vermeld zijn in de referentieaanbiedingen BROBA en WBA VDSL2 van Belgacom.
- op de gemiddelde retailprijzen die worden gehanteerd door de alternatieve operatoren, zoals die blijken uit de vaststellingen van Belgacom³⁵¹.

925. Om het aandeel van de variabele kosten in de BROBA-prijs te bepalen heeft het BIPT aan zijn consultant Analysys Mason gevraagd om een analyse uit te voeren op basis van de meest recente kostenmodellen. Analysys Mason heeft de gevolgen onderzocht van een vermindering van het abonneebestand met 5%. Aan de hand van de kostenverlaging die door deze vermindering van het abonneebestand ontstaat, konden de variabele kosten worden bepaald en dus het percentage van de variabele kosten.

926. De toegepaste prijselasticiteit blijkt uit een studie die verricht is op verzoek van Belgacom.

927. De conclusie van de analyse luidt dat het werkelijke verlies lager is dan het kritische verlies, zowel voor het BROBA- als voor het WBA-aanbod. Bijgevolg is er geen indirecte druk van de kabel op de BROBA- en WBA-prijzen.

Belgacom zou waarschijnlijk een aanzienlijk deel van de klanten recupereren die de alternatieve DSL-operatoren zouden verliezen

(...)

Conclusie

934. De vergelijking van het kritische verlies en het werkelijke verlies wijst erop dat er geen indirecte druk is van de kabel op de BROBA- en WBA-prijzen.

935. Gelet op het aandeel van de wholesaleprijzen in de retailprijzen beschikken de alternatieve DSL-operatoren over een marge om een verhoging met 10% van de BROBA- of WBA-prijzen ten minste gedeeltelijk op te slorpen. Het is dus helemaal niet zeker dat een verhoging van de wholesaleprijzen (volledig) zou worden doorberekend in de retailprijs.

936. Er zijn tekenen waaruit kan worden afgeleid dat Belgacom een aanzienlijk deel van de klanten zou inpalmen, die door de alternatieve DSL-operatoren worden verloren.

937. De elasticiteit op de retailmarkt is relatief gering, zodat een verhoging van de wholesaleprijzen voor Belgacom rendabel kan blijken.

938. Bijgevolg zijn de drie voorwaarden die door de Europese Commissie zijn vastgesteld om de effectiviteit van de indirecte druk vanwege de kabel aan te tonen, niet vervuld.

939. Het BIPT besluit dus dat er geen daadwerkelijke indirecte druk is van de kabeloperatoren op de wholesalemarkt voor breedband en dat het niet gerechtvaardigd is om de eigen levering van de kabeloperatoren in deze markt op te nemen.

Het BIPT is van oordeel dat de markt voor toegang tot binair debiet niet de kabelnetten omvat.

6.3.2. Geografische relevante markten

940 Het BIPT beschouwt dat de mededingingsvoorwaarden op de “handelsmarkt” (namelijk zonder eigen levering – die in beschouwing wordt genomen in de marktanalyse) homogeen zijn voor het gehele Belgische grondgebied.

STANDPUNT VAN DE CRC.

(a) Kritiek op het gebruik van bestaande gereguleerde producten als uitgangspunt voor de definitie van de groothandelsmarkten.

147. De CRC betwist vooreerst dat zij bij het bepalen van de relevante groothandelsmarkten enkel de gereguleerde producten van Belgacom in aanmerking zou hebben genomen. Zij stelt weliswaar in de respectieve inleidende secties van de Bestreden Beslissing aangaande de groothandelsmarkten de gereguleerde producten en hun technologische evoluties te beschrijven, maar zij heeft zich bij de definitie van de markten hiertoe allerm minst beperkt en conform de Aanbeveling van 2007 heeft zij een volledige analyse van substitueerbaarheid uitgevoerd onder meer met de kabelnetten zowel inzake ontbundeling als wat betreft de toegang tot het binair debiet (conclusie CRC, randnr. 155-157). Overigens meent de CRC dat volgens de rechtspraak van het hof de keuze om te vertrekken van het op basis van de ex-ante regulering gemodelleerde product op zich niet uitsluit dat correct rekening wordt gehouden met daadwerkelijke concurrentiedruk bij het bepalen van de marktperimeter (conclusie CRC, randnr. 158). De CRC besluit dat de verruiming van Aanbeveling 2007 wat de definitie van de groothandelsmarkten 4 en 5 betreft niet impliceert dat de kabel hierin automatisch dient te worden opgenomen.

148. Wat betreft de grief dat de in aanmerking genomen gereguleerde groothandelsdiensten van Belgacom slechts betrekking hebben op een beperkt aantal lijnen en eindgebruikers op de kleinhandelsmarkt, wijst de CRC er op dat het regelgevend kader geen *de minimis*-regel voorziet wat betreft de definiëring van de relevante markten en dat het definiëren van die markten bijgevolg los staat van de impact van deze producten op de kleinhandelsmarkt zolang beide markten maar verticaal verbonden zijn (conclusie CRC, randnr. 160 en 161).

(b) Kritiek op de substitutie-analyse en het aspect van de directe prijsdruk.

149. De CRC stelt wel degelijk een substitutie-analyse gemaakt te hebben tussen het kopernetwerk en de kabel.

Wat betreft de mogelijkheid tot ontbundeling van de kabel (markt 4) wijst zij op het eerder theoretische karakter van de studies die Belgacom op dit vlak voorlegt en op het belang van de migratiekosten en de overstapkosten voor de alternatieve operatoren die niet als verwaarloosbaar kunnen worden beschouwd, zelfs indien zij wat betreft nieuwe klanten hiermee niet geconfronteerd zouden worden.

Wat betreft de toegang van het bitstreamtype op de kabel (markt 5) wijst zij vooreerst op de afwezigheid van enig bestaande aanbod of vraag. Het gaat dus om een puur hypothetisch aanbod op de kabel. Niettemin heeft ook hier de CRC de substitutiemogelijkheden langs aanbodzijde overwogen. Op basis van de gebruikte economische studies van Valetti en Shortall is de CRC evenwel tot conclusie gekomen dat er geen directe druk uitgaat van de kabel in België en dat er ook geen aanwijzing is dat een dergelijk hypothetisch aanbod op korte termijn kan gecommmercialiseerd worden door de kabeloperatoren (conclusie CRC randnr. 166-179 en randnr. 199-211).

De CRC besluit dat er geen enkele objectieve reden is om de interne verrichtingen van de kabeloperatoren op te nemen in de perimeter van de relevante markt.

(c) Kritiek op de ketensubstitutie-analyse.

150. De CRC verwerpt de grief van Belgacom dat ketensubstitutie-analyse in de Bestreden Beslissing inzake markt 5 gebrekkig is en zou impliceren dat alle beschikbare transmissiesnelheden op de kleinhandelsmarkt - met inbegrip van deze die hoger liggen dan 30 Mbps terwijl Belgacom die naar eigen zeggen zelf niet kan aanbieden op haar netwerk - onder de groothandelsmarkt zouden vallen. De CRC betoogt dat Belgacom nu reeds in staat is om hogere snelheden op het netwerk aan te bieden en in het kader van de vereiste prospectieve analyse rekening gehouden te hebben met de investeringen die Belgacom onderneemt om nog hogere snelheden op het netwerk op korte termijn beschikbaar te maken (onder andere dankzij vectoring). De CRC wijst er nog op dat Belgacom geen verplichtingen opgelegd krijgt met betrekking tot transmissiesnelheden die hoger liggen dan de aanbiedingen die zij bij de eindgebruikers commercialiseert (BROBA-WBA) zodat een

ruimere marktdefinitie voor haar geen consequenties heeft. Wat deze BROBA- en WBA-aanbiedingen betreft stelt Belgacom de ketensubstitutie-analyse niet in vraag.

(d) Kritiek op de analyse van de indirecte prijsdruk.

151. De CRC verantwoordt uitvoerig in haar conclusies op basis van een economische analyse haar standpunt met betrekking tot de afwezigheid van voldoende indirecte druk uitgaande van de kabeloperatoren teneinde de eigen levering van de kabel op te kunnen nemen in de perimeter van markt 5 (randnr. nummer 259-286, waarvan een vertrouwelijk gedeelte vanaf randnr. 261).

(e) Kritiek op de geografische marktafbakening en dimensies.

152. Belgacom betwist de nationale dimensie van de relevante markten 4 en 5 .

De CRC wijst er vooreerst op dat de geografische marktafbakening vertrekkende van de gereguleerde groothandelsdiensten van Belgacom reeds werd weerhouden in de vorige beslissing van 10 januari 2008, die door het hof niet werd geïnvalideerd bij arrest van 7 mei 2009 (2008 /AR/787). Sinds de vorige beslissing hebben zich volgens de CRC op dit vlak geen nieuwe ontwikkelingen voorgedaan en Belgacom brengt ook geen nieuwe elementen aan. De weerhouden geografische marktafbakening werd evenmin door de Europese Commissie afgekeurd.

De CRC stelt onder meer rekening te hebben gehouden met de nationale dekking van het netwerk van Belgacom (Belgacom is de enige nationale historische operator en is in alle regio's actief in tegenstelling tot bvb. BT in het Verenigd Koninkrijk), het gebrek aan concurrerende regionale aanbiedingen, de homogeniteit van de kenmerken en de prijs van de groothandelsproducten over heel het grondgebied, de homogene verdeling van de vraag en de noodzaak voor potentiële toetreders om een nationaal product voor te stellen aan de aanbieders van internettoegang.

Tenslotte wijst de CRC er nog op dat ook de Europese Commissie zich verzet tegen een geografische opdeling van de markt louter op basis van het aantal infrastructuren in een bepaalde regio of het aantal operatoren dat in de afzonderlijke deelgebieden actief op de

kleinhandelsmarkt is en bijzonder belang hecht aan bijkomende bewijselementen van structurele aard of inzake gedrag en meer bepaald tarifaire praktijken op groothandelniveau (stuk B. 37, § 45).

De CRC laat overigens ook verstaan dat Belgacom niet alleen een uniforme prijspolitiek toepast op retailniveau, maar zelf ook nooit gevraagd heeft om de kenmerken of de prijs van haar gereguleerde producten tussen de regio's te differentiëren en ook niet aantoonde dat zij in het hypothetische geval van niet-gereguleerde concurrerende aanbiedingen haar groothandelstarieven naargelang van de regio te zullen differentiëren.

STANDPUNT VAN DE TUSSENKOMENDE PARTIJEN.

153. Telenet ondersteunt het standpunt van de CRC en stelt dat de grief van Belgacom hoogstens betrekking heeft op mogelijke motiveringsgebreken die de substantiële analyse niet aantasten zodat er geen sprake is van manifeste beoordelingsfouten (conclusie Telenet, randnr. 124-197).

(a) Kritiek op het gebruik van bestaande gereguleerde producten als uitgangspunt voor de definitie van de groothandelsmarkten.

154. Telenet meent dat de grief van Belgacom betreffende het uitgangspunt van de analyse waarbij wordt geopteerd voor de gereguleerde producten in plaats van de eindgebruikersmarkt, ongegrond is omdat de CRC de eindgebruikersmarkt grondig heeft onderzocht en beschreven waaronder wie de verschillende concurrenten zijn en de door hen verschaftte diensten en prijzen. De gereguleerde producten van Belgacom zijn een onbetwistbaar gegeven dat het gevolg is van de bestaande verplichting van Belgacom om toegang te verschaffen tot haar netwerk. Hiervan kan geen abstractie gemaakt worden. In de daaropvolgende specifieke analyse van de groothandelsmarkten heeft de CRC trouwens onderzocht of de concurrentie tussen het DSL-netwerk en het kabelnetwerk tot eenzelfde groothandelsmarkt moeten gerekend worden. Op basis van een correcte substitutie-analyse

heeft de CRC besloten tot het niet insluiten van eigen leveringen van de kabel in markten 4 en 5 (conclusie Telenet, randnr. 88 en 89).

(b) kritiek betreffende de substitutie-analyse (directe prijsdruk)

Markt 4.

155. Telenet wijst er op dat wat markt 4 betreft nog geen enkele regulator tot het besluit is gekomen dat de kabel tot die markt behoort op grond van directe substitutie en dat de Europese Commissie de regulatoren (de Britse en Portugese) die dit wel gedaan hebben op basis van indirecte substitutie sterk heeft bekritiseerd. Overigens zou de Commissie in deze laatste twee gevallen geen gebruik gemaakt hebben van haar vetorecht omdat de ruimere marktdefinitie uiteindelijk geen invloed had op het resultaat van de marktmacht-analyse en de dus geen verplichting wordt opgelegd aan de kabeloperatoren.

Met betrekking tot het niet in aanmerking nemen van andere mogelijke fysiek ontbundelde toegangsvormen dan de spectrumontbundeling wijst Telenet erop dat deze alternatieve vormen waarnaar Belgacom verwijst (reselling en policy-based routing) in feite betrekking hebben op stroomafwaarts gelegen markten en niet op markt 4 zelf.

Telenet onderschrijft verder het standpunt van de CRC dat er zich een aantal economische en technische problemen stellen in verband met ontbundeling van de kabel met name het feit dat deze optie zou vereisen dat frequentiekanalen per operator worden toegewezen hetgeen ten koste gaat van de retaildienst van de kabeloperatoren, aangezien de kabel een gedeeld medium is in tegenstelling tot het netwerk van Belgacom waarbij elke toegangslijn eigen is aan een afzonderlijke gebruiker (conclusie Telenet, randnr. 135).

Wat de vraag naar fysieke toegang via de kabel op markt 4 betreft wijst Telenet er nog op dat Belgacom zelf nooit een dergelijke toegang gevraagd heeft en dat Telenet zelf ook nooit een verzoek tot ontbundelde toegang heeft ontvangen. Uit de antwoorden van de alternatieve operatoren op de openbare raadpleging kan volgens Telenet ook afgeleid worden dat er vanwege de alternatieve operatoren geen werkelijke interesse bestaat nu zij anoniem bevestigd hebben dat de kabel geen substituut uitmaakt voor het DSL-netwerk van

Belgacom omwille van technische en efficiëntie redenen (conclusie Telenet, randnr. 136-140).

Met verwijzing naar de geografische fragmentering van het kabelnetwerk stelt Telenet nog dat het quasi onmogelijk is om een homogene retailtoegang te verschaffen op basis van ontbundeling nu de alternatieve operatoren minstens vier groothandelsovereenkomsten met de onderscheiden kabeloperatoren moeten afsluiten, wat een additionele complexiteit en kosten met zich meebrengt (conclusie Telenet, randnr. 144).

Ten slotte wat de overstapkosten betreft acht Telenet het bijzonder weinig waarschijnlijk dat een volledig nieuwe operator de Belgische markt zou betreden en een breedbandaanbod zou lanceren op basis van de kabel zonder daarbij een bestaand klantenbestand te migreren. De voor de hand liggende kandidaten (Mobistar, KPN Group Belgium, EDPnet, Dommel enz.) voor een dergelijk aanbod hebben volgens Telenet al geïnvesteerd in de DSL-architectuur zodat minstens voor hen de overstapkosten een bijkomende drempel vormen (conclusie Telenet, randnr. 146).

Markt 5.

156. Met betrekking tot markt 5 stelt Telenet dat ook hier geen concrete en objectieve gegevens voorliggen op basis waarvan men een directe substitutie zou kunnen vaststellen tussen koper en kabel, zodat er geen sprake kan zijn van een manifeste beoordelingsfout in hoofde van de CRC.

Op basis van de standpunten van de alternatieve operatoren, Mobistar en het Platform opgenomen in het administratieve dossier en van eensluidende standpunten van de Europese Commissie wordt de afwezigheid van substitutie aan vraagzijde en aan aanbodzijde volgens Telenet duidelijk door de CRC aangetoond (conclusie Telenet, randnrs. 156 en 157). Daarenboven wijst Telenet er opnieuw op dat de geografische fragmentering van de kabelnetwerken (hun beperktere dekking) een obstakel voor de alternatieve operatoren vormt die nood hebben aan een nationaal groothandelsaanbod.

Daarnaast wijst Telenet nog op de kosten die verband houden met het aanpassen van het IT-platform en op de beperkte differentiatiemogelijkheden die een bitstream oplossing op de kabel zouden bieden.

Volgens Telenet hebben enkel de regulatoren van Malta en Estland aangenomen dat op basis van directe substitutie de kabel tot markt 5 kan worden gerekend. Maar in geen van beide landen heeft de regulator reden gezien om regelgevende verplichting op te leggen aan de kabeloperatoren.

Met betrekking tot de directe druk besluit Telenet dat zowel aan vraag- als aan aanbodzijde geen sprake is van een onmiddellijke substitutiemogelijkheid.

(d) Kritiek inzake indirecte prijsdruk door de kabel.

Markt 4.

157. Wat betreft de indirecte prijsdruk wijst Telenet erop dat de argumenten tegen het bestaan ervan op markt 5 a fortiori gelden voor markt 4 aangezien hier sprake is van een nog grotere verwatering (kleiner aandeel van de groothandelsprijs in de prijs op kleinhandelsniveau) (conclusie Telenet, randnr. 148).

Markt 5.

158. Wat betreft de indirecte prijsdruk meent Telenet dat er geen sprake is van een manifeste beoordelingsfout in hoofde van de CRC zodat de eigen leveringen van de kabel niet in de relevante markt 5 moeten worden opgenomen. Zij verwijst daarbij met name naar de door de Europese Commissie gehanteerde beslissingspraktijk en de criteria door het hof zelf geformuleerd. Telenet stelt de door Belgacom zelf gemaakte berekeningen van de indirecte prijsdruk niet te kunnen controleren aangezien deze deel uitmaken van vertrouwelijke bijlagen en bijgevolg niet nuttig aan het debat tussen de CRC en Belgacom op dit punt te kunnen deelnemen. Dit belette Telenet evenwel niet om uitvoerig op de argumentatie verrat in het verzoekschrift en de niet-vertrouwelijke versie van de conclusies

van Belgacom in te gaan. Een verzoek van Telenet tot ruimere toegang tot alle vertrouwelijke stukken werd door het hof verworpen bij tussenarrest van 4 februari 2014 (Rep. Nr. 2014/1114).

Telenet gaat vervolgens uitvoerig in op het zogenaamde Deense precedent, waarbij ze erop wijst dat de situatie in Denemarken essentieel verschillend is van de situatie in België nu de Nationale kabeloperator in Denemarken in tegenstelling tot de Belgische kabeloperatoren het hele grondgebied dekt (conclusie Telenet, randnr. 170 en 171) .

Volgens Telenet is de grief van Belgacom dat de CRC door loutere verwijzing zonder meer de formule inzake berekening van indirecte prijsdruk van de Britse en de Nederlandse regulatoren zou hebben overgenomen onterecht. CRC heeft immers een eigen onderzoek gevoerd naar de indirecte prijsdruk op basis van een (door de Europese Commissie en prof. VALLETTI) aanvaard theoretisch kader dat niet redelijkerwijs in twijfel kan worden getrokken (conclusie Telenet, randnr. 176-179). Overigens betwist Telenet dat de motivering van de analyse van de indirecte prijsdruk door de CRC onwettig zou zijn omdat ze geen rekening zou hebben gehouden met bepaalde factoren die wel door OFCOM en OPTA in aanmerking werden genomen aangezien de door deze regulatoren gehanteerde aanpak sowieso niet bindend is voor de CRC en in geval van OPTA er enkel sprake is van insluiting van de kabel in de markt voor WBA van lage kwaliteit en de betreffende motivering door de Europese Commissie zeer kritisch werd benaderd (conclusie Telenet, randnr. 180-184).

159. Wat de concrete berekeningen betreft van de te weerhouden prijselasticiteit, de marginale kost en het kritische verlies betoogt Telenet niet te kunnen reageren op de vertrouwelijke gegevens in stukken 2 en 3 van Belgacom waarover ze niet beschikt. Overigens kan de nieuwe studie van professor Valletti van november 2010 de berekeningen van Belgacom niet ondersteunen omdat volgens Telenet de auteur geen eigen berekeningen heeft gemaakt maar zich gebaseerd heeft op berekeningen van Belgacom en op voorbijgestreefde gegevens en zelf aangeeft dat wat zijn besluiten betreft het gaat om een verantwoorde gissing (conclusie Telenet, randnr. 185-190).

(d) kritiek inzake geografische marktafbakening en dimensie.

160. Volgens Telenet doet de vaststelling dat de penetratie van de ongebundelde diensten op markt 4 verschilt per regio geen afbreuk aan de nationale afbakening van de markt gelet op de homogene technische voorwaarden voor toegang tot het netwerk van Belgacom over het hele nationale grondgebied en mede gelet op het feit dat het niet aannemelijk is dat Belgacom op commerciële basis groothandelsdiensten zou verschaffen bij afwezigheid van de regulering en daarbij regionaal verschillende tariefvoorwaarden zou toepassen (conclusie Telenet, randnr. 150).

BEOORDELING.

161. Het hof onderschrijft vooreerst het standpunt van de CRC dat (i) de ruimere marktomschrijving van Aanbeveling 2007, die voortaan niet beperkt is tot kopernetwerk, niet automatisch impliceert dat hierin ook de kabel dient te worden opgenomen, indien uit een door de regulator uitgevoerde substitutie-analyse blijkt dat ze niet tot dezelfde markt behoren en (ii) de relatieve belang van de groothandelsproducten op de kleinhandelsmarkt niet doorslaggevend is voor het afbakenen van de productmarkt op groothandelsniveau.

(a) Kritiek op het gebruik van bestaande gereguleerde producten als uitgangspunt voor de definitie van de groothandelsmarkten.

162. Voor zover de grief van Belgacom in het algemeen betrekking heeft op het georiënteerde karakter van de analyse doordat de marktafbakening vertrekt vanuit de gereguleerde producten van Belgacom brengt zij geen nieuwe elementen aan waarop het hof niet reeds heeft geantwoord (randnr. 68).

(b) Kritiek op de substitutie-analyse en het aspect van de directe prijsdruk.

Markt 4.

163. Wat betreft de substitutie-analyse in zake markt 4 viseert de grief van Belgacom hoofdzakelijk het gebrekkige onderzoek door de CRC van de verschillende opties voor

ontbundeling van de kabel. De CRC zou een kennelijke beoordelingsfout begaan hebben door bepaalde opties (andere dan spectrumontbundeling) in het geheel niet te onderzoeken. Verder zou de CRC ten onrechte - want zonder afdoende motivering - beslissen dat omwille van bepaalde moeilijkheden spectrumontbundeling niet in aanmerking komt.

Markt 5.

164. Met betrekking tot de substitutie- analyse tussen BROBA/WBA- diensten en de kabelnetten op markt 5 zijn de argumenten die Belgacom aanhaalt grotendeels gelijklopend met deze die zij verwoordt met betrekking tot markt 4.

165. Belgacom wijst er op dat de CRC de technische mogelijkheid van een aanbod voor toegang tot het binair debiet op het netwerk van een kabeloperator erkent en voegt eraan toe dat vergelijkbare groothandelsdiensten reeds beschikbaar zijn in een aantal andere landen en dat zich daarbij geen bijzondere problemen of moeilijkheden hebben voorgedaan (conclusie Belgacom, randnr 83). De CRC zou ten onrechte in het kader van de substitutie-analyse verwijzen naar het ontbreken van een effectieve marktvrage en het gebrek aan belangstelling bij de kabelexploitanten om breedbandtoegang van het type bitstream vrijwillig aan te bieden (conclusie Belgacom, randnr. 84). Verder betwist Belgacom opnieuw dat de regionale beperkingen van de kabelnetwerken een significant probleem zouden vormen voor de alternatieve operatoren of dat er sprake zou zijn van belemmeringen ten gevolge van overstapkosten naar de kabelnetwerken. Wat dit laatste betreft zou de analyse van de CRC in elk geval kennelijk ontoereikend zijn omdat slechts één van de mogelijke scenario's werd onderzocht (conclusie Belgacom, randnr. 86). Belgacom betoogt nog dat de door de CRC gehanteerde ketensubstitutie (tussen diensten met verschillende snelheden) een marktdefinitie op groothandelsvlak oplevert die diensten insluit die door Belgacom zelf niet worden geleverd en zij ook niet kan leveren via haar DSL- netwerk omwille van de technologische voorsprong van de kabeloperatoren op het vlak van zeer hoge snelheden (conclusie Belgacom, randnr. 88-90). Tenslotte wijst Belgacom, weliswaar ondergeschikt maar uitvoerig, op de gebrekkige manier waarop de CRC de indirecte prijsdruk van de

kabeloperatoren op de groothandelsdiensten van Belgacom heeft onderzocht. Haar grief heeft met name betrekking op een kennelijke beoordelingsfout van de CRC wat betreft de gebruikte parameters (o.a. de elasticiteitsfactor), de gehanteerde foutenmarge en berekeningsformule en de benadering die door de CRC gevolgd wordt voor de berekening van het niveau van het kritisch verlies (conclusie Belgacom, randnr. 94-109 een vertrouwelijk stuk 3).

Als algemene conclusie stelt Belgacom dat de gebreken betreffende de bepaling van de relevante markten onwettigheden uitmaken die de rechtsgeldigheid van de daaropvolgende analyse in verband met de machtspositie van Belgacom in haar geheel aantasten. Overigens roept ze ook dezelfde onwettigheden in tegen de marktanalyses die door de CRC weerhouden werden op basis van de relevant geachte groothandelsmarkten (conclusie Belgacom, randnr. 112).

166. De vraag of (in)directe substitutie met de kabel haalbaar is, vereist een complexe economische en technische evaluatie ten aanzien waarvan het hof enkel een marginaal toezicht kan uitoefenen.

Actueel zou er volgens de CRC en Telenet geen enkel groothandelsproduct bestaan dat door de kabeloperatoren gecommmercialiseerd wordt. De CRC is verder van oordeel dat ook in de nabije toekomst (tijdens de duurtijd van de lopende reguleringsperiode) het er niet naar uitziet dat enige kabelexploitant vrijwillig een aanbod inzake ontbundeling of groothandelstoegang genre bitsream zal doen betreffende internettoegang op de kabel.

Het hof kan in dit verband enkel vaststellen dat er op dit ogenblik geen groothandelsaanbod op de kabel beschikbaar is in België en dat inzake de technische en economische haalbaarheid op korte termijn van een dergelijk groothandelsaanbod op de kabel weinig concrete gegevens voorhanden zijn.

Anderzijds is afwezigheid van een actuele vraag naar of van aanbod tot levering op groothandelsniveau aan de zijde van de kabel op zich geen voldoende reden om substitutie *a priori* uit te sluiten, zoals Belgacom terecht aanvoert.

167. Het volstaat evenwel niet vast te stellen dat het technisch en economisch mogelijk is om een dergelijk aanbod op termijn uit te werken opdat er sprake zou zijn van voldoende effectieve directe concurrentiedruk uitgaande van de interne leveringen van de kabeloperatoren waarmee nu reeds rekening moet worden gehouden bij de marktafbakening.

Overigens blijkt uit hetgeen voorligt niet dat dat er ontbundelingstechnieken of technieken inzake groothandelstoegang tot breedband op de kabel bestaan die reeds effectief op een voldoende schaal op een kabelnetwerk in Europa worden toegepast. De loutere theoretische mogelijkheid van ontbundeling of groothandelstoegang volstaat ook niet opdat er sprake zou zijn van vraag- of aanbods substitutie.

168. Ook inzake het probleem van de overstapkosten brengt Belgacom geen pertinente elementen aan die het hof ertoe zouden moeten doen besluiten dat de CRC zich kennelijk vergist heeft door de afwezigheid van directe prijsdruk vast te stellen.

169. De CRC heeft met het oog op het bepalen van de directe prijsdruk door de kabel op groothandelniveau op markt 4, na onderzoek van wat zij beschouwt als de enige realistische technische mogelijkheid (spectrumontbundeling) voor fysieke toegang tot het kabelnetwerk geconcludeerd dat een mogelijke ontbundeling niet enkel belangrijke investeringen in uitrusting in netwerkaanpassingen zal vereisen maar ook een negatieve impact zal hebben op de dienstverlening door de kabeloperatoren aan hun eigen eindgebruikers (omwille van het feit dat het beschikbare en beperkte spectrum moet gedeeld worden) en dat dit zou leiden tot een inefficiënt gebruik van het netwerk (conclusie CRC, randnr 168 en Bestreden Beslissing, randnr. 438) zodat het weinig waarschijnlijk is dat de alternatieve operatoren die nu beroep doen op het netwerk van Belgacom op korte termijn een beroep zullen kunnen doen op een alternatief aanbod van de kabeloperatoren.

170. Wat betreft markt 5 stelt de CRC dat zij geen enkel aanbod, noch enige bestaande vraag voor de toegang van het bitstream type op de kabel heeft kunnen vaststellen tijdens haar onderzoek (conclusie CRC, randnr. 201) waardoor de substitutie-analyse enkel betrekking kan hebben op een puur hypothetisch aanbod vanwege de kabeloperatoren. De

CRC wijst er nog op dat de beperkte interesse van aanbieders van internettoegang op de kleinhandelsmarkt ten aanzien van een dergelijk groothandelsaanbod op de kabel mede verklaard wordt door kosten in zake human resources, opleiding, technische uitrusting (modem) en de migratie ingevolge het gebruik van een nieuwe technologie evenals door de verspreide dekking van de kabelnetwerken (conclusie CRC, randnr. 203). De CRC acht toetreding op korte termijn van de kabeloperatoren tot markt 5 op basis van de technische, operationele en commerciële haalbaarheid erg onwaarschijnlijk. Zij baseert zich hiervoor voornamelijk op de verklaringen van de kabeloperatoren zelf, het standpunt van de Europese Commissie en een aantal economische studies (Valetti, Telage) die besluiten tot de afwezigheid van directe druk van de kabel in België (conclusie CRC, randnr. 205-210).

Aan de voorwaarden om van directe aanbod- of vraagsubstitutie te kunnen spreken die toelaat de marktperimeter te verruimen tot een (virtueel) groothandelsaanbod door de kabeloperatoren op basis van interne leveringen is volgens de CRC bijgevolg op korte termijn niet voldaan.

Er onvoldoende gronden om aan te nemen dat de vaststelling van de CRC van de afwezigheid van een voldoende directe concurrentiedruk op groothandelsniveau zou aangetast zijn door een kennelijke beoordelingsfout.

Het feit dat de kabeloperatoren sowieso op korte termijn niet zouden geneigd zijn concurrentie op de kleinhandelsmarkt aan te moedigen door intermediaire aanbiedingen te doen (bvb. omwille van de “kanibalisering” van de aanbiedingen tussen de alternatieve operatoren en de kabeloperatoren op de kleinhandelsmarkt of de te lage groothandelsmarges) doet aan het voorgaande geen afbreuk gelet op de objectieve technische en economische factoren o.a. in verband met capaciteitsreservering en aanpassing van het netwerk en de vereiste overstapkosten die de haalbaarheid van een dergelijk aanbod negatief beïnvloeden. Het feit dat deze technische en economische moeilijkheden zouden kunnen worden overwonnen op termijn bevestigt eerder het besluit dat in de actuele omstandigheden en in de nabije toekomst (tijdens de lopende reguleringsperiode) zulk een aanbod onwaarschijnlijk is.

Op dit punt dient rekening gehouden te worden met de duidelijke aanbeveling in verband met de basisprincipes inzake marktafbakening zoals verwoord in de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (Pb. C 372 van 09/12/1997 p. 5 – 13):

23. Ingeval substitueerbaarheid aan de aanbodzijde een aanzienlijke aanpassing van de bestaande materiële en immateriële activa, bijkomende investeringen, strategische beslissingen of tijd zou vergen, wordt bij de bepaling van de markt met deze substitueerbaarheid geen rekening gehouden. (...). In deze gevallen worden de effecten van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde en andere vormen van potentiële mededinging in een later stadium onderzocht.

171. Dat de CRC in haar substitutie-analyse enkel oog heeft voor de overstap- of migratiekosten in de hypothese van de migratie van bestaande klanten van alternatieve DSL-operatoren naar de kabel en niet voor de mogelijkheid van de onmiddellijke aansluiting van nieuwe klanten, doet niet af aan de conclusie dat het op korte termijn onwaarschijnlijk is dat de kabeloperatoren hun netwerk voor een dergelijke vraag zouden openstellen.

(c) Kritiek op de ketensubstitutie-analyse.

172. De grief van Belgacom heeft betrekking op het feit dat de CRC tot het besluit gekomen is dat er op markt 5 sprake is van ketensubstitutie op groothandelsvlak tussen de verschillende diensten (aangeboden snelheden) terwijl bepaalde schakels van de keten niet op het DSL-netwerk van Belgacom beschikbaar zijn. Het betreft met name de diensten met zeer hoge snelheid die momenteel enkel beschikbaar zijn op de kabelnetwerken zowel op eindgebruikers vlak als (notioneel) op groothandelsvlak.

De CRC stelt dat hoewel de door Belgacom gebruikte groothandelsverrichtingen voor het aanbieden van snelheden boven de 30 Mbps in beginsel binnen de relevante markt vallen gelet op de prospectief vastgestelde en binnen de lopende reguleringperiode te verwachten technologische evoluties op het Belgacomnetwerk, Belgacom evenwel geen verplichting wordt opgelegd om groothandelsdiensten aan te bieden met transmissiesnelheden die hoger liggen dan de gereguleerde aanbiedingen die zij aan de eindgebruikers doet. Met andere woorden zelfs indien markt 5 ruimer zou zijn omschreven dan de door Belgacom

aangeboden producten, dan zou zulks toch zonder incidentie blijven op de verplichtingen voor Belgacom.

173. Het hof oordeelt dat de Bestreden Beslissing geen relevante groothandelsmarkt heeft afgebakend die verder gaat dan de door Belgacom aangeboden en gereguleerde groothandelsdiensten. In de conclusie vervat onder punt 6.3.3 omschrijft de Bestreden Beslissing de relevante markt 5 ondubbelzinnig als de nationale breedbandmarkt die de DSL- en VDSL-bitstreamaanbiedingen van Belgacom omvat. De daaropvolgende analyse en regulering blijven bijgevolg beperkt tot de aldus omschreven aanbiedingen.

(d) Kritiek aangaande de analyse van de indirecte prijsdruk.

174. Het hof wenst er eerst en vooral op te wijzen dat in geval van infrastructuurconcurrentie tussen verticaal geïntegreerde netwerkoperatoren bij afwezigheid van voldoende directe prijsdruk de via de kleinhandelsmarkt uitgeoefende indirecte prijsdruk van belang kan zijn voor het bepalen van de perimeter van de relevante groothandelsmarkt (en voor het bepalen van marktmacht in hoofde van de dominante operator) aangezien de indirecte concurrentiële druk die kan uitgaan van de kabeloperatoren in dit geval niet afhangt van enige imminente dreiging van toetreding tot de markt (potentiële concurrentie). De aanwezigheid van indirecte prijsdruk uitgeoefend door de kabeloperatoren vertaalt zich immers in substitutie-effecten langs de vraagzijde (zie randnr. 2.166 Besluit van OFCOM (2010) Investigation into BT's residential broadband pricing, CW/00613/04/03).

Het kan daarom nodig zijn om de perimeter van de relevante groothandelsmarkt te verruimen teneinde op een gepaste manier met de concurrentievoorwaarden op de kleinhandelsmarkt rekening te houden.

175. De CRC omschrijft de indirecte concurrentiedruk in de Bestreden Beslissing (paragraaf 910) als volgt: *druk die door een verticaal geïntegreerde onderneming wordt uitgeoefend op een onderneming die op een stroomopwaarts gelegen markt input verkoopt die wordt gebruikt om een product te brengen op een stroomafwaarts gelegen markt; een*

stroomafwaarts gelegen markt waarop de kopers van deze input concurreren met de verticaal geïntegreerde onderneming.

De CRC laat evenwel opmerken dat er actueel geen algemeen aanvaard economische referentiemodel bestaat waarvan de regulator gebruik kan maken om de intensiteit van de indirecte prijsdruk te meten (conclusie CRC, randnr. 125). De Europese Commissie zou niettemin drie voorwaarden stellen alvorens een regulator de indirecte druk van de kabel kan weerhouden voor het bepalen van de perimeter van de markt (conclusie CRC, randnr. 226-228 en Beslissing van de Europese Commissie in de zaak CZ/212/1322 zie stuk B. 36) :

- (i) de onmogelijkheid voor de aanbieders van internettoegang om zelf de stijging van de groothandelsprijs te absorberen in plaats van door te rekenen in hun kleinhandelstarief;
- (ii) een voldoende substitueerbaarheid op kleinhandelsniveau tussen de aanbiedingen gebaseerd op de concurrerende netwerken en;
- (iii) een substantiële migratie van abonnees naar de kabeloperator en niet naar de retailafdeling van de historische operator.

De CRC besluit op basis van de recente beslissingen van de Europese Commissie ten aanzien van de Tsjechische en de Poolse regulator dat de bewijsstandaard vereist om de aanwezigheid aan te tonen van een voldoende sterke indirecte prijsdruk zeer hoog ligt (conclusie CRC, randnr. 230) en dat er wanneer er geen rechtstreekse prijsdruk aanwezig is wat *in casu* het geval is, van indirecte prijsdruk enkel in zeer uitzonderlijke gevallen sprake kan zijn (conclusie CRC, randnr. 223 en 245).

De CRC stelt zich bij het onderzoek van de indirecte prijsdruk te hebben laten inspireren door de benadering gevolgd door de Britse en Nederlandse regulatoren, door het wetenschappelijk werk van prof. Valetti en door de experts van het consultantbureau Analysys Mason (conclusie CRC, randnr. 232).

Als er indirecte prijsdruk vanwege de kabeloperatoren wordt vastgesteld is de opname van hun interne levering in de definitie van de groothandelsmarkt verantwoord. Het meten van de indirecte prijsdruk dient te gebeuren door een vergelijking tussen het werkelijke verlies

op de kleinhandelsmarkt (tengevolge van een duurzame prijsverhoging op groothandelsniveau door een operator met een sterke machtspositie) en het kritische verlies boven hetwelk die verhoging voor de betrokken operator niet rendabel meer is. Als het werkelijk verlies het kritisch verlies overtreft betekent dit dat er indirect (via de kleinhandelsmarkt) voldoende prijsdruk uitgaat van een geïntegreerde onderneming die op de kleinhandelsmarkt actief en bijgevolg dient te worden ingesloten in de marktperimeter op groothandelsniveau.

Om het kritische verlies en het werkelijke verlies te kunnen vergelijken moet de waarde van een aantal parameters bekend zijn, met name (i) de relatieve verhoging van de groothandelsprijs; (ii) het aandeel van de variabele kosten in de groothandelsprijs (iii) het aandeel van de prijs van het groothandelsproduct in de prijs van het kleinhandelsproduct (cost share of dilutie-factor) en (iv) de prijselasticiteit op de kleinhandelsmarkt (conclusie CRC, randnr. 219 en 232). De CRC stelt de waarde van deze parameters afgeleid te hebben op basis van de gereguleerde prijzen voor de ontbundeling van het aansluitnetwerk van Belgacom, de prijs van de producten inzake toegang tot een binair debiet van Belgacom, de gemiddelde retailprijzen door Belgacom gecommuniceerd, de variabele kosten berekend door haar expert, en de prijselasticiteit meegedeeld door Belgacom zelf (Bestreden Beslissing, randnr. 923-926).

De CRC komt tot het besluit dat het werkelijke verlies dat Belgacom zou lijden bij een verhoging van haar groothandelsprijzen met 10% en dit zowel voor het BROBA als het WBA-aanbod lager is dan het kritische verlies. Bovendien beweert de CRC vastgesteld te hebben dat de alternatieve DSL-operatoren over een voldoende marge beschikken om de verhoging minstens gedeeltelijk op te vangen waardoor het niet zeker is dat deze verhoging (volledig) zou worden doorgerekend in de kleinhandelsprijs. Bovendien is het volgens de CRC best mogelijk dat Belgacom via haar eigen retailpoot een aanzienlijk deel van de klanten van de alternatieve operatoren zou inpalmen. En ten slotte is de elasticiteit op de kleinhandelsmarkt volgens de CRC relatief gering, zodat een dergelijke verhoging van de groothandelsprijzen door Belgacom per slot van rekening rendabel zou zijn.

De CRC besluit uit dit alles dat er geen daadwerkelijke indirecte druk uitgaat van de kabeloperatoren op de groothandelsmarkt voor breedband en dat het bijgevolg niet gerechtvaardigd is om de eigen levering van de kabeloperatoren in deze markt op te nemen (Bestreden Beslissing, randnr. 928-938 en conclusie CRC, randnr. 231-235).

176. Het hof laat opmerken dat Belgacom en de CRC in hun respectieve conclusies (en betreffende stukken) de gedetailleerde discussie van hun berekeningen in verband met de weerhouden waarden aangaande de indirecte prijsdruk grotendeels hebben aangemerkt als vertrouwelijk.

Uit deze zeer gedocumenteerde uiteenzettingen, waarbij partijen kennelijk beroep hebben gedaan op de momenteel meest gereputeerde economische experts, kan het hof opmaken dat de grief van Belgacom op de mathematische berekening van de indirecte prijsdruk door de CRC betrekking heeft op de door de CRC aangewende berekeningsformule zowel wat betreft het niet in aanmerking nemen van bepaalde parameters als op de weerhouden respectieve waarden van de in deze formule opgenomen parameters.

177. Bij gebrek aan een objectief d.w.z. voldoende gezaghebbend economische referentiekader kan het hof bezwaarlijk beoordelen of de CRC in haar berekeningsformule de juiste parameters heeft aangewend respectievelijk voor de gebruikte parameters de juiste waarden heeft in aanmerking genomen. Het feit dat de CRC en Belgacom hierover zeer uitvoerig argumenteerden op basis van door deskundige rapporten gestaafde standpunten kan het hof alleen maar er toe doen besluiten dat op deze punten men in de huidige stand van de economische theorie geredelijk van mening kan verschillen. Het hof kan trouwens het eigen oordeel in elk geval niet in de plaats stellen van dat van de regulator.

178. De door Belgacom geformuleerde detailkritiek heeft in hoofdzaak betrekking op de door de CRC gebruikte elasticiteitsfactor.

Belgacom heeft de door de CRC gebruikte parameter inzake prijselasticiteit gecorrigeerd op basis van de in een marktstudie van Profacts weerhouden maar vertrouwelijke waarden (zie vertrouwelijk stuk A dossier Belgacom). Op basis hiervan komt Belgacom tot het besluit dat

in geval van een verhoging van de groothandelstarieven door Belgacom het werkelijke verlies significant groter is dan het kritische verlies (conclusie Belgacom, randnr. 104). Zij besluit hieruit dat er wel degelijk sprake is van indirecte druk zodat de kabeldiensten op basis van het door de CRC vooropgestelde mathematische formule, wel degelijk in de relevante markt moeten worden opgenomen en dat de door de CRC uitgevoerde analyse in de Bestreden Beslissing bijgevolg gebrekkig is.

De CRC van haar kant weerlegt de grief van Belgacom door de representativiteit van de Profacts-studie in vraag te stellen en door er op te wijzen dat de meest recente elasticiteitscoëfficiënt gebruikt door Belgacom viermaal hoger ligt dan de coëfficiënt die eerder voor Belgacom berekend werd in een consumentensurvey van Synovate en overgenomen door professor Valetti, die aan de CRC werd meegedeeld door Belgacom en waarop zij zich heeft gesteund bij het bepalen van de waarde van de elasticiteitscoëfficiënt (conclusie CRC, randnr. 274) en ook gevoelig hoger ligt dan benchmarkwaarden in andere vergelijkbare landen zoals Nederland (conclusie CRC, randnr. 177).

Voor Belgacom is de elasticiteitswaarde vervat in de studie van Synovate dan weer niet relevant omdat het een boogelasticiteit betreft die niet passend zou zijn voor de door CRC gebruikte formule en waarbij ook geen foutenmarge wordt gehanteerd.

179. Het hof ziet evenwel niet in hoe het in het licht van deze drastisch uiteenlopende waarden kan vaststellen welke waarden het dichtst de reële consumentengevoeligheid voor een prijsverhoging benaderen. Overigens blijken de door Belgacom weerhouden elasticiteitswaarden redelijk ver af te leggen van de referentiewaarden in het buitenland, wat een element is dat noopt tot additionele voorzichtigheid.

180. Dezelfde voorbehouden gelden eveneens voor wat betreft de overige kritieken met betrekking tot de door de CRC gebruikte parameters betreffende de ratio tussen de groothandelskost en de kleinhandelsprijs, het aandeel van de variabele kosten enz.

181. Zelfs indien zou worden aangenomen dat de door de CRC uitgevoerde test op één of meer van bovengenoemde punten gebreken vertoont, dan nog beschikt het hof niet over de

de vereiste instrumenten om één van beide werkhypothesen te valideren of te invalideren en aldus te beslissen over het al dan niet bestaan van indirecte prijsdruk.

182. In de gegeven omstandigheden (nu partijen het al niet eens zijn over de aan te wenden parameters) valt hierover ook geen heil te verwachten van bijkomend deskundig onderzoek.

183. Bijgevolg kan het hof op basis van de voorliggende stukken geen eigen gefundeerde toetsing uitvoeren betreffende het al dan niet bestaan van een voldoende indirecte prijsdruk waardoor bij de marktdefinitie rekening zou moeten gehouden worden met de eigen leveringen van de kabeloperatoren op groothandelsniveau.

Bij gebrek aan voldoende bewijskrachtige elementen die wijzen op een kennelijke beoordelingsfout of onzorgvuldigheid in hoofde van de regulator bij de beoordeling van de indirecte prijsdruk uitgeoefend door de kabel en nu indirecte prijsdruk niet kan worden vermoed, moet de desbetreffende grief van Belgacom worden verworpen.

(e) Kritiek betreffende de geografische marktafbakening.

184. De CRC stelt dat uit de elementen in het dossier niet blijkt dat er zich bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan sedert de vorige marktanalyse van 10 januari 2008 die tot een ander geografische afbakening van de markten zouden kunnen nopen.

De door Belgacom gesignaleerde regionale verschillen waren volgens de CRC ook al aanwezig in het kader van de vorige analyse.

Ook voert ze aan dat de nationale geografische marktafbakening door het hof werd bevestigd in haar arrest van 7 mei 2009 en dat de Europese Commissie geen bezwaar ertegen maakte in haar evaluatie van de ontwerpbeslissing.

Bovendien zou de Bestreden Beslissing op basis van objectieve elementen besluiten dat de markten 4 (§§ 482 tot 484) en 5 (§§ 940-944) nationaal zijn.

Belgacom zou ook niet met concrete feitelijke elementen aantonen op welke objectieve gronden zij haar prijzen zou kunnen differentiëren terwijl het hof in voormeld arrest (randnr. 60) reeds zou geoordeeld hebben dat de bewijslast bij haar zou liggen.

185. De CRC kan niet gevolgd worden in het argument dat Belgacom nooit gevraagd heeft om de voorwaarden van haar gereguleerd aanbod te differentiëren per regio. De aan Belgacom opgelegde verplichtingen bieden kennelijk geen ruimte voor een dergelijke differentiatie qua kenmerken of prijzen. Dit argument houdt bijgevolg een cirkelredenering in daar de regulator zelf een regionale differentiatie uitsluit. Dit gegeven wordt bevestigd door het standpunt van het Platform waarin wordt aangegeven dat het BIPT Belgacom verboden zou hebben om haar BROBA- aanbod voor Vlaanderen in te trekken vanaf 2009 (conclusie CRC, randnr. 289 en voetnoot 658 met verwijzingen naar stuk A. 42,p. 9-10).

186. Het is evenwel in de gegeven omstandigheden aan Belgacom om aan te tonen dat de CRC een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt aan de hand van concrete feitelijke elementen die haar er toe zouden aanzetten om in het geval van een concurrentieel (of gereguleerd) aanbod vanwege de kabel op de groothandelsmarkt van internettoegang op geografische basis aan prijsdifferentiatie te doen. Belgacom brengt hiertoe geen overtuigende elementen aan.

Besluit: de grief vervat in het tweede onderdeel van het tweede middel met betrekking tot een gebrekkige afbakening van de groothandelsmarkten 4 en 5 is niet gegrond.

C. *Derde middel met betrekking tot de rechtvaardiging van een nieuwe toegangsverplichting tot de multicastfunctie.*

187. Het middel betreft enkel markt 5 waarop een nieuwe verplichting door de Bestreden Beslissing aan Belgacom opgelegd wordt om, in antwoord op ieder redelijk verzoek, toegang te verlenen tot een bitstreamproduct dat de multicastfunctie omvat, gelijkwaardig aan deze die Belgacom intern aan haar dochterondernemingen of partners levert met het oog op de levering van eindgebruikersdiensten. De Bestreden Beslissing legt aldus naast bestaande maatregelen die eerder werden opgelegd in het kader van de regulering van markten 11 en 12 een nieuwe vorm van toegang op aan Belgacom naast een aantal bestaande regulatoire

verplichtingen inzake het publiceren van een referentieaanbod, de niet-discriminatieverplichting en het principe van de kostenoriëntatie.

De multicastfunctie laat toe aan andere DSL- operatoren die van de groothandelsdiensten van Belgacom gebruik maken om naast de toegang tot internet ook IPTV- diensten te verlenen aan de eindgebruikers.

188. De Bestreden Beslissing dient volgens Belgacom te worden vernietigd. Zij is immers gebaseerd op een kennelijke onvolledige en onjuiste analyse die dergelijke verplichting niet in redelijkheid kan verantwoorden en omdat de verplichting onevenredig is (conclusie Belgacom, randnr. 128).

189. De CRC meent dat de toegang tot de multicastfunctie in het kader van markt 5 ten volle gerechtvaardigd is ten aanzien van de beginselen van het regelgevende kader en van de rechtspraak van het hof conclusie CRC, randnr. 306 in fine)..

190. Met betrekking tot dit middel werd door de tussenkomende partijen niet geconcludeerd.

STANDPUNT BELGACOM.

191. Volgens Belgacom kan de multicastfunctie niet beschouwd worden als een normale evolutie inherent aan de bitstreamaanbod zoals de CRC voorhoudt maar als een onderscheiden dienst die in voorkomend geval een uitbreiding van dit aanbod uitmaakt (conclusie Belgacom, randnr. 116).

Belgacom meent overigens dat uit de Bestreden Beslissing (§ 1531 en 1555) om geen aparte markt voor bundelaanbiedingen te weerhouden volgt dat de alternatieve operatoren wel degelijk kunnen concurreren met Belgacom en de kabeloperatoren op de relevante markt zonder dat zij bundels hoeven aan te bieden (conclusie Belgacom randnr. 117).

Belgacom betwist verder het noodzakelijk, gepast en evenredig karakter van de maatregel.

Volgens Belgacom is het opleggen van een dergelijke maatregel in Europa overigens duidelijk de uitzondering en verwijst de CRC ten onrechte naar een aantal landen om het bestaan van

een regelgevend precedent aan te tonen. De nationale markten waar de CRC naar verwijst worden gekenmerkt door een totaal verschillende situatie inzake infrastructuurconcurrentie in vergelijking met België. Volgens Belgacom klopt het ook niet dat de BEREC en dergelijke maatregel zou aanbevelen zoals de CRC beweert.

(a) Er is niet voldaan aan de voorwaarden om een accessoire multicastverplichting op te leggen.

192. Belgacom betoogt vooreerst dat de multicastfunctie zelf niet behoort tot markt 5 en als aparte dienst ook niet inherent is aan de verplichting tot bitstreamtoegang die haar door de CRC werd opgelegd. Het zou eerder gaan om een uitbreiding van het reeds bestaande gereguleerde bitstreamaanbod die enkel onder bepaalde voorwaarden kan worden opgelegd.

Belgacom betwist niet dat een dergelijke uitbreiding eventueel kan opgelegd worden op basis van het Europees regelgevend kader maar stelt dat aan de daartoe vereiste voorwaarden *in casu* niet is voldaan.

Deze voorwaarden houden onder meer in dat de maatregel wordt opgelegd:

- (i) op de relevante markt waarop een operator met AMM positie heeft; en
- (ii) ten gevolge waarvan er een gebrek in de marktwerking en de ontwikkeling van de mededinging (marktfalen) is aangetoond (conclusie Belgacom, randnr. 117 en 120).

Wat betreft het beginsel dat de regelgeving betrekking moet hebben op de relevante eindgebruikersmarkt zijnde *in casu* volgens Belgacom die voor het leveren van IPTV-diensten of multiplayaanbiedingen met TV-component, verwijst Belgacom naar De Toelichting bij de Aanbeveling 2007 (p. 14, laatste alinea).

Volgens Belgacom bevat de Bestreden Beslissing geen enkele aanduiding dat Belgacom een operator zou zijn met een sterke machtspositie op enige relevante markt voor televisietransmissie of voor gebundelde aanbiedingen met TV-component waarop juist de kabeloperatoren zeer sterk staan zodat de multicastverplichting - die specifiek op de levering

van een televisiegerelateerde dienst slaat - niet rechtsgeldig kan opgelegd worden (conclusie Belgacom, randnr. 119).

Verder levert de CRC volgens Belgacom ook geen bewijs van enig marktfalen op deze markten: uit de vaststelling van de CRC dat de gebundelde aanbiedingen geen afzonderlijke markt uitmaken omdat er een prijsdruk uitgaat van de afzonderlijke producten op de prijs van de gebundelde, valt immers af te leiden dat de alternatieve aanbieders wel degelijk kunnen concurreren met Belgacom en de kabeloperatoren op de relevante markt voor de hier relevante producten van breedbandtoegang, zonder dat zij bundels hoeven aan te bieden. Met andere woorden zolang de afzonderlijke componenten van de bundels beschikbaar zijn op de markt kan volgens Belgacom de mededinging zich normaal ontwikkelen op de markt voor internettoegang.

In het licht van deze vaststellingen meent Belgacom dat de CRC de verplichting had het opleggen van de multicastverplichting specifiek en uitvoerig te motiveren teneinde het noodzakelijk, adequaat en evenredig karakter ervan aan te tonen.

193. Volgens Belgacom kan slechts in uitzonderlijke gevallen afgeweken worden van het beginsel dat een verplichting enkel kan opgelegd worden op een markt met een operator met AMM en marktfalen. Aldus kan een multicastfunctionaliteit (die alternatieve operatoren toelaat om via de DSL-infrastructuur een TV-aanbod te doen op de kleinhandelsmarkt) via internet enkel als bijkomende verplichting (accessorium) bij een toegang tot een binair debiet (BROBA- en WBA-aanbiedingen) worden opgelegd indien dit:

- (i) van fundamenteel belang is voor de ontwikkeling van een effectieve mededinging; en
- (ii) op grond van de impact ervan op de relevante eindgebruikersmarkt gerechtvaardigd is (conclusie CRC, randnr. 118 en 119 in fine).

Belgacom meent dat de opgelegde maatregel zeker niet van fundamenteel belang is voor de marktwerking met name omdat Belgacom reeds op commerciële basis toegang verleent tot haar netwerk met doorverkoop van TV-diensten inbegrepen. Dat fundamenteel belang wordt niet aangetoond door enkel te wijzen op enkele moeilijkheden die bepaalde

aanbieders zonder lokaal netwerk zouden ondervinden op de relevante markt van internettoegang.

Met andere woorden de Bestreden Beslissing is strijdig met het reglementair kader en op dit punt volgens Belgacom niet afdoende gemotiveerd.

194. Het feit dat alternatieve aanbieders mogelijk toegang vragen tot de multicastfunctie kan ook niet aangemerkt als bewijs van de noodzaak die het regulerend optreden rechtvaardigt. Bovendien is Belgacom bereid op vrijwillige basis aan de vraag van deze alternatieve aanbieders tegemoet te komen (zie overeenkomst afgesloten in september 2012 met KPN voor het triple-playaanbod SNOW) en zou zij geen andere formele verzoeken tot toegang hebben ontvangen, wat aantoont dat er van marktfalen geen sprake is.

Belgacom betoogt nog dat het probleem aangehaald door de CRC in verband met de daling van het marktaandeel van de alternatieve aanbieders op de eindgebruikersmarkt overigens niet veroorzaakt wordt door de onbeschikbaarheid van de multicastfunctie maar juist door de sterke positie van de kabeloperatoren die hun machtspositie op de televisiemarkt gebruiken als hefboom om hun positie op de breedbandmarkt en op het vlak van de multi-playaanbiedingen te versterken zoals de analyse in de Omroepbeslissingen bevestigt. Dit zou met name moeten blijken uit het feit dat tegenover het dalend marktaandeel van de alternatieve operatoren de netto aangroei staat van de kabeloperatoren en dat in de regio's waar de kabeloperatoren sterk staan alternatieve operatoren zwak staan, element waarmee de CRC evenwel volgens Belgacom ten onrechte geen rekening houdt. Belgacom ziet hierin de bevestiging van haar standpunt dat de Bestreden Beslissing ten onrechte slechts aan één infrastructuur (DSL-netwerk) bijkomende nieuwe verplichtingen oplegt terwijl het buiten kijf staat dat de andere infrastructuur (de kabel) op de televisiemarkt en de markt van de bundels met TV een doorslaggevende invloed heeft (conclusie Belgacom, randnr 124).

195. Bijgevolg ontbreekt volgens Belgacom ook elke grond of noodzaak voor het opleggen van de betreffende verplichting.

Belgacom verwijt de CRC ter zake een kennelijke beoordelingsfout en een manifest onjuiste toepassing van het regelgevingskader (artikel 8, §4 van Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002, PB L 108 van 24 april 2002 zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG van 25 november 2009, PB L 337 van 18 december 2009 hierna geciteerd als “Toegangsrichtlijn”). Bovendien voelt Belgacom zich benadeeld door deze behandeling die zij kennelijk onredelijk en discriminerend acht en in strijd met artikel 8, §5, b) van de Toegangsrichtlijn en van artikel 5 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

(b) het ontbrekend noodzakelijk, passend en proportioneel karakter van de maatregel.

196. Met name omdat de concurrentie op de markt principieel mogelijk is op basis van de afzonderlijke bestanddelen van multiple playaanbiedingen diende de CRC volgens Belgacom het opleggen van een multicastverplichting heel specifiek te motiveren teneinde het noodzakelijk, adequaat en evenredig karakter ervan aan te tonen, wat niet is gebeurd.

197. Ten slotte argumenteert Belgacom dat de Bestreden Beslissing omdat zij nalaat de te remediëren marktgebreken (afdoende) in concreto te identificeren ook niet toelaat het noodzakelijk, adequaat en evenredig karakter van de opgelegde verplichting in verband met multicast te controleren.

Volgens Belgacom kan in het bijzonder het evenredig karakter van deze nieuwe verplichting niet worden geverifieerd wanneer zoals in onderhavig geval er geen voorafgaandelijk analyse is gebeurd van de relevante kleinhandelsmarkt (voor TV-omroep of bundels).

198. De zogenaamde beperking tot “redelijke verzoeken” van de opgelegde verplichting evenals de mogelijkheid voor Belgacom om andere oplossingen aan te reiken voor een bitstreamproduct met multicastfunctionaliteiten doen volgens Belgacom aan het voorgaande geen afbreuk en kunnen de proportionaliteit van de maatregel niet aantonen. Belgacom preciseert in dit verband de toegang tot haar IPTV- platform als goedkoper alternatief te hebben aangeboden, waarna het BIPT dat referentieaanbod heeft aanvaard.

Deze flexibiliteit wat betreft de uitvoeringsmaatregelen verantwoordt op zich evenwel nog niet de opgelegde maatregel.

199. Belgacom formuleert ten slotte de grief dat in de Bestreden Beslissing nergens een concrete analyse wordt gemaakt van de gevolgen van de opgelegde verplichting voor Belgacom zowel op financieel vlak als wat betreft haar investeringen (conclusie Belgacom, randnr. 127).

BESTREDEN BESLISSING.

Rechtvaardiging en evenredigheid van de voorgestelde verplichting.

1110. Het BIPT beschouwt dat het gerechtvaardigd en evenredig is om Belgacom te verplichten de redelijke verzoeken om bitstreamtoegang met multicastfunctionaliteiten in te willigen. Het BIPT verklaart zich nader hieronder.

(...)

1112. Het BIPT stelt overigens een opmerkelijke evolutie vast van de Belgische breedbandmarkt naar de levering van diensten via multiple-playaanbiedingen (zie hoger – deel 4.6.) en moet overigens rekening houden met onder meer de geringe mate van ontwikkeling van ontbundeling in België en de verdwijning van de mogelijkheid tot ontbundeling in een aantal toegangspunten door de sluiting van grote LEX'en. Het houdt ook rekening met een aanzienlijke impact van bitstreamaanbiedingen in België bij het streven naar de doelstellingen vastgelegd in het regelgevingskader, en in het bijzonder teneinde het behoud en de ontwikkeling van concurrentie op de stroomafwaartse markten te garanderen (zie hoger deel 6.5.2). Het BIPT stelt voorts vast dat het op het ogenblik van deze analyse nog steeds onmogelijk blijft voor de alternatieve DSL-operatoren om multiple-playdiensten aan te bieden op basis van de bestaande bitstreamaanbiedingen. Het is bijgevolg noodzakelijk en gerechtvaardigd om een wholesaleaanbod voor bitstreamtoegang met multicastfunctionaliteiten ter beschikking te stellen in België. De toegang tot de multicastfunctionaliteit beoogt te garanderen dat er geen discriminatie is en dat de alternatieve DSL-operatoren het spel van de concurrentie kunnen meespelen op de breedbandmarkt zoals beschreven door het BIPT dat meer bepaald als kenmerk een stijgend belang van gebundelde aanbiedingen naar voren schuift waarmee de regulator voortaan rekening dient te houden.

1113. Uit de analyse van de retailmarkt in België blijkt inderdaad dat de vraag naar gebundelde aanbiedingen met snel internet en digitale tv blijft toenemen en dat de

mogelijkheid om dergelijke gebundelde producten aan te bieden, aanzienlijke concurrentievoordelen inhoudt voor de operatoren. Het BIPT meent bijgevolg dat een alternatieve operator die niet over de mogelijkheid beschikt om een breedbandaanbod uit te werken dat het uitzenden van inhoud omvat, aanzienlijke moeilijkheden zal ondervinden om zich op voldoende wijze te ontwikkelen op de breedbandmarkt en om het spel van de concurrentie te spelen op een markt zoals de Belgische. Toegang tot de multicastfunctionaliteiten is in die zin erg belangrijk voor de ontwikkeling en het behoud van concurrentie op de Belgische breedbandmarkt.

(...)

De Belgische situatie

1121 Het BIPT stelt vast dat de retailbreedbandmarkt voor particuliere gebruikers in België geleidelijk aan maar op aanzienlijk wijze evolueert naar multiple-playaanbiedingen, zoals gedetailleerd in deel 4.6 van dit besluit.

1122. Wat betreft multiple-playaanbiedingen waarbij breedbandinternet gebundeld wordt met digitale tv, speelt er duidelijk concurrentie tussen de enige kabeloperatoren en Belgacom, op de alternatieve operatoren na.

1123. Vandaag zijn de alternatieve DSL-operatoren niet in staat wegen technisch-economische redenen om televisieaanbiedingen te leveren op een nationale basis vanuit de bestaande wholesale-DSL-aanbiedingen, ongeacht of het markt 4 of markt 5 betreft (BRUO/BROBA/WBA) want:

- Ontbundeling stelt de alternatieve operatoren in theorie in staat om IPTV-aanbiedingen te leveren. Dat houdt evenwel aanzienlijke investeringen in die enkel kunnen worden afgeschreven voor de dichtstbevolkte zones van het Belgische grondgebied. Bovendien is de huidige dekking in termen van ontbundeling beperkt en bestaat het risico dat de plannen voor sluiting van LEX'en door Belgacom, in combinatie met de erg beperkte economische haalbaarheid van ontbundeling (wat het BIPT bovendien niet heeft opgelegd aan Belgacom zoals hierboven vermeld) via het aansluitnet de ontwikkeling van breedband in België nog meer zullen beperken.*
- Het gebrek aan ontbundeling van het aansluitnet verhindert een DSL-operator om aan zijn klanten een video-omroepdienst in het formaat point-to-multipoint te bieden met de capaciteit om tegelijk verscheidene videosignalen te leveren.*
- Het is technisch mogelijk om zich te beperken tot het gebruik van het huidige bitstreamaanbod (zonder multicast). Deze oplossing houdt evenwel in dat dezelfde video-inhoud verscheidene keren wordt verstuurd naar de gebruikers die gelijktijdig hetzelfde kanaal bekijken; terwijl bij een bitstreamaanbod met multicast slechts één keer een kanaal van inhoud wordt verstuurd binnen elke cluster van LEX'en (dus naar verscheidene LEX'en). Zonder multicast bedragen de kosten voor breedband een veelvoud van het aantal eindgebruikers. Met een multicastfunctionaliteit daarentegen bedragen de breedbandkosten een veelvoud van het aantal aangeboden zenders in het*

boeket, per cluster van LEX'en. De multicast-bitstreamaanbiedingen zijn dus veel doeltreffender dan de huidige bitstreamaanbiedingen voor het lineaire uitzenden van video-inhoudsdiensten, zowel in technische als in financiële termen en het BIPT beschouwt ze onmisbaar in deze zin teneinde de operatoren in staat te stellen het spel van de concurrentie te spelen.

1124. Om die redenen kunnen de alternatieve DSL-operatoren op dit ogenblik niet concurreren op het vlak van de multiple-playaanbiedingen. Rekening houdend met de evolutie van de Belgische breedbandmarkt naar multiple-playaanbiedingen die uitgebreid werd beschreven door het BIPT aan het begin van de analyse, is het risico groot dat een operator die genoeg neemt met het aanbieden van enkel breedbandtoegang bovendien erg aanzienlijke problemen ondervindt om concurrerend te blijven ten opzichte van de operatoren die in staat zijn om een multiple-playaanbieding te doen. Het BIPT meent dus dat het zowel een essentieel ontwikkelingsmiddel voor de concurrentie op de markt voor breedbandtoegang betreft, als een middel om de bestaande concurrentie te behouden. (...)

1126. Het BIPT is van oordeel dat, om de voormelde redenen, deze multi-playoplossingen geen volwaardig en afdoende alternatief vormen rekening houdend met de huidige aanbiedingen die Belgacom en de kabeloperatoren op de markt brengen. Om te zorgen voor een duurzame concurrentie op de retailbreedbandmarkt is het dus onontbeerlijk om de beschikbaarheid van wholesalefunctionaliteiten te verzekeren waardoor de ontwikkeling van concurrerende multi-playaanbiedingen met televisie mogelijk is.

1127. Het BIPT benadrukt overigens dat de alternatieve operatoren een duidelijke oproep doen voor multicastfunctionaliteiten in het kader van de commercialisering van gebundelde aanbiedingen met breedbandinternet en digitale tv: KPN, Mobistar en EDPnet menen zo bijvoorbeeld dat digitale televisie een sleutelement is voor de concurrentie op de breedbandmarkt. Ze beschouwen dat de onmogelijkheid voor de alternatieve DSL-operatoren om multiple-playaanbiedingen te doen, hun concurrentiepositie op de breedbandmarkt sterk beïnvloedt en drukken hun wens uit voor een bitstreamaanbod met multicast. In een dergelijke context en rekening houdend met het belang van dat soort van toegang voor de marktspelers en de concurrentie, is het onontbeerlijk dat de regulator, net als voor de andere toegangselementen, de inachtneming garandeert en controleert van het aanbod van deze wholesaletoegang in niet-discriminerende en transparante omstandigheden die de verwezenlijking van de door het regelgevingskader vastgelegde doelstellingen kunnen helpen bevorderen. Rekening houdend met de moeilijkheden waarmee de operatoren die niet over een wholesaleoplossing beschikken om concurrerende gebundelde aanbiedingen te doen, worden geconfronteerd, acht het BIPT het risico reëel dat de voorwaarden voor de (eventuele) terbeschikkingstelling van dat soort van functionaliteit aan alle of aan een deel van de operatoren op de markt, niet gunstig zijn voor de ontwikkeling en het behoud van de concurrentie, in het bijzonder de concurrentie ten opzichte van de historische operator.

1128. Het BIPT beschouwt dat, rekening houdend met de ontwikkeling en het belang van multiple-playaanbiedingen op de Belgische markt en de toename van de vraag naar dat soort van product op de retailmarkt, de concurrentiekracht van de alternatieve operatoren afneemt en de ontwikkeling van de concurrentie op de breedbandmarkt verhinderd wordt doordat de alternatieve operatoren geen omroepdiensten kunnen bieden op basis van de bestaande wholesaleaanbiedingen. Uit de analyse van de retailmarkt is gebleken dat meer dan één op de twee³⁸⁶ nieuwe klanten die intekenen op een nieuw breedbandabonnement dat doen via een triple-playaanbod en dat deze tendens alleen maar toeneemt. De verplichting om bitstreamtoegang met multicastfunctionaliteiten aan te bieden begunstigt dus de verwezenlijking van de algemene doelstellingen van het regelgevingskader: de concurrentie bevorderen, terwijl erop toegezien wordt dat de gebruikers maximaal profijt trekken in termen van keuze, prijs en kwaliteit³⁸⁷ en door ervoor te zorgen dat de concurrentie in de sector van de elektronische communicatie niet wordt vervalst of belemmerd.

1130. Het BIPT vindt ook dat het opleggen van een bitstreamaanbod met multicastfunctionaliteiten de ontwikkeling van ontbundeling niet zal belemmeren en dat het hier een evenredige en zo min mogelijk ingrijpende remedie oplegt. Voor zover het huidige bitstreamaanbod de ontbundeling immers niet ontmoedigt (cf. supra – dankzij ontbundeling kan de alternatieve operator zijn eigen materiaal en dus eventuele ontbrekende kenmerken in het aanbod van de dominante operator kiezen en kan hij vooral zelf zorgen voor het beheer), zal een bitstreamaanbod met multicast geen beduidende negatieve invloed hebben op de investeringsladder aangezien de voornaamste voordelen van de ontbundeling verder gaan dan de toevoeging van de multicastfunctie op het niveau van de bitstream. Hoewel het BIPT in de toekomst een zwakke ontwikkeling van de ontbundeling verwacht, heeft deze verwachting niets te maken met het opleggen van een multicastverplichting op de wholesalebreedbandmarkt. Het BIPT heeft immers in de vorige delen gedetailleerd dat de sluiting van de LEX'en en de migratie naar VDSL2 de voornaamste elementen waren die de zwakke vooruitzichten voor ontbundeling verklaarden (zie hoger).

1131. Het BIPT heeft het overigens bijzonder ter harte genomen om toe te zien op de evenredigheid van de remedie voor de SMP-operator en heeft deze laatste zo de mogelijkheid gelaten om alternatieven aan te reiken voor de remedie van toegang tot de multicastfunctionaliteiten. De uiteindelijk gekozen oplossing zal overigens worden onderworpen aan een nationale raadpleging en zal het voorwerp uitmaken van een besluit van het BIPT.

1132. De minst ingrijpende alternatieve wholesaledienst in termen van middelen die de SMP-operator van markt 4 moet aanbieden, naar aanleiding van de schrapping van de verplichting om het aansluitnet te ontbundelen, is het VLAN point-to-multipoint dat verband houdt met de multicastfunctie:

- *Die verplichtingen raken geenszins aan de investeringen die Belgacom heeft gedaan om zijn IPTV-diensten te lanceren. Het betreft immers standaardfuncties in de beschouwde Ethernet-transportapparatuur die ook aanwezig zijn wanneer Belgacom er zelf geen gebruik van maakt (deze dienst kan bijvoorbeeld worden gebruikt voor onlinespelen). Het is daarom onterecht van Belgacom om te beweren dat het hier om “een vernieuwende risicovolle investering” gaat.*
- *Zoals hierboven toegelicht, zouden de derde operatoren het bestaande aanbod kunnen gebruiken door de multicastfunctie in hun netwerk te houden en door een VLAN met een hogere prioriteit te creëren naar elk van hun klanten. Zelfs al worden de bijbehorende kosten die hun aanbod niet-concurrerend zouden kunnen maken, buiten beschouwing gelaten, toch moet worden vastgesteld dat een dergelijke toepassing Belgacom ertoe zou verplichten om sneller te investeren om de capaciteit van zijn netwerk te verhogen. Indien het zich gedraagt als efficiënte operator, heeft Belgacom er dan ook belang bij om de VLAN E-Tree aan te bieden om de behoeften aan capaciteit te verminderen.*
- *In termen van capaciteitupgrade moet een efficiënte operator die voorziet in verhogingen van snelheid voor de eindgebruikers op korte en op middellange termijn - wat de algemene consensus is van de sector - materiaal hebben gekozen dat kan worden geüpgraded. De upgrade is dus een mogelijke handeling die de operator met een machtspositie zichzelf biedt.*
- *De capaciteitstoename voor bijkomende boeketten (een aanvrager beperkt zich tot een aanvraag van 128 Mbps vandaag) zal kleiner zijn dan de vereiste capaciteitstoename voor andere toepassingen zoals VoD die Belgacom aanbiedt op retailniveau. Deze toename van capaciteit is bijgevolg niet buitensporig aangezien de operator met een machtspositie voor zichzelf geregeld investeringen van dezelfde omvang moet doen.*
- *Het aantal IP-adressen van Class D voor multicasting (verschillende duizenden) overstijgt ruimschoots de behoeften aan verscheidene boeketten.*

1531. Indien er dus onvoldoende prijsdruk uitgaat van de afzonderlijke producten op de prijs van de gebundelde aanbieding, zou dit aanleiding kunnen geven tot het onderscheiden van een aparte retailmarkt voor multi-playproducten.

(...)

1553. Uit bovenstaande indicatoren blijkt enerzijds dat er verschillende aanwijzingen zijn die duiden op het ontstaan van een bundelmarkt. Operatoren en consumenten genieten voordelen van multi play die de prijsdruk van afzonderlijke onderdelen op de bundel beperkt. Hierbij dient evenwel opgemerkt te worden dat, door het effect van

overheveling van marktmacht, conclusies omtrent deze beperkte prijsdruk misleidend kunnen zijn.

1554. Anderzijds zijn er elementen die aantonen dat er (nog) geen bundelmarkt bestaat. Zo zijn er weinig overstapkosten die specifiek zijn voor bundels en blijft er nog steeds een grote asymmetrie in de ontwikkeling van de marktaandelen van de afzonderlijke producten bij de verschillende operatoren.

1555. Het BIPT concludeert dat er momenteel onvoldoende indicatoren zijn die aantonen dat er zich een afzonderlijke markt voor bundels zal ontwikkelen tijdens de komende reguleringsperiode. De afzonderlijke producten, waaronder breedbandinternet, vormen een eigen markt waarvan bundels deel uitmaken. (...).

STANDPUNT CRC.

De CRC meent dat de opgelegde verplichting verantwoord, passend is en proportioneel.

(a) het passend en verantwoord karakter van de maatregel.

200. De CRC stelt in het algemeen dat zij als regulator bevoegd is om naast de verplichtingen die ze oplegt aan de operator die als dominant is aangewezen op een groothandelsmarkt, verplichtingen op te leggen met betrekking tot accessoire verrichtingen indien deze noodzakelijk zijn om de efficiëntie van de op de gereguleerde markt opgelegde toegang te verzekeren (conclusie, p. 189).

201. De CRC antwoordt op het argument dat Belgacom op de relevante markt voor televisieomroep en multiplay geen marktmacht heeft, dat teneinde de betrokken maatregel inzake multicast te kunnen opleggen het juridisch geenszins vereist is dat Belgacom op enige eindgebruikersmarkt over een aanmerkelijke machtspositie beschikt. Overigens heeft de CRC ook geen operator met AMM aangeduid op de relevante kleinhandelsmarkt in de Omroepbeslissingen van 1 juli 2011, alwaar Belgacom de wettigheid van deze benadering ondersteunt. Het volstaat dat dominantie aanwezig is op de stroomopwaartse geanalyseerde groothandelsmarkt (markt 5). Ten overvloede overweegt de CRC in conclusies (pagina 185) dat hoewel zij geen formele analyse gemaakt heeft van de kleinhandelsmarkt voor televisieomroepdiensten, geactualiseerde gegevens (Q3 2011 tot Q4 2012) inzake

netto-toevoegingen (p. 64) niettemin aantonen dat Belgacom de nationale marktleider is inzake aanbiedingen voor internettoegang én multiplay.

202. Wat betreft de verwijzing naar buitenlandse precedentes stelt de CRC dat de verwijzing in de Bestreden Beslissing naar de praktijk van andere regulatoren geen dragende motivering uitmaakt voor de *in casu* opgelegde verplichting. Het belang van deze verwijzing zou er enkel in bestaan aan te tonen dat het opleggen van toegang tot multicast een bestaande praktijk is, niet meer of niet minder. Volgens haar werd op datum van 31 december 2012 een multicasttoegang opgelegd op markt 5 in Denemarken, Italië, Noorwegen, Zweden, Zwitserland, Hongarije, Slovenië, Macedonië, Kroatië en vrijwillig aangeboden in Nederland. Volgens de CRC zou de BERE overigens het opleggen van een dergelijke verplichting op markt 5 beschouwen als een *best practice* ('aanbevolen praktijk').

203. Het is volgens de CRC veeleer op grond van overwegingen eigen aan de nationale omstandigheden dat zij steunend op concrete en specifieke elementen van de Belgische markt besloten heeft tot het opleggen van een dergelijke verplichting (hoge concentratie, succes van de bundels, een negatieve impact van nieuwe technologie op de ontbundeling van het aansluitnetwerk, de uitdrukkelijke vraag van alternatieve aanbieders om het bitstreamaanbod uit te breiden tot de multicastfunctie, de weigering tot september 2012 van Belgacom om genegotieerde toegang te verlenen).

204. Wat betreft het door Belgacom betwiste inherente karakter van de multicastfunctie ten aanzien van de breedbandinternettoegang meent de CRC dat de toegang tot de multicastfunctie integraal deel uitmaakt van de breedbandtoegangsproducten die onder markt 5 vallen. Multicast betreft met name een verrijking van het bestaande gamma van producten in het kader van de breedbandtoegangsproducten en is een onderdeel van een logische evolutie die niet enkel beantwoordt aan een uitdrukkelijke vraag van de alternatieve operatoren maar ook overeenstemt met het gebruik dat Belgacom zelf maakt van haar eigen interne middelen zodat de opname van de multicastfunctie in de gereguleerde aanbiedingen BROBA en WBA niet meer is dan het logische gevolg van Belgacom's niet-discriminatieverplichting. Immers, deze verplichting houdt in dat Belgacom

de alternatieve operatoren dezelfde diensten met dezelfde kwaliteit en functionaliteit aanbiedt als degene die ze zelf gebruikt.

Met andere woorden, de toegang tot de multicastfunctie is volgens de CRC een optie die inherent is aan de technische mogelijkheden van de breedbandtoegangsproducten en waarvan alternatieve operatoren niet mogen worden uitgesloten.

Overigens zou ook de Europese Commissie zoals blijkt uit haar commentaren op de analyses van markt 5 inzake Denemarken en Cyprus van mening zijn dat de multicastfunctie onder markt 5 valt *op voorwaarde dat aangetoond wordt dat deze input noodzakelijk is om concurrentieel te zijn op de stroomafwaartse markten* (randnummer 363 met verwijzingen naar stuk B. 49 en B. 47).

205. Ten aanzien van de grief van Belgacom dat zij de relevante kleinhandelsmarkt onvoldoende zou hebben onderzocht om deze maatregel te kunnen opleggen, stelt de CRC dat duidelijk volgt uit haar onderzoek van de kleinhandelsmarkt van internettoegang en multiplayaanbiedingen dat Belgacom op deze markt de belangrijkste nationale aanbieder is en dat de alternatieve aanbieders niet in staat zijn om aanbiedingen met internet en TV aan te bieden omwille van de beperkte perspectieven van de BRUO en de beperkingen in verband met BROBA en WBA -aanbiedingen, wat hun zwakke concurrentiepositie verklaart.

Hiermee stelt de CRC dat de concurrentiepositie van de alternatieve operatoren op de betrokken markt inzake internettoegang essentieel bepaald wordt door de capaciteit om multiplayaanbiedingen te doen door een beroep op de multicastfunctie van het netwerk van Belgacom die hun toelaat een IPTV aanbieding in hun aanbod op te nemen.

206. Volgens de CRC volgt het noodzakelijk, adequaat, fundamenteel en evenredig karakter van de opgelegde verplichting uit het feit dat de capaciteit voor de alternatieve operatoren om multiplay aan te bieden fundamenteel en cruciaal is voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang.

207. Het feit dat Belgacom recent op commerciële basis een overeenkomst met KPN (SNOW) heeft gesloten spreekt het voorgaande volgens de CRC niet tegen. De (volgens de

CRC niet zo gunstige) voorwaarden van het akkoord met KPN en het geschil ontstaan naar aanleiding van een gelijkaardig verzoek van Mobistar tonen volgens de CRC aan dat een gereguleerde toegang tot de multicastfunctionliteiten fundamenteel en cruciaal zijn voor de ontwikkeling van de mededinging op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang, en meer in bijzonder op de aanbiedingen die internet en TV combineren. Zeker nu deze alternatieve operatoren afhangen van dienst die exclusief door Belgacom wordt aangeboden en waardoor deze in staat is om de voorwaarden van de betrokken markt te beïnvloeden.

(b) het proportioneel karakter van de maatregel.

208. De CRC meent dat haar voorspelling van op termijn globale positieve effecten van de maatregel op de ontwikkeling van de mededinging in de betrokken eindgebruikersmarkt niet aangetast is door een manifeste beoordelingsfout en dat de maatregel hoe dan ook in het belang is van de Belgische consument.

In dit verband wijst de CRC er op dat omwille van het belang dat de consument hecht aan de ontwikkeling van aantrekkelijke multiplayaanbiedingen - die hij als eindgebruiker als dienst van zijn operator mag verwachten - ieder alternatieve operator die geen volledig gamma van diensten kan aanbieden ontegensprekelijk een concurrentie handicap heeft.

209. Anderzijds stelt de CRC dat bij een ex-antemaatregel als deze het uiteraard onmogelijk is om wiskundig aan te tonen dat de remedie de mededinging op de markt zal begunstigen. Volgens de CRC is een maatregel proportioneel en gerechtvaardigd in het licht van artikel 8 van de Kaderrichtlijn als de opgelegde remedie redelijkerwijs beantwoordt aan de verwachtingen en geschikt is voor de oplossing van de vastgestelde problemen. Zij meent dit in de Bestreden Beslissing te hebben aangetoond met name in het kader van een prospectieve benadering.

210. Tenslotte geeft de CRC nog aan dat de proportionaliteit van de opgelegde toegang wat betreft haar technische, technologische en financiële impact beoordeeld moet worden rekening houdend met de inhoud van de nog te nemen uitvoeringsmaatregelen en met name met de bewegingsruimte die Belgacom heeft gekregen om alternatieve voorstellen te

formuleren met het oog op het verminderen met name van de financiële impact voor Belgacom (conclusie CRC, randnr. 352 in fine).

211. Volgens de CRC zou de proportionaliteit van de opgelegde multicastverplichting overigens afdoende blijken uit het feit dat Belgacom:

(i) van de haar toegekende bewegingsruimte daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt om de vaste kosten van haar TV-platform over een bredere basis te spreiden en extra groothandelsinkomsten te genereren (conclusie CRC, randnr. 354);

(ii) geen beroepsprocedure gestart is tegen het aldus door het BIPT op 4 oktober 2012 goedgekeurde referentieaanbod (conclusie CRC, randnr. 356) en

(iii) eind 2012 vrijwillig een gelijkaardige groothandelstoegang met betrekking tot haar VDSL2 lijnen is overeengekomen met KPN (SNOW) (conclusie Telenet, randnr. 357-360), waardoor is aangetoond dat een dergelijk groothandelsaanbod met multicast voor haar technisch haalbaar én economisch zinvol is.

BEOORDELING.

212. Het hof laat voorafgaandelijk het volgende opmerken.

Voor het opleggen van een maatregel als deze vervat in de Bestreden Beslissing met betrekking tot toegang tot de multicastfunctie van het bitstreamaanbod van Belgacom is juridisch niet vereist dat de CRC aantoont dat Belgacom over een aanmerkelijke marktmachtpositie beschikt op de kleinhandelsmarkt van de televisiediensten of van de gecombineerde aanbiedingen internet en TV. Het volstaat dat de CRC aantoont dat Belgacom over een dergelijke positie beschikt op een ten aanzien van de kleinhandelsmarkt inzake internetbreedbandtoegang stroomopwaarts gesitueerde groothandelsmarkt zoals *in casu* het geval is en dat dit op de stroomafwaartse eindgebruikersmarkt leidt tot mededingingsproblemen.

Overigens heeft de Bestreden Beslissing terecht geoordeeld dat in de huidige omstandigheden er onvoldoende redenen zijn om een aparte bundelmarkt te definiëren. Gebundelde producten met internet en TV maken bijgevolg deel uit van onderscheiden markten.

Inzake de grief van Belgacom dat de impact van de alternatieve operatoren te gering is om pertinent te zijn, toont laatstgenoemde het bestaan van een *de minimis* regel niet aan.

213. De opgelegde maatregel moet wel (i) passend zijn en gebaseerd op de aard van de vastgestelde problemen; (ii) verantwoord zijn op goede gronden en; (iii) proportioneel toegepast worden in functie van de wettelijke doelstellingen (zie artikel 8 Kaderrichtlijn en artikel 5 van de WEC).

(a) passend en verantwoord karakter van de opgelegde maatregel.

214. De maatregel moet duidelijk in verband staan met de aard van de vastgestelde problemen en noodzakelijk om daaraan een passende oplossing te bieden.

De vraag of de multicastfunctie al dan niet een inherent onderdeel uitmaakt van het bitstreamaanbod van Belgacom of eerder een van de bitstream onderscheiden toegangsvorm die evenwel een uitbreiding van dat groothandelsaanbod uitmaakt noodzakelijk voor de efficiëntie van de toegangsverplichting op die markt, is *in casu* niet pertinent nu de CRC zelf stelt dat, in overeenstemming met het standpunt van de Europese Commissie, moet worden aangetoond dat deze input onmisbaar of zoals zij stelt *noodzakelijk* is (voor de alternatieve operatoren) om concurrentieel te kunnen zijn op de stroomafwaartse markt inzake internetbreedbandtoegang (conclusie CRC, randnr. 363).

De opgelegde multicastverplichtingen voldoen enkel aan de criteria die volgens de Europese Commissie gelden om naast de hoofdverplichtingen accessoire verplichtingen aangaande een activiteit die buiten de relevante markt voor internettoegang ligt op te kunnen worden gelegd als zij *een essentieel element uitmaken ter ondersteuning van de [hoofd – (toevoeging*

door het hof]]verplichtingen opgelegd op de relevante SMP markt waarzonder deze niet effectief zouden zijn (vert. punt 2.6 van Toelichting bij de Aanbeveling 2007, p. 14 en 15) .

215. De CRC dient bijgevolg *in casu* aan te tonen dat toegang tot de multicastfunctie op het netwerk van Belgacom onmisbaar is om de doeltreffendheid van de bestaande toegangsverplichtingen inzake breedbandinternet op groothandelniveau te waarborgen en voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de door haar gekarakteriseerde kleinhandelsmarkt.

In die zin heeft de Europese Commissie op 14 december 2012 ten aanzien van de Cypriotische regulator eraan herinnerd dat zij het insluiten van een dergelijke multicastfunctionaliteit enkel aanvaardt bij het opleggen van bitstreamtoegang onder de voorwaarde dat een dergelijke verplichting gerechtvaardigd en proportioneel is. Dergelijke omstandigheden zouden het bestaan van een geverifieerde trend naar de voorziening van multiple play-aanbiedingen omvatten, met de capaciteit om de TV-diensten aan te bieden die een essentieel element vormt in de voorziening van concurrentiële gebundelde aanbiedingen inhouden (stuk B.47).

216. De Bestreden Beslissing wijst op het groeiende succes van de aanbiedingen die internet en TV combineren, op de expliciete vraag van bepaalde aanbieders om een toegang tot de multicastfunctie (met TV-omroep) te hebben en op de neergang van de activiteiten van de alternatieve aanbieders die een dergelijk aanbod niet kunnen bieden aan de eindgebruikers.

In dit verband betoogt de CRC nog dat de toegang tot de multicastfunctionaliteiten erg belangrijk (Bestreden Beslissing, § 1113) en fundamenteel (conclusie CRC, randnr. 373) is voor de ontwikkeling en het behoud van de concurrentie op de Belgische breedbandmarkt omdat een alternatieve operator die niet over de mogelijkheid beschikt om een breedbandaanbod uit te werken dat het uitzenden van inhoud omvat, aanzienlijke moeilijkheden zal ondervinden om zich op voldoende wijze te ontwikkelen op de breedbandmarkt.

217. Het kan bezwaarlijk worden ontkend dat in de huidige marktomstandigheden de beperking voor alternatieve operatoren om een multiple play aanbod inhoudende een TV product aan consumenten te doen kennelijk een concurrentieel nadeel uitmaakt ten opzichte van de operatoren die hier wel over beschikken. Deze operatoren zijn immers uitgesloten van een succesvol en aantrekkelijk segment van de markt.

De CRC kan uit dit niet-betwiste gegeven evenwel niet afleiden dat het opleggen van een bitstreamaanbod met een multicastfunctie zondermeer “*absoluut noodzakelijk*” is voor het bevorderen van een daadwerkelijke concurrentie op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang zoals zij stelt in conclusies randnummer 351 in fine.

218. Noch het bestaan van een (*in casu* eerder onzekere) markt vraag noch het vrijwillig in september 2012 door Belgacom met KPN gesloten akkoord volstaan op zich om de noodzaak hiervan aan te tonen.

Dit laatste maakt een gereguleerd aanbod overigens ook niet noodzakelijk overbodig in tegenstelling tot wat Belgacom beweert (conclusie Belgacom, randnr. 123) daar het niet om bitstreamaanbiedingen gaat (Belgacom bevestigt dat het akkoord met KPN een carrier DSL-doorverkoop aanbod betreft dat geen deel uitmaakt van markt 5, zie voetnoot 496) en voor de alternatieve operatoren geen garantie biedt op niet-discriminerende en transparante voorwaarden.

219. De CRC toont ook niet uitdrukkelijk aan dat de moeilijkheden van de alternatieve operatoren op de kleinhandelsmarkt voor internettoegang uitsluitend of hoofdzakelijk te wijten zijn aan het ontbreken van multiple play aanbiedingen en niet (mede of hoofdzakelijk) aan andere marktomstandigheden zoals bijvoorbeeld de per hypothese sterke positie van de kabeloperatoren op de televisiemarkt die deze zouden gebruiken als hefboom om hun positie op de breedbandmarkt te versterken, zoals Belgacom beweert.

220. Ook is het in aanmerking nemen door de CRC van het onmisbaar karakter van een dergelijke input voor de alternatieve operatoren om te kunnen concurreren kennelijk niet te verenigen met de eigen principiële vaststellingen van de CRC dat operatoren op de relevante

markt kunnen concurreren zonder dat zij bundels hoeven aan te bieden aangezien de afzonderlijke producten technisch en economisch beschikbaar zijn en nog steeds door de gebruiker worden aangeschaft. Omdat de eindgebruikers de afzonderlijke bestanddelen van de bundel nog steeds apart aanschaffen heeft de CRC immers niet kunnen vaststellen dat er onvoldoende prijsdruk zou uitgaan van de afzonderlijke producten op de prijs van de gebundelde aanbiedingen zodat het bestaan van een aparte markt voor bundelaanbiedingen niet is aangetoond (zie punt 1531 en 1555 van de Bestreden Beslissing).

221. De Bestreden Beslissing verantwoordt de maatregel op basis van de door de CRC voor de alternatieve DSL-operatoren op de eindgebruikersmarkt objectief vastgestelde toegangsbelemmeringen inzake het segment van multiplay aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt (internet en TV) die tijdens de reguleringsperiode niet zullen verdwijnen *maar niet voor wat betreft alleenstaand internet waarvoor die toegang niet is vereist*. Bijgevolg is de noodzaak om de multicastfunctie op te nemen in het groothandelsinternetaanbod van Belgacom enkel vaststaand voor wat betreft de toegang tot het segment van de multiplay aanbiedingen waarvan TV-omroep en internet deel uitmaken en niet voor de markt voor internettoegang als dusdanig.

(b) betreffende de vereiste proportionaliteit.

222. In het licht van het in de wetgeving verankerde proportionaliteitsbeginsel dient de CRC tevens aan te tonen dat de multicastremedie op een evenredige manier een doeltreffende oplossing biedt voor de geïdentificeerde problemen.

Evenredigheid betekent dat de opgelegde maatregel voor de betrokken operator met AMM niet verder gaat dan vereist om doel te treffen.

223. Voor zover de opgelegde maatregel verantwoord is door de noodzaak voor de alternatieve DSL-operatoren om toegang te krijgen tot het marktsegment van de multiplay aanbiedingen met TV en internet, komt de maatregel ook kennelijk evenredig voor mede gelet op de mogelijkheid vervat in de Bestreden Beslissing voor Belgacom om zelf een alternatief voor te stellen. Belgacom geeft ook niet aan welke nog minder vergaande

maatregel desgevallend hetzelfde resultaat zou kunnen bereiken dan degene waaraan zijzelf de voorkeur gaf.

Het feit dat Belgacom in dit verband nog geen enkele formele aanvraag tot toegang zou hebben ontvangen (op datum van de openbare behandeling van de zaak) van een alternatieve operator doet aan het voorgaande niet af en maakt op zich de maatregel nog niet kennelijk onevenredig zwaar. Het potentiële belang van een dergelijke toegang voor de alternatieve DSL-operatoren blijkt afdoende uit de reacties op de openbare raadpleging. Het eventuele gebrek aan formele belangstelling voor het multicastaanbod kan ook verklaard worden door een afwachtende houding vanwege de operatoren gelet de rechtsonzekerheid verbonden met onderhavige procedure en de mogelijke alternatieven geboden door de Omroepbeslissingen.

224. Belgacom kan niet gevolgd worden waar ze stelt dat in de Bestreden Beslissing elke impactanalyse van de voorgestelde maatregel ontbreekt zodat het evenredig karakter van de maatregel niet kan worden beoordeeld.

225. Het hof stelt vast dat de Bestreden Beslissing geen echte kosten-batenanalyse bevat maar bij de motivering van de opgelegde maatregel niettemin aandacht besteedt aan een aantal gegevens met betrekking tot de technische, financiële en commerciële gevolgen ervan met name op het vlak van capaciteitsuitbreiding, de daartoe vereiste investeringen voor Belgacom en de mogelijkheden om deze te recupereren (zie § 1131 en 1132). Belgacom beweert weliswaar in conclusies (voetnoot 484) dat de CRC de belasting van de maatregel op haar innovatieve investeringen miskent en een aantal aspecten onderschat waaronder de vereiste capaciteit van haar netwerk, het verhoogd risico op bijkomende investeringen en de vermindering aan flexibiliteit voor de eigen eindgebruikersdiensten (conclusie Belgacom, randnr. 127), maar staft deze bewering op geen enkele manier zodat deze grief feitelijke grondslag mist.

226. Overigens stelt de CRC niet zonder reden dat de beoordeling van het al dan niet evenredig karakter van de maatregel ook rekening dient te houden met de concrete uitvoeringmodaliteiten ervan in het kader van het goedgekeurde referentieaanbod en dat

het door Belgacom voorgestelde en met het feit dat het door het BIPT aanvaarde alternatief (toegang tot het IPTV-platform met doorverkoop) in belangrijke mate de financiële impact (investeringen) voor Belgacom vermindert die uit de oorspronkelijke verplichting voortvloeit. Dit neemt evenwel niet weg dat in voorkomend geval een maatregel ook los van de concrete uitvoeringsmodaliteiten kennelijk onredelijk kan beoordeeld worden of omgekeerd.

Tevens wijst de CRC er op dat het goedgekeurde alternatief Belgacom toelaat ook de bestaande vaste kosten voor minder belangrijke bijkomende investeringen te delen en dat de inwerkingstellingskosten zullen geïncorporeerd worden in het kostenmodel en dus kunnen gerecupereerd worden via de levering van het groothandelsproduct aan de aanbieders van internettoegang (conclusie CRC, randnr. 375 met verwijzing naar het Ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 3 juli 2013 betreffende tarifiering van het groothandelsmulticastaanbod, Stuk B. 89).

227. Hoewel Belgacom terecht stelt dat deze “flexibiliteit” in de uitvoering van de maatregel als dusdanig geen bewijs vormt van de proportionaliteit van de maatregel, kan men niet om het feit heen dat Belgacom in dit kader een gunstiger alternatief heeft voorgesteld dat door de regulator werd bekrachtigd. Daarom mag naar rede worden aangenomen dat de opgelegde maatregel mede in het licht van de concrete uitvoeringsmodaliteiten niet kennelijk onevenredig zwaar is. Dat Belgacom hoe dan ook een verplichting werd opgelegd om een referentieaanbod voor multicasttoegang of een eigen alternatief te formuleren en dus in feite geen keuze had, doet aan het voorgaande niets af. Belgacom had immers in afwachting van het resultaat van onderhavige procedure tegen de beslissing tot goedkeuring van het referentieaanbod vooralsnog om schorsing van de Bestreden Beslissing kunnen vragen indien zij overtuigd bleef dat ook de “lichtere” maatregel nog steeds onevenredig zwaar bleef. Overigens geeft Belgacom, zoals het hof reeds liet opmerken, niet aan welke voor haar nog lichtere maatregel doel zou kunnen treffen.

228. Wat de voorzienbare positieve impact van de maatregel op de markt betreft preciseert de CRC in conclusies te verwachten dat de doorverkoop van de aanbiedingen met

TV aan de alternatieve operatoren de mogelijkheid geeft om een sterkere commerciële relatie met de klanten te hebben, hun tarieven te modelleren, vernieuwende aanbiedingen voor te stellen onder de vorm van bundels en aldus hun marktaandeel te verhogen. In dit verband preciseert de CRC terecht dat het onmogelijk is voor haar om wetenschappelijk nauwkeurig aan te tonen dat de remedie de mededinging op de markt zal begunstigen (conclusie CRC, randnr. 376).

Aangezien, zoals hiervoor reeds door het hof werd aangenomen, het met mathematische precisie inschatten van de gevolgen van een dergelijke maatregel uitgesloten is, volstaat het in het kader van de vereiste impactanalyse dat de maatregelen redelijkerwijs van aard zijn bij te dragen aan de vooropgestelde doelstellingen en niet onevenredig zwaar zijn voor de operator met AMM (d.w.z. dat dezelfde resultaten niet bereikt kunnen worden met een minder vergaande maatregel). Er mag op grond van de voorliggende gegevens naar rede worden aangenomen dat dit het geval is.

Besluit: het middel is gegrond in de mate dat niet wordt aangetoond dat de maatregel noodzakelijk is om toegang tot de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang voor de alternatieve DSL-operatoren mogelijk te maken. De bijkomende multicastverplichting (zoals vervangen door het alternatief inzake toegang tot het IPTV-platform in de goedgekeurde referentieaanbieding) daarentegen is wel gepast, verantwoord en evenredig voor zover hij de toegang tot het segment van de bundelaanbiedingen met Internet en TV mogelijk maakt en de noodzakelijkheid hiervan vaststaat.

D. Vierde middel betreffende de bijkomende verplichting opgelegd aan Belgacom inzake operationele uitmuntendheid.

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN.

229. Met betrekking tot dit vierde middel werd evenmin door de tussenkomende partijen nader geconcludeerd.

230. In een nota neergelegd ter zitting van 25 februari 2004 verzoekt Belgacom het hof akte te nemen van het feit dat de onderdelen van dit middel vermeld onder II. D.2, 3 en 4 van haar syntheseconclusie zonder voorwerp zijn geworden gelet op hetgeen de CRC in het syntheseconclusies hieromtrent bevestigt onder randnr. 405,413,414 en 420 namelijk dat:

– de verplichtingen inzake de “identificatie van de vaste aansluitlijn” slechts een kaderverplichting betreft die, in voorkomend geval, nog het voorwerp dient uit te maken van een inwerkingtredingbeslissing en dat zulks inhoudt dat de Bestreden Beslissing als dusdanig voor Belgacom geen verplichting inhoudt om een oplossing van adresnormalisering of adresstandaardisatie uit te werken en in te voeren;

– de Bestreden Beslissing inzake de “installatie van de lijn” geen doelstelling van 100% oplegt maar dat de specifieke in percentage uitgedrukte doelstelling het voorwerp is van een specifieke uitvoeringsbeslissing genomen door het BIPT en de kwestie van de tests in aanvulling op de reeds op de BRUO-lijnen uitgevoerde test het voorwerp zal uitmaken van een specifieke beslissing waarbij het BIPT zal rekening houden met de elementen die Belgacom naar voren geschoven heeft, in het licht meer bepaald van de technische haalbaarheid en de overeenstemming van de lijn met de vereiste technische specificaties zoals aanbevolen door de bedoelde remedie;

– wat betreft de verplichtingen inzake op “beschikbaarheid van functionele en operationele ondersteuningssystemen” de concrete kwantitatieve door Belgacom te behalen doelstellingen het voorwerp zijn van een in werking getreden beslissing die intussen door het BIPT genomen werd (BRxx 2012).

Het hof neemt hiervan akte. Aangezien de CRC op de zitting met betrekking tot voorgaande verklaring van Belgacom geen bezwaar heeft gemaakt, zal het hof bijgevolg op deze onderdelen van het middel niet antwoorden aangezien zij verder zonder voorwerp zijn.

231. Het hof dient bijgevolg enkel te antwoorden op het betreffende middel in de syntheseconclusie van Belgacom zoals in het algemeen verwoord onder randnr. 129-132 en

met betrekking tot de specifieke aspecten inzake de dienstenniveau-overeenkomsten en indicatoren zoals uiteengezet onder randnr. 144-160.

STANDPUNT BELGACOM.

(a) inleidende beschouwingen.

232. Belgacom betwist vooreerst de betrouwbaarheid van een audit georganiseerd door het BIPT en waarop de CRC zich heeft gesteund om de nieuwe verplichtingen inzake operationele uitmuntendheid aan Belgacom op te leggen (Auditverslag van Analysys Mason en Solucom van 21 januari 2010 betreffende de operationele breedbandprocessen van Belgacom; Mededeling van het BIPT van 8 februari 2011 met betrekking tot de audit van operationele processen bij Belgacom). Volgens Belgacom voldoet die audit niet aan de gebruikelijke internationale standaarden ter zake en vertoont hij kennelijke gebreken. De grieven hebben betrekking op de afwezigheid van sommige relevante informatie, de onvolledigheid van het onderzoek waarop veralgemening en veronderstellingen gebaseerd worden en een reeks kennelijk onjuiste feitelijke vaststellingen. Overigens zou het auditrapport slechts gedeeltelijk aan de CRC zijn medegedeeld onder de vorm van een Mededeling van het BIPT van 8 februari 2011 en maakt het ook geen deel uit van het administratief dossier (conclusie Belgacom, randnr. 130 en voetnoot 498).

Belgacom betoogt dat uit haar kritiek op de audit voortvloeit dat alle ontwikkelingen in de Bestreden Beslissing betreffende operationele uitmuntendheid aangetast zijn door een kennelijke miskennis van de beginselen van zorgvuldigheid en motivering doordat niet alle documenten en administratieve stukken betreffende de audit aan de CRC werden overgemaakt.

233. Belgacom gaat er in beginsel van uit dat verplichtingen opgelegd door de CRC in het kader van de operationele uitmuntendheid kader-of raamverplichtingen uitmaken die het voorwerp zijn van verdere uitvoeringsbeslissingen.

In voorkomend geval (wanneer het geen raamverplichtingen zouden betreffen) verzoekt zij het hof om de opgelegde verplichtingen te vernietigen omdat ze (i) onvoldoende precies en

duidelijk zijn en geen controle toelaten op de onverenigbaarheid met het regelgevende kader en meer in bijzonder het voorschrift dat iedere opgelegde verplichting noodzakelijk, passend en evenredig moet zijn of (ii) de regulator hierbij buiten zijn bevoegdheden treedt en het principe miskent dat de toegangsovereenkomsten in beginsel overeenkomsten zijn die tussen de betrokken operatoren worden onderhandeld een gesloten (conclusie Belgacom, randnr. 131) .

Belgacom herneemt dit middel nog enkel met betrekking tot de hierna besproken verplichting betreffende de dienstenniveau-overeenkomsten en indicatoren (*SLA* en *Forecasts*).

234. Verder beklagt Belgacom zich in haar inleidende opmerkingen nog over de gebrekkige werking van de operationele werkgroepen en de door haar sinds de audit van 2009 ingevoerde bijkomende functionaliteiten die kennelijk excessief en overmatig zijn in vergelijking met de voordelen die de alternatieve operatoren eruit halen en met name omwille van het feit dat deze niet of nauwelijks worden gebruikt, ondanks de kosten die de invoering ervan met zich meebrengt. Het betreft hier kennelijk een aantal terloopse opmerkingen die voor de “goede orde” door Belgacom worden gemaakt in antwoord op bepaalde opmerkingen in de conclusies van de CRC en waarop het hof als dusdanig niet hoeft te antwoorden omdat er geen specifiek middel aan verbonden is

(b) specifieke grieven inzake de dienstenniveau-overeenkomsten en indicatoren.

235. Het middel betreft de noodzaak van regelmatige communicatie (om de twee maanden) van informatie betreffende dienstenniveau-overeenkomsten (*SLA* of *Service Level Agreements*) en om de brutogegevens over het kwaliteitsniveau van de geleverde diensten onder de vorm performantie-indicatoren (*KPI's* of *Key Performance Indicators*) per alternatieve operator te individualiseren.

Belgacom meent dat de opgelegde verplichting te ver gaat en onevenredig is wanneer ze een systematische en individuele communicatie van de KPI-gegevens aan elke operator oplegt ongeacht de aankoop-of installatievolumes aangezien in geval van een beperkt aantal eenheden de foutenmarge te groot zou zijn en omdat elke operator sowieso de betrokken gegevens systematisch van Belgacom ontvangt en voor zichzelf samenvattende overzichten kan samenstellen zonder de hulp van Belgacom.

236. Belgacom wijst er ten tweede nog op dat bepaalde garanties met betrekking tot het dienstenniveau niet individueel maar per proces/productgroep worden opgevolgd zodat het monitoringsysteem omvormen tot een individueel stelsel van rapportering per operator een onevenredige en een onwerkbare oplossing is (conclusie Belgacom, randnr. 144).

Overigens acht Belgacom de door de CRC in conclusies geformuleerde toelichtingen dat het slechts zou gaan om bepaalde informatie niet voldoende precies en niet van aard de grondslag aan de middel te ontnemen en acht zij de bewering van de CRC dat het filteren van gegevens per operator geen zware last voor Belgacom vormt niet relevant voor de beoordeling van het evenredig karakter van de maatregel waarvoor volgens haar geen degelijke verantwoording bestaat (conclusie Belgacom, randnr. 145).

237. Verder betwist Belgacom de stelling van de CRC dat de bestreden verplichting enkel in het kader van de lopende beroepsprocedure tegen de BRxx 2010 Beslissing zou kunnen bestreden worden omdat er bijkomende ontwikkelingen op het vlak van deze verplichting voorwerp hiervan uitmaken. In die procedure zou het BIPT immers het tegenovergestelde standpunt innemen volgens hetwelk de bestreden verplichting slechts in het kader van een beroep tegen de Bestreden Beslissing zou kunnen betwist worden (conclusie Belgacom, randnr. 146).

BESTREDEN BESLISSING.

Performantie-indicatoren

Beschrijving van de maatregel

682. Conform artikel 59, § 1, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie behoudt Belgacom de verplichting om tweemaandelijks de

indicatoren inzake kwaliteit van dienstverlening (“key performance indicators” of KPIs) met betrekking tot de levering van ontbundelde toegang te publiceren²⁶⁷.

683. Belgacom dient eveneens tweemaandelijks KPI's aan het BIPT over te zenden met betrekking tot de intern geleverde prestaties voor het retaildepartement die overeenstemmen met de wholesalediensten waarvoor Belgacom een dominante positie heeft. Deze KPI's over de interne prestaties van het retaildepartement zullen door het BIPT confidentieel behandeld worden.

684. Om een adequate vergelijking mogelijk te maken bij opeenvolgende evoluties van wholesale- en/of retailaanbiedingen en de daarvoor ontwikkelde processen, kan Belgacom voorstellen om de berekeningswijze van de afzonderlijke KPI's aan te passen, in samenspraak met het BIPT. Eventueel kunnen, na overleg tussen het BIPT en Belgacom, nieuwe KPI's gedefinieerd worden en/of oude KPI's verwijderd.

Rechtvaardiging van de maatregel

685. In juli 2006 heeft het BIPT Belgacom in gebreke gesteld wegens late leveringen van de BRUO- en BROBA-aansluitingen en wegens de niet-naleving van de leveringstermijnen die waren vastgelegd in de referentieaanbiedingen. Sedertdien volgt het BIPT de situatie inzake levering door middel de maandelijkse publicatie van de performantie-indicatoren. Het BIPT heeft in het besluit van 23 mei 2007 gedetailleerd welke performantie-indicatoren Belgacom op zijn website moet publiceren.

686. In 2008 hebben de alternatieve operatoren hun klachten betreffende de dienst die Belgacom hen aanbood gebundeld voor een presentatie aan het BIPT op 19 september 2008. Naar aanleiding van deze klachten heeft het BIPT besloten om een audit uit te voeren van de operationele processen die Belgacom aan de alternatieve operatoren leverde. Deze audit concludeerde dat een alignering en publicatie van KPIs voor zowel de wholesale- als de retailafdelingen aangewezen is. Op deze manier kunnen de OLO's hun KPI's rechtstreeks vergelijken met deze van de retailafdelingen en kunnen ze op een transparante manier nagaan of er sprake is van discriminatie.

(...)

689. Het is noodzakelijk en evenredig om de dienst BRUO/BROBA/WBA uitvoerig en geregeld te volgen via een tweemaandelijks publicatie van de KPI-verplichtingen om snel te kunnen ingrijpen wanneer er zich operationele problemen zouden voordoen.

690. De verplichting om de performantie-indicatoren toegankelijk te maken voor de alternatieve operatoren, alsook voor alle belangstellenden is volgens het BIPT een extra aansporing om beter te presteren. Bovendien kan een alternatieve operator in geval van problemen bij de levering aan de eindgebruiker tengevolge van een buitensporige leveringstermijn vanwege Belgacom, zich op die indicatoren baseren om te bewijzen dat Belgacom de verantwoordelijkheid draagt van het probleem.

691. De begrippen “transparantie” en “non-discriminatie” zijn essentiële elementen voor de bevordering van de concurrentie en de ontwikkeling van de interne markt, die

de basis moeten vormen van het optreden van de nationale regelgevende instanties krachtens artikel 8.5 en inzonderheid 8.5 b), van de Kaderrichtlijn. De transparantie- en non-discriminatieverplichtingen worden toegelicht in de artikelen 9 en 10 van de Kaderrichtlijn. Punt 3 van artikel 9 van die richtlijn preciseert: "De nationale regelgevende instanties kunnen preciseren welke informatie beschikbaar moet worden gesteld, hoe gedetailleerd zij moet zijn en op welke wijze zij moet worden gepubliceerd". Anderzijds heeft de ERG, de European Regulators Group, de beste manieren onderzocht om te zorgen voor transparantie en de verificatie van de non-discriminatie, en in de "Remedies paper" van 2006 geoordeeld dat de publicatie van indicatoren inzake dienstkwaliteit (KPI of key performance indicators) een gepast hulpmiddel kon zijn.

692. Het BIPT is van oordeel dat de publicatie van kwaliteitsindicatoren voor een operator met een sterke machtspositie geen buitensporige extra kosten met zich brengt. Een operator met een sterke machtspositie beschikt immers al over het grootste deel van die informatie aangezien hij dat nodig heeft voor het beheer en de follow-up van zijn eigen indicatoren inzake kwaliteit van dienstlevering (SLA). De verplichting om KPI's te publiceren is dus geen onevenredige verplichting ten opzichte van de voordelen die een dergelijke publicatie voor de markt oplevert.

693. Het BIPT acht het dus noodzakelijk om Belgacom ertoe te verplichten indicatoren te publiceren in verband met de dienstkwaliteit.

Beschrijving

1443. Belgacom moet verslagen publiceren over de naleving van de SLA's op tweemaandelijks basis via de kwaliteitsindicatoren (KPI's) om de OLO's voldoende transparantie te bieden over de naleving van de SLA-verbintenissen. Het BIPT behoudt zich echter het recht voor om de frequentie van deze publicaties op te trekken mocht dit nodig blijken.

1444. Bovendien moet Belgacom met dezelfde frequentie als de hierboven vermelde rapporten de tabellen met brutogegevens publiceren aan de hand waarvan het BIPT, en indirect de alternatieve operatoren (in dat geval wordt de informatie namelijk naargelang van de operator gefilterd), de kwaliteit van de dienst meer in detail kan controleren dan via de analyse van de hierboven bedoelde KPI-rapporten.

Rechtvaardiging

1445. De opgelegde dienstenniveau-overeenkomsten (SLA's) in het referentieaanbod moeten de OLO's in staat stellen zich op een voorspelbare manier te vergewissen van de door Belgacom aangeboden dienstkwaliteit (leveringstermijn, herstellingstermijn in geval van panne, enz.) en in staat stellen een retaildienst te verstrekken die compatibel is met de SLA's die Belgacom op de retailmarkt biedt. Wanneer bijvoorbeeld een nieuwe klant van een alternatieve operator te lang op een nieuwe aansluiting moet

wachten, dan kan dit bijzonder ongunstige gevolgen hebben voor de ontwikkeling van de concurrentie inzake breedband indien deze wachttijd te wijten is aan de operator met een sterke machtspositie. In eerste instantie zal de klant immers denken dat de laattijdige installatie wordt veroorzaakt door de alternatieve operator, hoewel deze daar misschien niet verantwoordelijk voor is (of maar gedeeltelijk). De alternatieve operator neemt daarom een risico op het vlak van zijn reputatie wegens omstandigheden waarvoor hij niet noodzakelijk verantwoordelijk is en waarover hij geen controle heeft. In een dergelijk scenario zijn de rechtstreekse financiële nadelen voor de begunstigde vanzelfsprekend: verlies van (huidige en potentiële) klanten, kosten in verband met investeringen in reclame die minder opbrengen dan verwacht, enz. Er zijn echter ook nadelen die moeilijker in te schatten zijn en die bijzonder moeilijk recht te trekken zijn, namelijk een schadelijke aantasting van de goede reputatie als operator.

1446. Het is daarom belangrijk dat deze SLA's worden nageleefd. Compensaties werden daarom opgelegd in het referentieaanbod die tot doel hebben de operator met een sterke machtspositie ertoe te dwingen tijdig een dienst te verlenen en met een vastgelegd kwaliteitsniveau. (...).

1447. Het is essentieel dat de berekening van alle compensaties voor de niet-naleving van de SLA's eenvoudig genoeg is opdat de OLO zelf de berekening kan doen. Als een alternatieve operator niet zeker kan zijn van zijn eigen berekeningen, dan dreigt het gevaar dat het totale bedrag van de compensaties het voorwerp uitmaakt van talrijke betwistingen. Bijgevolg riskeert elke onzekerheid de goede werking van de SLA's te belemmeren. Dit moet voorkomen worden via de publicatie van SLA-rapporten.

1448. Door uitvoerige tweemaandelijksse rapporten te publiceren over de vervulling van de verplichtingen die in de SLA's opgenomen zijn, waarin onder andere brutogegevens staan alsook de gemeten waarden van de indicatoren, kan Belgacom aan het BIPT en aan de OLO's bewijzen dat het zijn verplichtingen nakomt en dat het een redelijke toegang verleent. Omdat deze rapporten overigens voldoende duidelijk en gedetailleerd zijn, kunnen het BIPT en de alternatieve operatoren aan de hand daarvan de berekeningen van Belgacom controleren en ze tegenover hun eigen berekeningen stellen. Dankzij deze methode wordt de transparantie gewaarborgd en wordt voor een stimulans voor Belgacom gezorgd om aan zijn verplichtingen te voldoen en niet in de verleiding te komen om de cijfers te manipuleren. Deze maatregel is trouwens redelijk omdat het BIPT niet over andere mogelijkheden beschikt om over de brutogegevens te beschikken. Zodra het BIPT dan over de brutogegevens per operator beschikt, is het gemakkelijk om deze gegevens te filteren volgens de operatoren en hun het hen betreffende verslag te verstrekken.

STANDPUNT CRC.

238. CRC benadrukt vooreerst dat zij niet systematisch een individuele communicatie van de KPI-gegevens aan elke operator oplegt en dat de gevraagde filtering van (de reeds beschikbare) brutogegevens per operator slechts betrekking heeft op die informatie die noodzakelijk is voor een meer gedetailleerde controle van de kwaliteit van de diensten. Bovendien houdt deze verplichting slechts een zeer beperkte werklast voor Belgacom in onder de vorm van de manipulatie van een specifieke kolom in een Excel-bestand. De CRC geeft nog aan bij de overtreding van deze verplichting rekening te willen houden met het feit dat in geval van kleine volumes van kleine operatoren er sprake kan zijn van een grotere statistische foutenmarge (conclusie CRC, randnr. 426-428).

239. Meer in het algemeen stelt de CRC dat de opgelegde verplichtingen kaderen in de algemene verplichting tot toegang, non-discriminatie en transparantie die de Bestreden Beslissing oplegt aan Belgacom en dat het bepalen van het niveau van detail van de te publiceren informatie op grond van artikel 9.3 van de Toegangsrichtlijn onder de bevoegdheid valt van de regulator en dat hij niet gehouden is om elk element dat gepubliceerd moet worden te motiveren, overeenkomstig de rechtspraak van het hof, mits de betrokken informatie van aard is om de doelstellingen van het regelgevend kader te bereiken (conclusie CRC, randnr. 422, 424 en 125).

240. De CRC is van oordeel dat de filtering van bepaalde gegevens verbonden met de kwaliteit van de groothandelsdiensten geleverd door Belgacom, verantwoord en proportioneel is en dat voor het overige de vorm en de inhoud van de tabellen met brutogegevens het voorwerp uitmaken van een bijkomende ontwikkeling in de BRxx 2010 Beslissing, zodat het middel van Belgacom over het disproportionele karakter van deze aspecten moet onderzocht worden in het kader van de desbetreffende procedure.

BEOORDELING.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

241. Voor zover het middel aanvoert dat de Bestreden Beslissing tot het opleggen van de betreffende verplichting gesteund is op vaststellingen van een “onbetrouwbare” audit in

verband met de operationele processen toegepast door Belgacom en uitgevoerd door het BIPT naar aanleiding van een klacht van de operatoren en die overigens niet volledig aan de CRC zou zijn overgemaakt en waardoor de Bestreden Beslissing aangetast zou zijn door een motiveringsgebrek, kan het hof alleen maar opmerken dat Belgacom in de gelegenheid is geweest zich hiertegen te verweren in onderhavige procedure maar op een algemene verwijzing na nalaat te preciseren op welke concrete punten de motivering van de Bestreden Beslissing hierdoor gebrekkig zou zijn. Belgacom toont overigens niet aan dat zonder de verwijzingen naar die bewuste audit de opgelegde verplichting elke grondslag zou missen. Het loutere feit dat de CRC niet alle stukken in verband met de audit zou hebben ontvangen betekent niet noodzakelijk dat de CRC zich niet op de conclusies ervan kan steunen wanneer niet vaststaat dat kennis van deze onderliggende stukken noodzakelijk zijn om de betrouwbaarheid ervan te beoordelen. Overigens heeft Belgacom voldoende gelegenheid gehad om haar standpunt met betrekking tot deze audit toe te lichten aan het BIPT en aan de CRC in het kader van de ontwerpbeslissing, zoals ze zelf aangeeft in conclusie (randnr. 130). De Bestreden Beslissing geeft overigens expliciet aan dat de vaststelling van de operationele problemen niet uitsluitend op de betreffende audit berust:

751. In 2008 hebben de alternatieve operatoren hun klachten betreffende de dienst die Belgacom hen aanbod gebundeld voor een presentatie aan het BIPT op 19 september 2008. Naar aanleiding van deze klachten heeft het BIPT besloten om een audit te laten uitvoeren (door de externe consultants Analysys Mason en Solucom) van de operationele processen die Belgacom aan de alternatieve operatoren leverde en die ertoe heeft bijgedragen (maar niet als enige) om deze operationele problemen die kunnen voortvloeien uit een verslechterde levering van het wholesaleaanbod, aan het licht te brengen(onderlijning door het hof).

Verder geeft de Bestreden Beslissing aan dat zij mede gesteund is op de klachten van de alternatieve operatoren en de reacties van Belgacom hierop:

759. Het BIPT merkt tevens op dat de doelstelling van operationele uitmuntendheid zich niet enkel mag beperken tot de problemen die nu zijn vastgesteld. Het is immers van fundamenteel belang om van vroegere fouten te leren. Daarom is de definitie van een algemene doelstelling van operationele uitmuntendheid noodzakelijk om een algemeen kader van efficiëntie te ontwikkelen. Deze doelstelling moet ook worden vertaald in de verdere uitwerking van een aantal maatregelen specifiek met betrekking tot elke operationeel proces op het terrein. Om dit te doen, heeft het BIPT rekening

gehouden met de klachten die de alternatieve operatoren hebben geformuleerd, de reacties van Belgacom alsook de nieuwe aanpassingen die door Belgacom zijn voorgesteld en die goede initiatieven lijken te zijn.

242. Het hof stelt vast dat de opgelegde detailverplichtingen in verband met de communicatie van individuele brutogegevens gefilterd per operator een uitvloeisel is van de in de Bestreden Beslissing onder randnr. 682-693 en 1172-1183 gemotiveerd opgelegde transparantieplichting.

Het komt niet werkbaar voor om in het kader van een algemene transparantieplichting van de regulator te eisen alle elementen waarvan de communicatie verplicht wordt gesteld in details in de Bestreden Beslissing te vermelden en te verantwoorden voor zover zij voldoende specifiek de aard, het aggregatieniveau en de draagwijdte van de vereiste gegevens en het vooropgestelde oogmerk ervan aangeeft. Binnen die beperking is met de wettigheid van de in de Bestreden Beslissing opgelegde verplichting inzake communicatie van bepaalde gegevens aan de operatoren met het oog op het controleren van het kwaliteitsniveau van de geleverde diensten niet onverenigbaar het feit dat bepaalde elementen van informatie nader worden gepreciseerd of uitgewerkt in navolgende toepassingsbeslissingen of in het kader van onderling overleg voor zover redelijkerwijs voorzienbaar is dat deze onder de opgelegde verplichting kunnen vallen.

243. Voor het overige oordeelt het hof dat diverse onderdelen van het middel gesteund zijn op feitelijke elementen die enkel beoordeeld kunnen worden in het kader van de beroepsprocedure ingesteld door Belgacom aangaande de BRxx 2010 Beslissing (Besluit van het BIPT van 11 augustus 2011 betreffende de referentieaanbiedingen BRUO/BROBA/WBA VDSL2/BROTSOLL 2010) en bijgevolg in de huidige procedure niet dienen beantwoord worden.

Het middel is ongegrond.

VI. ALGEMEEN BESLUIT EN GERECHTSKOSTEN.

244. De door het hof wegens motiveringsgebrek gegrond bevonden grieven met betrekking tot het tweede en het derde middel zijn niet van aard de wettigheid van overige bevindingen vervat in de Bestreden Beslissing in het gedrang te brengen.

245. Voor zover het hof oordeelt dat de Bestreden Beslissing niet toereikend motiveert waarom geen notionele groothandelsmarkt in aanmerking wordt genomen die de kabelinfrastructuur kan omvatten en die overeenstemt met de aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang tast deze nietigheid de weerhouden marktdefinitie en analyse van markt 4 en 5 niet aan maar heeft dit wel tot gevolg dat het gerechtvaardigd, passend en evenredig karakter van de opgelegde verplichtingen niet vast staat en dat de ze aan Belgacom niet wettig kunnen worden opgelegd zolang een toereikende motivering ter zake ontbreekt.

246. Voor zover de vernietiging van de opgelegde verplichtingen op grond van het derde middel louter betrekking heeft op een motiveringsgebrek aangaande alleenstaand internet, tast dit de geldigheid van de multicastverplichting niet aan in de mate die beperkt blijft tot het marktsegment voor bundels met internet en digitale TV, gesteld dat de tekortkoming vermeld onder randnr. 245 kan worden geredieerd.

247. Aangaande de gerechtskosten dient de CRC en de tussenkomenende partijen als de gedeeltelijk in het ongelijk gestelde partijen elk een gelijk deel van de gerechtskosten van Belgacom te laste te nemen, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding bepaald in functie van niet in geld waardeerbare geschillen.

VII. DICTUM.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Rechtsprekend op tegenspraak.

Verklaart de vordering van Belgacom tot vernietiging van de Bestreden Beslissing ontvankelijk en enkel gegrond op de boven onder randnummers 245 en 246 aangehaalde punten.

Vernietigt de Bestreden Beslissing behoudens in zoverre zij voorziet in de intrekking van verplichtingen opgelegd aan Belgacom meer in het bijzonder, de intrekking van de verplichting om ontbundeling van het subaansluitnetwerk aan te bieden, en van sommige verplichtingen in verband met de mini-MDF's in geval van gedeeltelijke sluiting van de MDF.

Zegt dat het aan de CRC staat om desgevallend opnieuw te beslissen met afdoende motivering op de vermelde punten.

Verklaart ook de tussenkomsten van Publifin, Telenet en Brutélé ontvankelijk, maar ongegrond in de mate de vordering van Belgacom wordt ingewilligd.

Veroordeelt de CRC en de tussenkomende partijen tot een gelijk aandeel in de kosten van het beroep begroot op 186 EUR rolrecht en tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding aan Belgacom van 1.320 EUR.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 3 december 2014 door

Paul BLONDEEL

Voorzitter

Eric BODSON

Raadsheer

Nicole VAN CROMGRUGGHE

Plaatsvervangend raadsheer

Darie VAN IMPE

Griffier

die alle zittingen in deze zaken hebben gehouden en over het arrest hebben beraadslaagd.

D. VAN IMPE

N. VAN CROMBRUGGHE

E. BODSON

P. BLONDEEL

INHOUDSTAFEL

I. VOORWERP VAN HET BEROEP, VORDERINGEN EN ANTECEDENTEN. (p.31)

II. BETREFFENDE DE VERTROUWELIJKHEID VAN GEGEVENS EN DE TOEGANG TOT HET ADMINSTRATIEF DOSSIER VAN DE CRC. (p.8)

III. BETREFFENDE DE BEVOEGDHEID VAN DE CRC. (p.8)

IV. MARKTANALYSE EN INHOUD VAN DE BESTREDEN BESLISSING. (p.9)

V. BETREFFENDE DE DOOR BELGACOM AANGEVOERDE MIDDELEN TOT Vernietiging van DE BESTREDEN BESLISSING.

A. *Eerste middel betreffende de kleinhandelsmarkt.*

Eerste onderdeel: gebrekkige definiëring van de kleinhandelsmarkten. (p.13)

Tweede onderdeel: de karakterisering en analyse van de relevante eindgebruikersmarkt zijn ontoereikend. (p.16)

Derde onderdeel: gebrekkige bewijsvoering in verband met de karakterisering van de eindgebruikersmarkt. (p.41)

Vierde onderdeel: miskenning van bepaalde feitelijke gegevens en daaruit voortvloeiende manifeste beoordelingsfout in verband met de karakterisering en de analyse van de eindgebruikersmarkt. (p.49)

B. *Tweede middel betreffende de definitie van de groothandelsmarkten.*

Eerste onderdeel: met betrekking tot de methodologische aspecten van de definitie van de relevante groothandelsmarkten. (p.70)

Tweede onderdeel: de afbakening van markten 4 en 5 en de directe en indirecte concurrentiedruk uitgaande van de kabel. (p.89)

C. *Derde middel met betrekking tot de rechtvaardiging van een nieuwe toegangsverplichting tot de multicastfunctie. (p.118)*

D. *Vierde middel betreffende de bijkomende verplichting opgelegd aan Belgacom inzake operationele uitmuntendheid. (p.141)*

VI. ALGEMEEN BESLUIT EN GERECHTSKOSTEN. (p.151)

VII. DICTUM. (p.152)