

**VERZOEKSCRIFT strekkende tot HOGER BEROEP**

**OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 5 VAN HET SAMENWERKINGSAKKOORD VAN 17 NOVEMBER 2006**

**Hof van Beroep te Brussel**

AAN DE HEER EERSTE VOORZITTER, DAMES EN HEREN VOORZITTER EN RAADSHEREN VAN HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL;

ONDERHAVIG BEROEP WORDT INGESTELD DOOR:

**TELENET BVBA**, met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven bij de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0473.416.418;

Hierna "**Telenet**" genoemd;

Met als raadslieden Mr. Thomas De Meese en Mr. Karl Stas, advocaten te 1000 Brussel, Joseph Stevensstraat 7, e-mail [tdemeese@crowell.com](mailto:tdemeese@crowell.com), tel. 02 282 18 42, waar woonplaatskeuze gedaan wordt voor deze procedure;

TEGEN:

De **Conferentie van Regulators voor de elektronische Communicatiesector**, vertegenwoordigd door haar voorzitter de heer Robert Queck, met zetel te 4700 Eupen, Gospertstraße 42;

Hierna de "**CRC**" genoemd;

BESLISSINGEN WAARTEGEN BEROEP:

De beslissing van de CRC van 29 juni 2018 "*concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française*"<sup>1</sup> (stuk 1), zoals gecorrigeerd door het corrigendum van de CRC van 11 juli 2018 (stuk 2);

Hierna de "bestreden beslissing";

AARD VAN DE ZAAK

Conferentie van Regulators voor de elektronische Communicatiesector (CRC) – I.1.c.

PLAATS, DATUM EN UUR VAN VERSCHIJNING

Op \_\_\_\_\_ om 9u00 voor de 18e Kamer (N) van het Hof van Beroep te Brussel, zetelend in het Gerechtsgebouw op het Poelaertplein in lokaal \_\_\_\_\_.

<sup>1</sup> Vrije vertaling: "betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Franstalige taalgebied".

## INHOUDSTAFEL

<b>1</b>	<b>PROCEDURELE VOORGAANDEN .....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>DE VORDERING .....</b>	<b>6</b>
<b>3</b>	<b>DE ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP .....</b>	<b>7</b>
3.1	ONTVANKELIJKHEID <i>RATIONE TEMPORIS</i> .....	7
3.2	BELANG .....	7
<b>4</b>	<b>FEITELIJKE CONTEXT .....</b>	<b>8</b>
4.1	VOORSTELLING VAN TELENET .....	8
4.2	DE MARKT VOOR TELEVISIEOMROEP .....	8
4.3	OVERZICHT VAN DE MARKTANALYSE VAN DE CRC .....	13
<b>5</b>	<b>TEN GRONDE .....</b>	<b>16</b>
5.1	OVERZICHT VAN DE MIDDELEN .....	16
5.2	EERSTE MIDDEL: SCHENDING VAN DE CONSULTATIEVERPLICHTING (ARTIKEL 6, 7 EN 16(6) VAN DE KADERRICHTLIJN; ARTIKEL 8(4) VAN DE TOEGANGSRICHTLIJN; EN ARTIKEL 94, §1 VAN HET MEDIADECREET VAN DE FRANSE GEMEENSCHAP) DOORDAT DE CRC NIEUWE WHOLESALETARIEVEN HEEFT BEPAALD ZONDER EEN NIEUWE OPENBARE RAADPLEGING TE HOUDEN .....	16
5.2.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	16
5.2.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	17
5.3	TWEDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 16 VAN DE KADERRICHTLIJN IN COMBINATIE MET DE AANBEVELING VAN 2014, VAN ARTIKEL 8 VAN DE TOEGANGSRICHTLIJN, VAN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL, HET ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL EN DE MOTIVERINGSPLICHT DOORDAT DE CRC EEN KENNELIJKE BEOORDELINGSFOUT BEGAAT DOOR DE RETAILMARKT VOOR TELEVISIEOMROEP TE ENG TE DEFINIËREN EN NIET AAN TE TONEN DAT DE RETAILMARKT NIET NAAR DAADWERKELIJKE CONCURRENTIE NEIGT EN DE WHOLESALEMARKT NOG IN AANMERKING KOMT VOOR EX ANTE REGELGEVING 20 .....	20
5.3.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	20
5.3.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	20
5.4	DERDE MIDDEL: SCHENDING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL EN HET DISCRIMINATIEVERBOD EN/OF MOTIVERINGSGBREK DOOR DE INCONSISTENTIE TUSSEN DE ANALYSE VAN DE WHOLESALERE BREEDBANDMARKTEN EN DEZE VAN DE WHOLESALERE OMROEPMARKT .....	30
5.4.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	30
5.4.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	31
5.5	VIERDE MIDDEL: SCHENDING VAN DE MATERIËLE MOTIVERINGSPLICHT EN HET ZORGVULDIGHEIDSPRINCIPE DOORDAT DE TARIEVEN VOOR DE DIENSTEN OP DE WHOLESALERE OMROEPMARKT STEUNEN OP EEN ONGERECHTVAARDIGDE AFSTEMMING OP DE TARIEVEN VAN BRUTÉLÉ EN VERGELIJKING MET DE TARIEVEN VAN SFR IN FRANKRIJK .....	32
5.5.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	32
5.5.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	33
5.6	VIJFDE MIDDEL: SCHENDING VAN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL EN, ONDERGESCHIKT, DE MOTIVERINGSPLICHT, DOORDAT DE CRC TELENET VERPLICHT OM TWEE TELEVISIEKANALEN VRIJ TE HOUDEN VOOR BEGUNSTIGDEN VAN TOEGANG .....	36
5.6.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	36
5.6.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	36

## LIJST VAN FIGUREN

Figuur 1 - Telenet abonnees met alleen analoge TV .....	9
Figuur 2 - Aantal klanten per televisieplatform .....	10
Figuur 3 - Manieren om TV te kijken.....	11
Figuur 4 - Kijken live TV op dagelijkse basis - verdeling volgens leeftijdscategorieën.....	12
Figuur 5 - Kijken traditionele TV versus online video op dagelijkse basis - verdeling volgens leeftijdscategorieën .....	13

## 1 PROCEDURELE VOORGAANDEN

1. Op 7 juli 2017<sup>1</sup> heeft de Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) een openbare raadpleging georganiseerd over een ontwerpbeslissing betreffende de analyse van de markten voor televisieomroep. Deze raadpleging werd afgesloten op 29 september 2017.
2. In deze ontwerpbeslissing concludeerde de CSA dat de kabeloperatoren (Telenet, Nethys en Brutélé) elk in hun respectieve dekkingszones aanmerkelijke marktmacht (AMM) zouden hebben op de wholesalemarkt voor toegang tot televisieomroep via de kabelnetwerken.
3. De regulatoren stelden voor om aan de kabeloperatoren in deze markten de verplichting op te leggen om wholesaletoegang te verschaffen tot hun digitale televisieplatform (met doorverkoop van analoge televisie) aan gereguleerde wholesaletarieven (nl. "billijke prijzen"). Wat betreft de wholesaletarieven van de kabeloperatoren, stelden de regulatoren drie mogelijke werkwijzen voor om de tarieven vast te stellen tijdens de overgangperiode tussen de inwerkingtreding van de beslissingen en het uitwerken van een kostenmodel op basis waarvan de "billijke tarieven" zouden vastgesteld worden, en vroegen zij de marktpelers om te laten weten welke van deze drie methodes hun voorkeur genoot.
4. Telenet heeft op 28 september 2017 bij de CSA een uitvoerig antwoord op de ontwerpbeslissing ingediend.
5. Op 26 februari 2018 heeft de CSA haar ontwerpbesluit ter advies voorgelegd aan de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA). De BMA heeft zijn advies uitgebracht op 29 maart 2018.
6. Op 19 april 2018 heeft de CSA conform artikel 3 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006<sup>2</sup> zijn ontwerpbeslissing aangemeld bij de andere mediaregulatoren. Vervolgens is de ontwerpbeslissing aanhangig gemaakt bij de CRC conform artikel 3, tweede lid van het Samenwerkingsakkoord.
7. De CRC heeft op 27 april 2018 het ontwerpbesluit aangenomen.<sup>3</sup> De CRC heeft de beslissing nog dezelfde dag aangemeld aan de Europese Commissie, BEREC en de NRI's van de andere lidstaten.
8. Het bij de Europese Commissie aangemelde ontwerpbesluit verschilde op wezenlijke punten van het ontwerpbesluit waarover in 2017 een openbare raadpleging gehouden werd. De voornaamste wijziging aan de beslissingen met betrekking tot het

---

<sup>1</sup> De vorige analyses van de breedband- en omroepmarkten dateerden al van 1 juli 2011. Bovendien heeft de Europese Commissie op 9 oktober 2014 een nieuwe aanbeveling betreffende de relevante markten gepubliceerd, zodat de regulatoren conform artikel 16(6) van de Kaderrichtlijn binnen de drie jaar een nieuwe marktanalyse moesten uitvoeren

<sup>2</sup> Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, B.S. 28 december 2006, p. 75371 (hierna het "**Samenwerkingsakkoord**").

<sup>3</sup> Telenet merkt echter op dat de inventaris van het administratief dossier geen notulen bevat van deze of andere vergaderingen van de CRC.

bevoegdheidsdomein van de CSA betrof de toevoeging van op een “nationale benchmark” gebaseerde gereguleerde wholesaleprijzen om toe te passen tijdens dezelfde overgangperiode. Concreet betekent dit dat de wholesaletarieven van de kabeloperatoren zowel voor breedband als voor televisieomroep tijdens de overgangperiode bevroren worden op het niveau van de “retail minus” tarieven van Brutélé, zoals vastgesteld door het – inmiddels vernietigde<sup>4</sup> – CRC-besluit van 19 februari 2016 in het kader van de uitvoering van de vorige marktanalysebesluiten van 1 juli 2011.

9. De Commissie heeft op 2 en 4 mei 2018 de CRC om bijkomende inlichtingen gevraagd conform artikel 5(3) van de Kaderrichtlijn. De CRC heeft hierop geantwoord op 7 mei 2018. Op 25 mei 2018 heeft De Commissie haar opmerkingen over de aangemelde ontwerpbeslissingen conform artikel 7(3) van de Kaderrichtlijn per brief meegedeeld aan de CRC. Deze brief werd gepubliceerd op de CIRCABC-website van de Commissie op 31 mei 2018.
10. Op 29 juni 2018 heeft de CRC de definitieve beslissing aangenomen.<sup>5</sup> Nog dezelfde dag werd de beslissing aan de betrokken operatoren meegedeeld per drager en ook gepubliceerd op de website van de regulatoren. Deze definitieve beslissing is nagenoeg identiek aan de bij de Commissie aangemelde beslissing, op enkele toevoegingen na.
11. In het dispositief van de op 29 juni 2018 aangenomen beslissing wordt “Telenet NV” als bestemming van de beslissing geïdentificeerd. De naamloze vennootschap Telenet werd echter door een besluit van de algemene vergadering van 27 april 2016 omgevormd tot een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.<sup>6</sup> Telenet heeft de CRC hierop gewezen per e-mail van 2 juli 2018. Op 11 juli 2018 heeft de CSA op zijn website een corrigendum gepubliceerd, waarbij de verwijzing naar “Telenet NV” vervangen wordt door een verwijzing naar “Telenet BVBA”.<sup>7</sup> Het corrigendum stelt echter dat *“gezien de operatoren kennis hebben kunnen nemen van de inhoud van beslissingen van 29 juni 2018 op de dag van hun aanneming [...] dit corrigendum geen invloed [heeft] op de inwerkingtreding van de hiervoor bedoelde beslissingen van 29 juni 2018 die [...] bijgevolg op 1 augustus 2018 vastgesteld blijft, de eerste dag van de tweede maand na de publicatie op de website van de betrokken regulatoren”*.
12. Het is deze beslissing van de CRC van 29 juni 2018 met betrekking tot het bevoegdheidsdomein van de CSA, zoals gewijzigd door het corrigendum van 11 juli 2018, die het voorwerp vormt van onderhavig beroep.
13. Op 25 juli 2018 hebben de raadsleden van Telenet een brief gericht aan de CRC om toegang te vragen tot het administratief dossier met betrekking tot de marktanalysebeslissingen van 29 juni 2018.<sup>8</sup> De CRC heeft hier bij brief van 6 augustus 2018<sup>9</sup> (ontvangen op 7 augustus 2018) op geantwoord dat deze vraag door

---

<sup>4</sup> Brussel (18<sup>de</sup> k.) 25 oktober 2017, 2014/AR/328; Brussel (18<sup>de</sup> k.) 25 oktober 2017, 2014/AR/329; Brussel (18<sup>de</sup> k.) 25 oktober 2017, 2014/AR/331.

<sup>5</sup> Ook hier vermeldt de inventaris van het administratief dossier geen notulen van deze vergadering.

<sup>6</sup> Zie publicatie in de bijlagen van het *Belgisch Staatsblad* van 20 mei 2016 (stuk 3).

<sup>7</sup> Er ligt echter geen bewijs voor dat de CRC dit corrigendum formeel als een beslissing van de CRC heeft aangenomen. De inventaris van het administratief dossier vermeldt geen notulen van een vergadering van de CRC op 11 juli 2018.

<sup>8</sup> Brief van Telenet aan de CRC van 25 juli 2018 (stuk 4).

<sup>9</sup> Brief van de CRC aan Telenet van 6 augustus 2018 (stuk 5).

de individuele regulatoren afzonderlijk zou worden behandeld. Op 14 augustus 2018 heeft Telenet de CSA aangeschreven om aan te dringen op een spoedige inzage in het dossier en om te vragen om in afwachting daarvan minstens de inventaris van het dossier mede te delen, zodat Telenet de individuele stukken zou kunnen identificeren die zij eventueel al sneller moest kunnen inkijken met het oog op de voorbereiding van haar beroep.

14. Op 23 augustus 2018 heeft de CSA de gevraagde inventaris meegedeeld.<sup>10</sup> Tegelijk deelde de CSA echter mee dat hij beslist had de termijn om het verzoek in te willigen met nog eens 15 dagen te verlengen, onder het voorwendsel dat de verificatie van de vertrouwelijkheid van de stukken nog niet afgerond zou zijn. Telenet heeft per brief van 24 augustus 2018 geprotesteerd tegen het feit dat zij nog steeds geen inzage had gekregen in het dossier.<sup>11</sup> Tegelijk heeft Telenet toegang gevraagd tot de volgende stukken (waaronder stukken die merkwaardig genoeg ontbreken in de inventaris):
- Alle stukken die in de inventaris als niet-vertrouwelijk zijn aangemerkt en dus onmiddellijk meegedeeld kunnen worden;
  - De antwoorden van de andere operatoren (in het bijzonder Proximus en Orange) op de openbare raadpleging;
  - De ontwerpbeslissing die voor advies werd voorgelegd aan de Belgische Mededingingsautoriteit alsook het advies van de Belgische Mededingingsautoriteit van 28 maart 2018;
  - De twee verzoeken om inlichtingen van de Europese Commissie d.d. 2 en 4 mei en het antwoord daarop;
  - De notulen van de verschillende vergaderingen van de CRC in verband met de bestreden beslissingen.
15. Op het ogenblik van het indienen van dit verzoekschrift heeft Telenet nog steeds geen inzage gekregen in het administratief dossier. Telenet behoudt zich dan ook het recht voor om in een later stadium van de procedure nog nieuwe middelen aan te voeren, op basis van nieuwe elementen die bij de raadpleging van het administratief dossier eventueel nog aan het licht zouden komen.

## **2 DE VORDERING**

16. Telenet vordert:
- In hoofdde, de vernietiging van de bestreden beslissing in haar geheel;
  - Ondergeschikt, de gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissing in de mate dat Uw Hof op individuele wijze de middelen van Telenet gegrond verklaart; en deze gegrondheid geen volledige vernietiging rechtvaardigt.
  - Dat de CRC zou veroordeeld worden in de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op het basisbedrag van 1.440 euro.

---

<sup>10</sup> Brief van de CSA aan Telenet van 23 augustus 2018 (stuk 6).

<sup>11</sup> Brief van Telenet aan de CSA van 24 augustus 2018 (stuk 7).

### 3 DE ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

#### 3.1 Ontvankelijkheid *ratione temporis*

17. Artikel 5, derde en vierde lid van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 bepaalt:

*“Tegen alle beslissingen van de CRC kan binnen de 60 dagen nadat de beslissing aangetekend ter kennis werd gebracht van de belanghebbende partijen, bij het hof van beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kortgeding, beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld waarbij het hof de bestreden beslissing kan vervangen door een nieuwe beslissing.*

*Het beroep wordt bij verzoekschrift ingesteld tegen de CRC. Het hof van beroep te Brussel stelt de partijen die belang hebben bij de bestreden beslissing met een aangetekend schrijven in kennis van het bestaan van het beroep.”*

18. Zoals reeds vermeld in punt 11 hierboven, werd de beslissing van 29 juni 2018 geadresseerd aan een onbestaande (of niet langer bestaande) rechtspersoon, Telenet NV. De kennisgeving per drager op 29 juni 2018 was dan ook niet geldig.
19. De CRC heeft geprobeerd de vergissing met betrekking tot de geadresseerde van de beslissing recht te zetten met het corrigendum van 11 juli 2018. Noch de beslissing van 29 juni 2018, noch dit corrigendum van 11 juli 2018 werden echter aangetekend ter kennis gebracht van Telenet, zoals het Samenwerkingsakkoord nochtans vereist om de beroepstermijn te doen lopen.<sup>12</sup> Telenet beschouwt dan ook dat de beroepstermijn nog niet is beginnen te lopen.
20. Hoe dan ook werd dit beroep ingesteld binnen een termijn van zestig dagen na 29 juni 2018.

#### 3.2 Belang

21. Volgens artikel 5, derde lid van het Samenwerkingsakkoord kunnen alleen “belanghebbende partijen” beroep instellen. Telenet is onbetwistbaar een belanghebbende partij, aangezien het een van de door de beslissing (zoals verbeterd door het corrigendum van 11 juli 2018) geviseerde ondernemingen is. De bestreden beslissing legt aan Telenet in de wholesalem Markt voor televisieomroep een hele reeks verplichtingen op, die bovendien verder gaan dan de verplichtingen die de CRC in het kader van de vorige marktanalyse (2011) aan Telenet had opgelegd. De bestreden beslissing raakt bijgevolg de belangen van Telenet op nadelige wijze,<sup>13</sup> zodat Telenet het vereiste belang heeft om onderhavig beroep in te stellen.

---

<sup>12</sup> Zowel de beslissingen van 29 juni 2018 als het corrigendum van 11 juli 2018 geven onder de afdeling “beroepsmogelijkheden” verkeerdelijk aan dat het verzoekschrift moet ingediend worden “binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na kennisname van het besluit”. Dit is een weergave van de bepaling van artikel 2, §2, eerste lid van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, die echter niet van toepassing is op beroepen tegen beslissingen van de CRC.

<sup>13</sup> Cass. 23 april 2009, n° C.06.0296.F.

## 4 FEITELIJKE CONTEXT

### 4.1 Voorstelling van Telenet

22. Telenet is een Belgische kabelnetwerkoperator die zich toelegt op het leveren van vast internet, vaste telefoondiensten en kabeltelevisie aan particuliere klanten in heel Vlaanderen en in delen van Brussel en Wallonië, en op het leveren van mobiele diensten in heel België.<sup>14</sup>
23. Telenet verstrekt eveneens elektronische communicatiediensten aan bedrijven in België (en Luxemburg). Zij richt zich hiervoor hoofdzakelijk op SOHO<sup>15</sup>- en KMO-klanten.
24. De belangrijkste aandeelhouder van Telenet (via het beursgenoteerde Telenet Holding) is Liberty Global, die 57% van de aandelen in handen heeft. Liberty Global exploiteert kabelnetwerken in o.a. België, Ierland, Nederland, en het Verenigd Koninkrijk.

### 4.2 De markt voor televisieomroep

25. Ten opzichte van de situatie ten tijde van de vorige analyse van de omroepmarkten (2011) hebben er zich op deze markt een aantal markante ontwikkelingen voorgedaan die wijzen op toenemende concurrentie.
26. Ten eerste is het aantal alternatieve transmissieplatformen toegenomen. Wanneer men het huidige televisielandschap in Franstalig België overschouwt, stelt men vast dat de meest bekeken zenders<sup>16</sup> – namelijk de zenders van de openbare omroep (RTBF), de zenders van Groupe RTL en de Franse zenders (TF1, France 2, France 3, enz.) – niet alleen bekeken kunnen worden via de kabel en IPTV (Proximus/Scarlet), maar ook via satelliet (Groupe M7/Télésat<sup>17</sup>), DVB-T(2) (Télésat – Vacances TV<sup>18</sup>) en online (RTBF Auvio,<sup>19</sup> RTLplay,<sup>20</sup> MyTF1,<sup>21</sup> enz.). In 2011 stonden de OTT-diensten nog in de kinderschoenen (noch de openbare omroep, noch de commerciële omroeporganisaties hadden een online aanbod, en diensten als Netflix waren nog niet beschikbaar) en was het DVB-T aanbod ook erg beperkt (alleen de zenders van de openbare omroep).
27. Ten tweede is het aantal analoge televisiekijkers verder afgekald. Liefst 92% van de

---

<sup>14</sup> Sinds de verwerving van BASE beslaan de mobiele telefonieactiviteiten van Telenet het gehele Belgische grondgebied. Deze acquisitie werd in februari 2016 voltooid (zie "Resultaten eerste kwartaal 2016", *Telenet* van 28 april 2016 (stuk 8). Voorafgaand aan de verwerving van BASE, bood Telenet al mobiele diensten aan als MVNO van Orange Belgium. De MVNO-overeenkomst met Orange loopt echter in december 2018 af.

<sup>15</sup> SOHO: "Small Office, Home Office" (klein kantoor, thuishkantoor).

<sup>16</sup> <https://www.cim.be/nl/televisie/openbare-resultaten>.

<sup>17</sup> <https://www.telesat.be/>.

<sup>18</sup> <https://www.telesat.be/tv-numerique/vacances-tv/>.

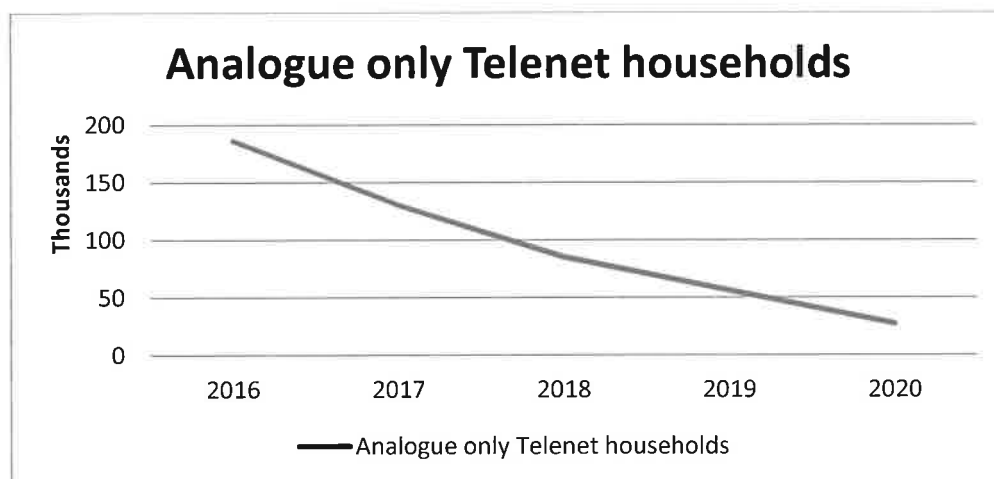
<sup>19</sup> <https://www.rtbf.be/auvio/>.

<sup>20</sup> <https://www.rtlplay.be/>.

<sup>21</sup> <https://www.tf1.fr/direct>.

gebruikers hebben al digitale televisie in huis. Het aandeel van huishoudens die alleen analoog zijn, is gedaald van 40% in 2010 tot minder dan 10% en zal naar verwachting nog verder dalen. De eigen prognose van Telenet is dat het aantal huishoudens met alleen analoge televisie als volgt zal afnemen:

Figuur 1 - Telenet abonnees met alleen analoge TV<sup>22</sup>



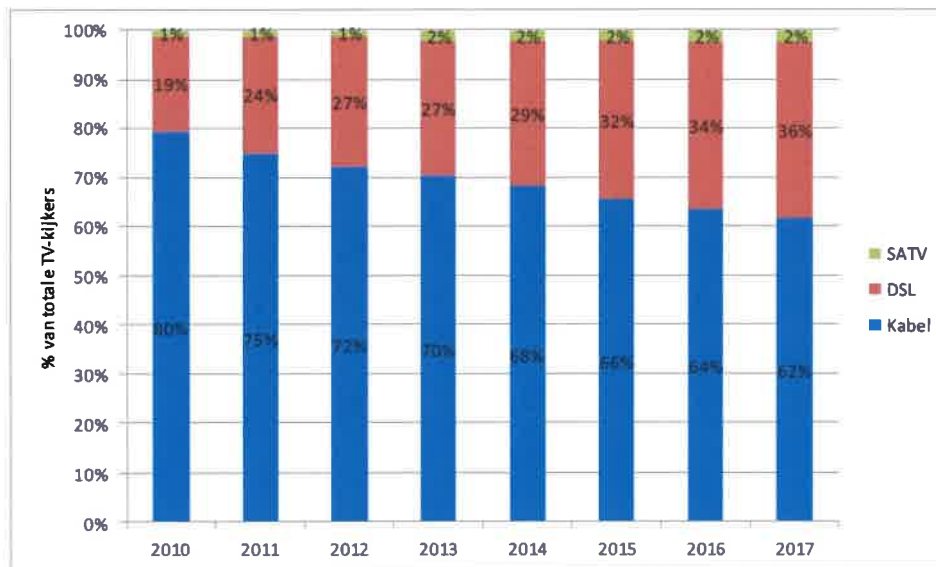
Dit bevestigt dat analoge televisie een uitstervende technologie is. Het zgn. concurrentievoordeel van analoge televisie, waar de in 2011 opgelegde regelgeving grotendeels zijn rechtvaardiging in vond, is in de afgelopen reguleringsperiode dus nog sterk afgenomen en zal alleen maar blijven dalen om uiteindelijk totaal irrelevant te worden. Sinds 2011 verlaagt Telenet zijn analoge aanbod geleidelijk. Al in 2012 verwijderde het tien kanalen van zijn analoge aanbod om bandbreedte vrij te maken voor digitale tv- en breedbanddiensten. SFR heeft het analoge signaal zelfs al helemaal uitgeschakeld. Een bijkomende bevestiging van de concurrentiële irrelevantie van analoge televisie is dat Proximus geen analoge televisie heeft en ook geen wholesaletoegang gevraagd heeft tot het analoge aanbod van de kabeloperatoren. Dit heeft Proximus niet belet zeer succesvol te zijn.

28. Ten derde is het marktaandeel van IPTV (Proximus/Scarlet) blijven groeien ten koste van de kabeloperatoren. In een nationale markt beperkt tot de kabel, IPTV en satelliet, is het marktaandeel van IPTV (in termen van aantal gebruikers) gestegen van 24% in 2011 tot 36% vandaag, terwijl het marktaandeel van de kabeloperatoren gedaald is van 75% tot 62%. In Franstalig België heeft Proximus zelfs een marktaandeel van ongeveer 50% en overtreft zij de kabeloperatoren in het aantal digitale kijkers.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Bron: Telenet.

<sup>23</sup> Zie bestreden beslissing, figuren 20-23.

Figuur 2 - Aantal klanten per televisieplatform<sup>24</sup>



29. Ten vierde zorgt de opkomst van verschillende soorten OTT-diensten, die lineaire en niet-lineaire tv aanbieden via het internet op basis van zowel gratis als betalende zakenmodellen, voor wat de Nederlandse regulator ACM “*stormachtige ontwikkelingen*” heeft genoemd.<sup>25</sup> De evolutie van deze disruptieve OTT-diensten is zodanig dat de grenzen tussen de verschillende diensten, namelijk niet-lineaire diensten, gratis televisie en betaalde lineaire diensten, steeds vervagen en dat de relevantie van de verschillende categorieën in twijfel kan worden getrokken.
30. Deze innovatieve diensten concurreren allemaal om de beperkte kijktijd en uitgaven van de consument. Recent concludeerde de ACM dat online videoplatforms (bijvoorbeeld YouTube, Facebook) concurreren met traditionele media en met andere videodiensten zoals Netflix:

*“Echter, kijkers hebben maar een beperkte tijd beschikbaar die ze verdelen over verschillende platforms. In die zin concurreren online videoplatforms niet alleen met elkaar om aandacht van kijkers maar mogelijk ook om de aandacht van kijkers op traditionele media en met andere aanbieders van videodiensten zoals Netflix en Videoland.”*<sup>26</sup>

31. Een toenemend aantal gebruikers vervangt digitale betaaltelevisie door een combinatie van andere gratis en betalende diensten. Deze consumenten hebben nog steeds toegang tot lineaire TV door gebruik te maken van de gratis webservices van de zender (RTBF Auvio, RTLplay, enz.) of door zich te abonneren op gratis of betaalde OTT-diensten (VOO Motion, Canal Play, enz.). Bovendien hebben ze toegang tot niet-lineaire inhoud die ook gratis kan zijn (bijv. YouTube, Twitch, Gamefly) of betaald (bijv. Netflix, Amazon Prime). Al deze diensten kunnen op verschillende apparaten (desktop, laptop, tablet, mobiel) maar ook op het klassieke televisietoestel worden gebruikt, weze het via geïntegreerde apps op een Smart TV, via gameconsoles of via streaming-

<sup>24</sup> Bron: bestreden beslissing, figuur 10.

<sup>25</sup> “Geen dominante marktmacht bij online video-streaming platforms”, persbericht van de ACM van 22 augustus 2017, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/17573/Geen-dominante-marktmacht-bij-online-video-streaming-platforms> (stuk 9).

<sup>26</sup> ACM, Rapportage Online videoplatforms onder de loep, 22 augustus 2017, p. 15 (stuk 10).

apparaten zoals Google Chromecast of Apple TV.

32. De Belgische consumenten zijn zeer goed op de hoogte van de verschillende soorten OTT-diensten en niet-verwaarloosbare delen van de consumenten kijkt haast uitsluitend nog via internet naar TV, met name onder de jongeren. Statistieken tonen aan dat Belgische consumenten open staan voor alternatieve manieren om naar lineaire en niet-lineaire tv te kijken.
33. Diensten zoals Netflix of Amazon Prime bieden momenteel geen lineaire tv, maar bieden toegang tot grote catalogi van tv-programma's, documentaires en films, waaronder toenemende hoeveelheden lokaal geproduceerde inhoud. De grenzen tussen lineaire en niet-lineaire tv vervagen dus momenteel. De voorkeur voor lineaire tv neemt af en de jongere leeftijdsgroepen tonen duidelijk minder belangstelling voor lineaire televisie, zoals blijkt uit de recentste Digimeter-enquête (2017):<sup>27</sup>
  - 49,8% van de Vlaamse consumenten kijkt dagelijks naar lineaire tv. Dit is een statistisch significante daling ten opzichte van de enquête van 2016, waarin dat cijfer 56,6% was en 2015, waarin dat cijfer 60,0% was.<sup>28</sup>

**Figuur 3 - Manieren om TV te kijken<sup>29</sup>**

	Ever			Monthly			Daily		
	2015	2016	2017	2015	2016	2017	2015	2016	2017
Live/linear	93,9%	94,3%	86,6%*	81,9%	82,6%	73,2%*	60,0%	56,6%	49,8%*
Timeshifted viewing	77,9%	80,6%	75,2%*	69,2%	73,5%	64,6%*	29,6%	29,4%	27,0%
Pay-per-view for series and films		43,6%	38,3%		13,5%	13,1%		1,3%	1,3%
Play/Play More (Telenet) (of Flemings having access to a Play/Play More account. N=304 or 13,0% of population)		86,6%	79,5%*		71,4%	67,1%*		17,2%	19,6%
DVDs	60,0%	56,9%	53,0%*	23,2%	21,9%	20,9%	1,3%	2,4%	2,1%
Play Sports (Telenet) (of Flemings having access to a Play Sports account. N=131 or 5,6% of the population)		76,9%	72,7%*		72,0%	58,6%*		16,4%	14,6%

- De dagelijkse consumptie van lineair materiaal neemt aanzienlijk af met de leeftijd. Terwijl dit op dagelijkse basis 73,7% (in 2016 was dit nog 76,9%) van de categorie 65+ is, is dit voor alle categorieën tot 39 jaar minder dan 36% (40% in 2016).<sup>30</sup>

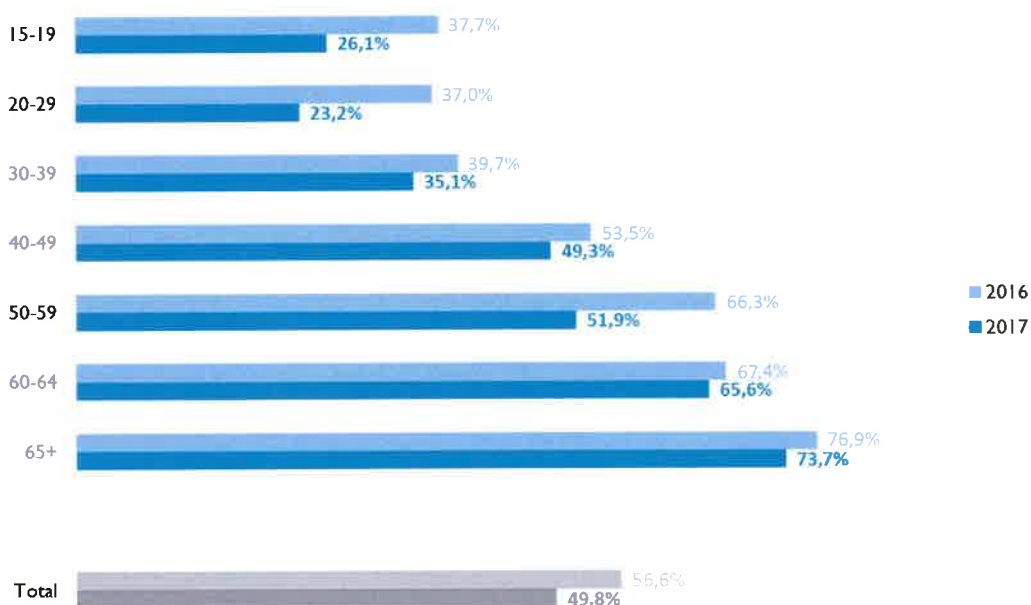
<sup>27</sup> IMEC, Digimeter 2017 (stuk 11). Deze enquête werd uitgevoerd in Vlaanderen. Voor zover Telenet weet zijn er echter geen vergelijkbare, recente gegevens beschikbaar over het kijkgedrag in Franstalig België. Er is echter geen reden om aan te nemen dat de trends die in Vlaanderen waar te nemen zijn, zich ook niet voordoen in Franstalig België.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 82 (stuk 11).

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 84 (stuk 11).

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 82 (stuk 11).

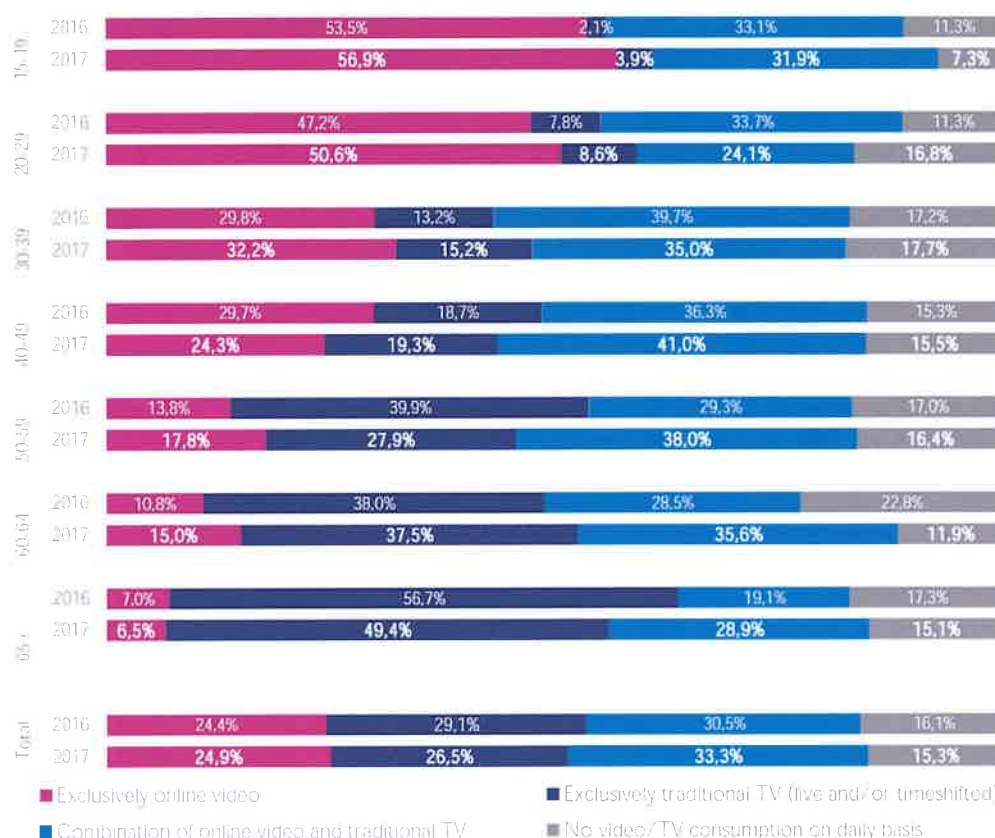
**Figuur 4 - Kijken live TV op dagelijkse basis - verdeling volgens leeftijdscategorieën<sup>31</sup>**



- De jongere generaties kijken bijna nooit alleen naar traditionele tv (hier omvat traditionele tv zowel lineair als “*time-shifted*”, d.i. uitgesteld, kijken). De meeste jongeren kijken ofwel uitsluitend online “*content*” of een combinatie van online content en traditionele televisie. De verhoudingen zijn omgekeerd voor hogere leeftijdscategorieën, maar zelfs de hoogste leeftijdscategorieën kijken vaak dagelijks naar zowel traditionele als online televisie.

<sup>31</sup> Digimeter 2017, p. 84 (stuk 11).

**Figuur 5 - Kijken traditionele TV versus online video op dagelijkse basis - verdeling volgens leeftijdscategorieën<sup>32</sup>**



34. Kortom, de Belgische consumenten zijn zich bewust van al deze nieuwe diensten en hebben ze in toenemende mate in een zeer korte tijd overgenomen. De manier waarop zij video-inhoud consumeren maakt een diepgaande verandering door. Naast traditionele tv-bezorging, is er dus een groeiend aantal bedrijfsmodellen, gratis en betaald, lineair en niet-lineair, op de markt gekomen. De komst van nieuwe marktspelers, die vaak ondersteund worden door groepen met “deep pockets” (toegang tot belangrijke financiële middelen) zoals Google of Amazon, zorgt voor de disruptie van de bedrijfsmodellen van de traditionele aanbieders van televisie. Deze alternatieve marktspelers blazen de markt een nieuwe concurrentiedynamiek in.

#### 4.3 Overzicht van de marktanalyse van de CRC

35. In het kader van de vorige marktanalyse heeft de CRC regelgevende verplichtingen opgelegd aan de kabeloperatoren op basis van een AMM-aanduiding niet op wholesaleniveau, maar op retailniveau.<sup>33</sup> Alleen de kabeloperatoren werden toen trouwens aangeduid als operatoren met AMM op de omroepmarkten; Proximus werd enkel in het kader van de marktanalyse van de breedbandmarkten verplicht tot het aanbieden van “bitstream”-toegang met de “multicast”-functionaliteit of een vergelijkbare functionaliteit waarmee een alternatieve operator IPTV kan aanbieden. Wellicht bewust van het feit dat de Europese Commissie in de Aanbeveling van 2014 geen enkele retailmarkt meer weerhoudt en een zeer uitgesproken voorkeur voor reglementering op wholesaleniveau uitdrukt, heeft de CRC er ditmaal voor gekozen om

<sup>32</sup> Digimeter 2017, p. 88 (stuk 11).

<sup>33</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 “concernant l’analyse du marché radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de la région de langue française”.

het over een andere boeg te gooien en de kabeloperatoren te reguleren op basis van een AMM-aanduiding op wholesaleniveau.

36. Op retailniveau definieert de CRC een relevante markt voor (lineaire) televisieomroep via de kabel en via IPTV. Volgens de CRC behoren satelliettelevisie, digitale ethertelevisie (DVB-T) en televisie via het internet ("over-the-top" of OTT-televisie) echter niet tot de relevante markt, evenmin als niet-lineaire televisie en "gratis" ("*free to air*") televisie. Deze enge productmarktdefinitie wijkt af van de vaste praktijk van zowel de Europese Commissie als de BMA in het mededingingsrecht, alsook van de regelgevende praktijk van de NRI's van de andere lidstaten. Ook hier geldt dat de markt technologieneutraal moet worden gedefinieerd en dus in beginsel alle functioneel gelijk(w)aardige transmissieplatformen moet omvatten. Bovendien is zoals hierboven al vermeld (zie randsnrs. 29 ev.) het onderscheid tussen lineaire en niet-lineaire televisie meer en meer aan het vervagen, terwijl de CRC verplicht is om de markt prospectief te analyseren.
37. Op wholesaleniveau besluit de CRC dat transmissie van televisieomroepsignalen via de kabel en via het IPTV-platform van Proximus niet substitueerbaar zijn en dus niet tot dezelfde markt behoren. Deze conclusie is gebaseerd op de overstapkosten waarmee een bestaande begunstigde van toegang zou geconfronteerd worden. De CRC had de analyse echter eerder moeten maken vanuit het standpunt van een nieuwkomer op de markt, die geen overstapkosten heeft. Hoewel er een hoge mate van parallelisme is tussen de benadering van de CRC van de omroepmarkten en haar benadering van de breedbandmarkten in de CRC-beslissing van dezelfde datum met betrekking tot de bevoegdheden van het BIPT, is het opmerkelijk dat de CRC in dit geval besluit dat wholesaaletoegang tot kabeltelevisie en wholesaaletoegang tot IPTV niet tot dezelfde markt behoren, maar vervolgens verder geen aandacht meer besteedt aan IPTV en dus *geen* afzonderlijke markt voor toegang tot IPTV definieert. Dit contrasteert met de aanpak van de CRC met betrekking tot de breedbandmarkten, waar de CRC, na besloten te hebben dat de kabel niet tot markt 3b behoort, vervolgens een afzonderlijke "markt 3b *bis*" voor centrale toegang tot de kabel identificeert en analyseert.
38. Aangezien de CRC de wholesalemarkt net als de retailmarkt segmenteert volgens de dekkingengebieden van de kabeloperatoren, is het geen verrassing dat elke kabeloperator als operator met AMM wordt aangeduid in zijn respectieve markt en dus wordt onderworpen aan regelgevende verplichtingen. Het betreft in het bijzonder een verplichting om toegang te geven tot het digitale televisieplatform in combinatie met een verplichting tot doorverkoop van analoge televisie. In dat opzicht verschillen de regelgevende verplichtingen niet significant van de verplichtingen die in de vorige marktanalyseronde aan de kabeloperatoren werden opgelegd. De "retail minus"-methode voor de vaststelling van de wholesaleprijzen wordt echter verlaten ten gunste van een verplichting om "billijke prijzen" te hanteren. In afwachting van het ontwikkelen van een kostenmodel van het type "bottom-up LRIC", zijn de kabeloperatoren verplicht om "overgangsprijzen" te hanteren die gebaseerd zijn op de huidige "retail minus"-prijzen van Brutélé.
39. De AMM-analyse van de CRC is gebrekkig. De wholesalemarkt voor transmissie van televisieomroepsignalen (markt 18 van de aanbeveling van 2003) is al sinds de Aanbeveling van 2003 verdwenen van de lijst van markten die in aanmerking komen voor ex ante regulering, omdat de Europese Commissie beschouwt dat deze markt in de meeste lidstaten de driecriteriatest niet meer vervult. Telenet beschouwt dat de markt daadwerkelijk concurrerend is of minstens naar daadwerkelijke concurrentie neigt, aangezien consumenten de keuze hebben tussen minstens vier transmissieplatformen. Bovendien heeft het toenemend succes van OTT-diensten een disruptief effect op de markt. Zelfs indien deze OTT-diensten niet tot de relevante

markt worden gerekend, moet er (zoals benadrukt door de Europese Commissie in de nieuwe AMM-richtsnoeren) in elk geval rekening mee gehouden worden. Deze diensten oefenen namelijk een “zijdellingse concurrentiedruk” uit op de markt voor “klassieke” televisiediensten, aangezien zij meedingen naar de schaarse kijktijd en het beperkte budget van de consument.

40. Wat de regelgevende verplichtingen betreft, is het zoals al aangegeven ongerechtvaardigd dat Proximus hier buiten schot blijft terwijl de kabeloperatoren wel worden gereguleerd op de breedbandmarkten. Bovendien is het arbitrair van de CRC om de tarieven tijdens de overgangperiode vast te stellen op basis van de (door Uw Hof vernietigde) “retail minus”-tarieven van Brutélé. De CRC verantwoordt dit door te stellen dat deze tarieven het dichtst liggen bij wat zij als de beste “*benchmark*” voor de wholesaletarieven beschouwt, namelijk de tarieven die SFR/Numericable toepast op basis van de toezeggingen die aangeboden werden in het kader van de goedkeuring door de Franse mededingingsautoriteit van de overname door Altice. Een “*benchmark*” op basis van één referentiepunt in Europa (dat bovendien nooit daadwerkelijk is toegepast) is echter niet ernstig en bovendien gaat de CRC eraan voorbij dat de andere voorwaarden van het referentieaanbod van SFR/Numericable zeer verschillend zijn, zodanig dat het een vorm van “*cherry picking*”<sup>34</sup> is om enkel de eenheidstarieven over te nemen (zie het vierde middel).

---

<sup>34</sup> D.i. selectief kiezen wat het beste uitkomt.

## 5 TEN GRONDE

### 5.1 Overzicht van de middelen

41. Onder voorbehoud van eventuele bijkomende middelen die Telenet in een later stadium nog zou kunnen opwerpen naar aanleiding van elementen die pas na het indienen van onderhavig beroep aan het licht zouden komen (zie ook supra, randnummers 13-15), zet Telenet hierna de volgende middelen uiteen die de gehele of minstens gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissing rechtvaardigen:

- Eerste middel: Schending van de consultatieverplichting doordat de CRC nieuwe wholesaletarieven heeft bepaald zonder een nieuwe openbare raadpleging te houden (zie afdeling 5.2);
- Tweede middel: Schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, van het proportionaliteitsbeginsel en de motiveringsplicht doordat de CRC een kennelijke beoordelingsfout begaat door de retailmarkt voor televisieomroep te eng te definiëren en niet aan te tonen dat de retailmarkt niet naar daadwerkelijke concurrentie neigt en de wholesalemarkt nog in aanmerking komt voor ex ante regelgeving (zie afdeling 5.3);
- Derde middel: Schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod en/of motiveringsgebrek door de inconsistentie tussen de analyse van de wholesale breedbandmarkten en deze van de wholesale omroepmarkt (zie afdeling 5.4);
- Vierde middel: Schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe doordat de tarieven voor de diensten op de wholesaleomroepmarkt steunen op een ongerechtvaardigde afstemming op de tarieven van Brutélé en vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk (zie afdeling 5.5);
- Vijfde middel: Schending van het proportionaliteitsbeginsel en, ondergeschikt, de motiveringsplicht, doordat de CRC Telenet verplicht om twee televisiekanalen vrij te houden voor begunstigden van toegang (zie afdeling 5.6).

### 5.2 **Eerste middel: Schending van de consultatieverplichting (artikelen 6, 7 en 16(6) van de Kaderrichtlijn; artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn; en artikel 94, §1 van het Mediadecreet van de Franse Gemeenschap) doordat de CRC nieuwe wholesaletarieven heeft bepaald zonder een nieuwe openbare raadpleging te houden**

#### 5.2.1 *Korte weergave van het middel*

42. De CRC heeft de verplichting niet nageleefd om een openbare raadpleging te organiseren over het ontwerp-marktanalysebesluit alvorens dit aan te melden bij de Europese Commissie en definitief aan te nemen (artikelen 6, 7 en 16(6) van de Kaderrichtlijn; artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn; artikel 94, §1 van het Mediadecreet van de Franse Gemeenschap<sup>35</sup>). De uiteindelijk aangenomen beslissing verschilt immers wezenlijk van de ontwerpbeslissing waarover een openbare raadpleging werd

---

<sup>35</sup> Décret de la Communauté française sur les services de médias audiovisuels, coordonné le 26 mars 2009.

gehouden, in het bijzonder door de toevoeging van wholesaletarieven gebaseerd op een "nationale benchmark" voor toepassing tijdens de overgangperiode tussen de inwerkingtreding van de beslissing en het voltooiën van een kostenmodel voor de vaststelling van "billijke tarieven" (in plaats van de drie in de ontwerpbeslissing voorgestelde methoden).

43. Bijgevolg werd over een deel van de opgelegde regelgevende verplichtingen nooit een openbare raadpleging gehouden. Uit de aangehaalde bepalingen volgt echter dat de NRI een openbare raadpleging moet houden over elke ontwerpbeslissing waarin nieuwe correctie maatregelen worden opgelegd.
44. De verplichting om een openbare raadpleging te houden is een substantieel vormvoorschrift, waarvan de schending de nietigheid van de akte tot gevolg heeft.

## 5.2.2 Uiteenzetting van het middel

### 5.2.2.1 Toepasselijke Europese bepalingen

45. Artikel 16(1) van de Kaderrichtlijn voorziet de verplichting voor de NRIs om – in samenwerking met de mededingingsinstanties – de vereiste marktanalyses uit te voeren.

46. Artikel 16(4) van dezelfde richtlijn luidt als volgt:

*"Wanneer een nationale regelgevende instantie vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt afzonderlijk of gezamenlijk aanmerkelijke macht op de markt in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als bedoeld in lid 2 van dit artikel of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan."*

47. Artikel 16(6) van de Kaderrichtlijn bepaalt dat voor de marktanalysebesluiten zoals omschreven in artikel 16(4) de procedures van artikelen 6 en 7 van dezelfde richtlijn gelden.

48. Ook artikel 8(4), tweede zin van de Toegangsrichtlijn bepaalt dat regelgevende verplichtingen alleen worden opgelegd na overleg zoals bedoeld in de artikelen 6 en 7 van de Kaderrichtlijn.

49. Artikel 6, eerste lid van de Kaderrichtlijn bepaalt

*"Behalve in gevallen die vallen onder artikel 7, lid 9 [hoogdringendheid], artikel 20 [geschillenbeslechting] of artikel 21 [beslechting van grensoverschrijdende geschillen], zorgen de lidstaten ervoor dat, wanneer de nationale regelgevende instanties voornemens zijn krachtens deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen maatregelen te nemen, dan wel wanneer zij voornemens zijn krachtens artikel 9, leden 3 en 4 [beperkingen op het gebruik van frequentiebanden], beperkingen vast te stellen die een belangrijke impact op de betrokken markt hebben, de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen."*

50. Uit artikel 16(6) van de Kaderrichtlijn en artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn volgt dus dat een NRI een openbare raadpleging moet houden over elke ontwerpmaatregel waarin:

- (i) een nieuwe relevante markt wordt afgebakend en/of

- (ii) een nieuwe AMM-aanduiding wordt gedaan en/of
- (iii) nieuwe correctiemaatregelen worden opgelegd.

51. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd door de richtsnoeren van de Europese Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht van 2002<sup>36</sup> (hierna de “**oude AMM-richtsnoeren**”). Deze richtsnoeren bevatten een hoofdstuk over de procedures voor openbare raadpleging en publicatie van de voorgestelde NRI-besluiten, dat in de nieuwe AMM-richtsnoeren van 2018<sup>37</sup> (hierna de “**nieuwe AMM-richtsnoeren**”) niet meer is overgenomen. Er is echter geen enkele reden om aan te nemen dat het standpunt van de Europese Commissie wat dit betreft gewijzigd is.<sup>38</sup> Randnummer 144 van de oude AMM-richtsnoeren bepaalde het volgende:

*“Behalve in dringende gevallen, zoals nog zal worden toegelicht, dient een NRI welke voornemens is een maatregel met aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt vast te stellen, de belanghebbende partijen de gelegenheid te bieden commentaar te leveren op de ontwerpmaatregel. Daartoe dient de NRI een openbare raadpleging over het voorstel te organiseren. Wanneer de ontwerpmaatregel een besluit betreft inzake het al dan niet aanwijzen van een onderneming als onderneming met aanmerkelijke marktmacht, dient dit de volgende elementen te omvatten:*

*- de **marktdefinitie** en de **redenen daarvoor**, met uitzondering van informatie die vertrouwelijk is overeenkomstig de Europese en nationale wetgeving betreffende het zakengeheim;*

*- het **bewijsmateriaal met betrekking tot het bestaan van een machtspositie**, met uitzondering van informatie die vertrouwelijk is overeenkomstig de Europese en nationale wetgeving betreffende het zakengeheim, samen met de identiteit van de eventuele ondernemingen die volgens het voorstel zullen worden aangewezen als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht;*

*- alle bijzonderheden omtrent de **sectorspecifieke verplichtingen** voor bovengenoemde ondernemingen die de NRI overweegt op te leggen, te handhaven, te wijzigen of in te trekken, samen met een beoordeling van de evenredigheid van de voorgestelde maatregel.”*

52. Voor zover nodig bevestigen de oude AMM richtsnoeren dus dat een nieuwe openbare

---

<sup>36</sup> Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten, *Pb. EU C 165* van 11/07/2002, p. 6.

<sup>37</sup> Richtsnoeren voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het EU-regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten, *Pb. EU C 159* van 7/5/2018, p. 1.

<sup>38</sup> In de toelichting bij de nieuwe AMM-richtsnoeren, geeft de Commissie aan dat een aantal hoofdstukken van de oude AMM-richtsnoeren, waaronder het hoofdstuk 6 (“Procedures voor openbare raadplegingen en publicatie van voorgestelde NRI-besluiten”), in de nieuwe richtsnoeren niet meer werden opgenomen omdat zij sinds het aannemen van de oude richtsnoeren vervangen zouden zijn door meer specifieke “*soft law*” instrumenten (Document SWD (2018) 124 final van 27 april 2018, pp. 4-5). Wat de procedurele aspecten betreft verwijst de Toelichting in het bijzonder naar de Aanbeveling van de Commissie van 15 oktober 2008 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (*ibidem*, voetnoot 10). Deze raadpleging behandelt echter niet de openbare raadpleging bedoeld in artikel 6. De bepalingen van de oude richtsnoeren met betrekking tot de openbare raadpleging zijn dus niet vervangen door nieuwe bepalingen.

raadpleging is vereist over elke nieuwe marktdefinitie die een NRI voorstelt, de elementen op basis waarvan een NRI besluit tot het bestaan van een machtspositie (AMM) en de sector-specifieke verplichtingen die de NRI wil opleggen, handhaven, wijzigen of intrekken.

#### 5.2.2.2 Toepasselijke nationale bepalingen

53. Artikel 94, §1 van het Mediadecreet van de Franse Gemeenschap bepaalt dat de *Collège d'autorisation et de contrôle* (CAC) van de CSA een voorafgaande openbare raadpleging moet organiseren over elk ontwerp van marktanalyse alvorens deze aan te melden bij de Europese Commissie.
54. Uw Hof heeft geoordeeld dat deze nationale bepalingen dezelfde draagwijdte hebben als de bepalingen van de richtlijn.<sup>39</sup>

#### 5.2.2.3 Toepassing op deze zaak

55. In de ontwerpbeslissing die ter raadpleging werd voorgelegd, werden voor de overgangperiode tussen de inwerkingtreding van de besluiten en het voltooien van een kostenmodel voor de vaststelling van "billijke tarieven" drie mogelijke methoden voor tariefbepaling voorgesteld. In de ontwerpbeslissing die aan de Europese Commissie werd voorgelegd en in de bestreden beslissing, wordt nog een andere methode weerhouden. Over deze methode voor de bepaling van de wholesaletarieven werd geen enkele raadpleging gehouden.
56. Voor zover nodig en relevant benadrukt Telenet dat de wijzigingen die werden aangebracht tegenover de oorspronkelijke ontwerpbeslissing niet werden ingegeven door de opmerkingen van belanghebbenden tijdens de openbare raadpleging, door de opmerkingen van de BMA of door de opmerkingen van de Europese Commissie:
  - De wijzigingen werden aangebracht vóór de aanmelding van de ontwerpbeslissing bij de Europese Commissie en dus niet om "zoveel mogelijk rekening te houden" met de opmerkingen van de Commissie.
  - De wijzigingen geven evenmin gevolg aan opmerkingen van de BMA, aangezien de BMA zich blijkbaar (onder het voorbehoud van inzage in het administratief dossier) niet over de wholesaletarieven in de overgangperiode heeft uitgesproken.<sup>40</sup>
  - Men kan ook niet beschouwen dat de wijzigingen gebeurd zijn om rekening te houden met de opmerkingen van de belanghebbenden in het kader van de openbare raadpleging. Geen enkele respondent heeft in het kader van de openbare raadpleging immers ervoor gepleit om de "retail minus"-tarieven van Brutélé te gebruiken als maatstaf voor de groothandelstarieven tijdens de overgangperiode.

---

<sup>39</sup> Brussel (18de k.) 13 mei 2015, 2011/AR/2261-2264-2265-2266-2375-2377, pt. 95: "*La portée des dispositions précitées, qui transposent lesdits prescrits [européens] en droit national, ne diffère pas de celle de la directive quant à l'obligation d'organiser une consultation [...]*". Vrij vertaald: "De draagwijdte van de hiervoor aangehaalde bepalingen, die deze [Europese] voorschriften in nationaal recht omzetten, verschilt niet van deze van de richtlijn wat betreft de verplichting om een raadpleging te organiseren".

<sup>40</sup> Zie bestreden beslissing, bijlage K.

57. Net als de verplichting om de BMA en de Europese Commissie te raadplegen,<sup>41</sup> is de verplichting om een openbare raadpleging te houden een substantieel vormvoorschrift, waarvan de schending automatisch de nietigheid van de akte tot gevolg heeft.
58. Het middel is derhalve gegrond.

**5.3 Tweede middel: Schending van artikel 16 van de Kaderrichtlijn in combinatie met de Aanbeveling van 2014, van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn, van het proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht doordat de CRC een kennelijke beoordelingsfout begaat door de retailmarkt voor televisieomroep te eng te definiëren en niet aan te tonen dat de retailmarkt niet naar daadwerkelijke concurrentie neigt en de wholesalemarkt nog in aanmerking komt voor ex ante regelgeving**

*5.3.1 Korte weergave van het middel*

59. De CRC definieert de relevante retailmarkt voor televisieomroep als de markt voor betalende, lineaire, analoge of digitale televisie aangeboden via kabel of IPTV, met uitsluiting van gratis televisie, niet-lineaire televisie, satelliettelevisie, DVB-T en (lineaire en niet-lineaire) “*over the top*”-diensten<sup>42</sup> (“**OTT-diensten**”). Op wholesaleniveau identificeert de CRC markten voor toegang tot omroep via de netwerken van de verschillende kabelnetwerken (met uitsluiting van IPTV).
60. De definitie van de retailmarkt is te eng. De CRC sluit ten onrechte satelliettelevisie, DVB-T(2)<sup>43</sup> en OTT-diensten uit. Hoe dan ook toont de CRC niet aan dat de retailmarkt niet prospectief neigt naar daadwerkelijke concurrentie. De CRC begaat een kennelijke beoordelingsfout door het “competitief voordeel” van analoge televisie te overdrijven en onvoldoende rekening te houden met de concurrentiedruk die uitgaat van OTT-diensten. Bijgevolg is de CRC in gebreke om afdoende te motiveren dat de wholesalemarkt nog in aanmerking komt voor ex ante regelgeving.

*5.3.2 Uiteenzetting van het middel*

61. De wholesalemarkt voor omroeptransmissiediensten, voor het leveren van omroepinhoud aan eindgebruikers (artikel 18 van de Aanbeveling van 2003), werd al in de Aanbeveling van 2007 verwijderd van de lijst van relevante markten die in aanmerking komen voor ex ante regelgeving, omdat de Europese Commissie vastgesteld heeft dat deze markt in de meeste lidstaten niet meer voldeed aan het tweede criterium van de driecriteriatest. Wat de retailmarkt betreft, merkte de Europese Commissie in de Toelichting bij de Aanbeveling van 2007 op dat “[i]n all but a handful of Member States the majority of households have normally up to three potential means of receiving broadcast content. With technological developments in the area of digital terrestrial broadcasting and broadcasting over DSL networks, the number of alternative transmission channels from the point of view of households is expected to

---

<sup>41</sup> Cf. Brussel (8<sup>ste</sup> k.) 30 juni 2006, 2003/AR/2474, pt. 53; Brussel (18<sup>de</sup> k.) 29 juni 2016, 2015/AR/196, ptn. 32 en 40.

<sup>42</sup> D.w.z. televisiediensten die over het internet worden aangeboden, via een website of een “app”.

<sup>43</sup> Digital Video Broadcasting – Terrestrial (d.w.z. digitale televisie via de ether). De uitbater van het DVB-T netwerk in Vlaanderen, Norkring, heeft dit netwerk geüpgrade naar de nieuwere DVB-T2 standaard. Het DVB-T-aanbod van TV Vlaanderen (Antenne TV) maakt gebruik van deze nieuwe standaard, zie “TV Vlaanderen kiest Norkring België om tv-abonnement via DVB-T2 te lanceren”, persbericht van Norkring van 9 november 2017 (stuk 12).

further increase".<sup>44</sup> Op wholesaleniveau stelde de Europese Commissie vast dat de transitie van analoge naar digitale TV grotere concurrentie tussen platformen mogelijk maakte:

*"There is evidence of greater platform competition as the transition from analogue to digital delivery platforms occurs. One implication is that there are likely to be fewer capacity constraints on any given platform. A second is that many Member States are likely to have 3-4 competing platforms (terrestrial, satellite, cable and telecom-based) in contrast to 2-3 analogue platforms, one of which, satellite, developed much later. The transition from analogue to digital provides an impetus for platforms to compete and attract end-users, which in a two-sided market context, also means obtaining content. These changes indicate that despite the market entry barriers that may exist, the market dynamics are such that the second criterion is not satisfied."*<sup>45</sup>

Vandaag is deze markt nog slechts in een handvol lidstaten aan ex ante regelgeving onderworpen. Het betreft dan vrijwel uitsluitend verplichtingen opgelegd aan operatoren die in hun lidstaat een monopolie hebben over het digitale ethernetnetwerk<sup>46</sup> of het FM-radio-omroepnetwerk.<sup>47</sup> Buiten België is er geen enkele andere lidstaat waar de kabeloperatoren in deze markt gereguleerd zijn. Een voorstel in die zin van de Nederlandse NRI (2008) werd uiteindelijk vernietigd door de beroepsinstantie en in een nieuwe analyse (2011) concludeerde de NRI dat er geen aanleiding meer was om regelgevend op te treden.<sup>48</sup>

62. De door de Europese Commissie in 2007 voorspelde evolutie naar meer concurrentie tussen transmissieplatformen is zeker ook werkelijkheid geworden in de Belgische context. Zoals aangegeven in de feitelijke uiteenzetting hierboven (*supra*, afdeling 4.2), zijn er nu liefst vijf transmissieplatformen die toelaten om naar de meest bekeken zenders (> ¾ van de kijkcijfers) te kijken, namelijk kabel, IPTV, satelliet, DVB-T(2) en online (OTT). In vergelijking met de situatie ten tijde van de vorige marktanalyse (2011), heeft de consument vandaag dus meer keuze wat betreft de distributieplatformen voor (digitale) televisie. Daarnaast is het marktaandeel van IPTV

---

<sup>44</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2007, p. 47. Vrije vertaling: "[i]n nagenoeg alle lidstaten heeft de meerderheid van de huishoudens normaal gesproken tot wel drie potentiële middelen om uitzendinhoud te ontvangen. Dankzij technologische ontwikkelingen op het gebied van digitale terrestrische uitzendingen en uitzendingen via DSL-netwerken zal het aantal alternatieve transmissiekanalen vanuit het oogpunt van huishoudens naar verwachting nog verder toenemen."

<sup>45</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2007, pp. 47-48. Vrije vertaling: "Er zijn aanwijzingen van toenemende platformconcurrentie als gevolg van de overgang van analoge naar digitale leveringsplatforms. Een implicatie hiervan is dat er waarschijnlijk minder capaciteitsbeperkingen zullen zijn op elk platform. Een tweede implicatie is dat veel lidstaten waarschijnlijk drie tot vier concurrerende platforms hebben (terrestrische, satelliet-, kabel- en telecomgebaseerde), in tegenstelling tot 2-3 analoge platforms, waarvan een, satelliet, veel later is ontwikkeld. De overgang van analoog naar digitaal biedt een stimulans voor platforms om te concurreren en eindgebruikers aan te trekken, wat in een tweezijdige marktcontext ook de verwerving van inhoud impliceert. Deze veranderingen wijzen erop dat ondanks de eventuele belemmeringen voor markttoegang, de marktdynamiek zodanig is dat aan het tweede criterium niet vervuld is."

<sup>46</sup> Bijvoorbeeld Zweden, zie brief van de Europese Commissie aan PTS van 24 juni 2016 in zaak SE/2016/1871 (stuk 13) (verplichting tot toegang tot digitale terrestrische televisie).

<sup>47</sup> Bijvoorbeeld in Duitsland, zie brief van de Europese Commissie aan de Bundesnetzagentur van 17 maart 2017 in zaak DE/2017/1966 (stuk 14).

<sup>48</sup> OPTA, *Definitief oordeel Analyse Televisie*, 20 december 2011, randnr. 344, p.92 (stuk 15).

sindsdien nog aanzienlijk gestegen.<sup>49</sup>

63. De CRC definieert in de bestreden beslissing echter een enge retailmarkt, die zich beperkt tot betalende, lineaire TV aangeboden via de kabel en IPTV, met uitsluiting van de andere distributieplatformen. Deze (te) enge marktdefinitie, die doorwerkt op wholesaleniveau, leidt tot de paradoxale uitkomst dat de regelgevende intensiteit verhoogd in plaats van verlaagd wordt, ondanks duidelijke bewijzen van toegenomen concurrentie sinds de vorige marktanalyse.
64. De CRC heeft een kennelijke beoordelingsfout begaan door o.a. satelliet, DVB-T(2) en online uit de relevante markt te weren. Volgens de constante beslissingspraktijk van de Europese Commissie, moet de retailmarkt voor (betaal)televisie niet verder worden gesegmenteerd in functie van het distributieplatform.<sup>50</sup> Ook de Raad voor de Mededinging (de voorganger van de BMA) heeft beschouwd dat de verschillende omroeptransmissieplatformen tot dezelfde markt behoren.<sup>51</sup> Er is geen enkele reden waarom in de context van ex ante regelgeving een geheel verschillende conclusie met betrekking tot de marktdefinitie gerechtvaardigd zou zijn als in de context van het mededingingsrecht. De Europese Commissie heeft in haar "artikel 7"-commentaren op ontwerpmaatregelen van NRI's met betrekking tot de wholesalemarkt voor de transmissie van omroepdiensten (markt 18 van de Aanbeveling van 2003) meermaals gesteld dat deze markt in principe alle transmissiediensten omvat, ongeacht het gebruikte platform (kabel, IPTV, satelliet, ether).<sup>52</sup> De Deense NRI heeft een wholesalemarkt voor televisieomroep gedefinieerd die zowel de kabel als IPTV en satelliet omvat.<sup>53</sup> Ook de Nederlandse NRI OPTA (de voorganger van de ACM) heeft zowel in haar eerste (later vernietigde) analyse van de markten voor televisieomroep van 2008 als in haar definitief oordeel over de analyse van deze markten van 2011 geconcludeerd dat de relevante retailmarkt alle transmissieplatformen omvatte (koper, kabel, glasvezel, satelliet en digitale ether), behalve de mobiele netwerken.<sup>54</sup>
65. Wat de beweerde barrières om over te stappen naar satelliet betreft, merkt Telenet op dat volgens het marktonderzoek dat Profacts voor het BIPT heeft uitgevoerd, slechts 14% van de respondenten het plaatsen van een schotelantenne als een hindernis

---

<sup>49</sup> Zie afdeling 4.2.

<sup>50</sup> Beslissing van de Commissie van 18 juli 2007 in zaak M.4504 SFR/Télé 2, randnr. 44; Beslissing van de Commissie van 25 juni 2008 in zaak M.5121 News Corp/Premiere, randnr. 22; Beslissing van de Commissie van 21 december 2013 in zaak M.5932 NewsCorp/BSkyB, randnrs. 103-105; Beslissing van de Commissie van 20 september 2013 in zaak M.6990 Vodafone/Kabel Deutschland, randnr. 50; Beslissing van de Commissie van 7 april 2017 in zaak M.8354 Fox/Sky, randnr. 101; Beslissing van de Commissie van 15 april 2013 in zaak M.6880 Liberty Global/Virgin Media, randnr. 47.

<sup>51</sup> Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 29 november 2010 in zaak n° 2010-C/C-48, randnr. 87. In de beslissing van de Raad voor de Mededinging van 31 januari 2008 in zaak n° 2008-C/C-05 Tecteo/Brutélé-CB, randnrs. 96-100, concludeerde de Raad dat er sterke aanwijzingen waren van toenemende convergentie van de transmissieplatformen maar liet uiteindelijk de exacte marktafbakening open. In zijn beslissing van 20 november 2010 heeft de Raad voor de Mededinging weliswaar DVB-T niet tot de markt gerekend, gelet op de (destijds) beperkte penetratie en het (destijds) beperkte zenderpakket. Op dat ogenblik waren echter alleen de zenders van de openbare omroep beschikbaar op DVB-T, aan een lage kwaliteit. Ondertussen heeft Norkring zijn infrastructuur geüpgrade naar DVB-T2 en heeft TV Vlaanderen met Antenne TV een aanbod op de markt gebracht dat de meest bekeken Vlaamse (openbare en commerciële) zenders omvat.

<sup>52</sup> Zie bv. Brief van de Europese Commissie aan Office of Communications van 28 januari 2005 in zaak UK/2004/0111 (stuk 16).

<sup>53</sup> Zie Brief van de Europese Commissie aan ITST van 30 april 2007 in zaak DK/2007/0618 (stuk 17).

<sup>54</sup> OPTA, Definitief oordeel Analyse Televisie, 20 december 2011, randnrs. 208-2018, p. 58 (stuk 15).

beschouwen<sup>55</sup> Het andere argument om satelliet uit te sluiten, namelijk dat satelliettelevisie geen interactieve functies biedt, is irrelevant nu de CRC de markt beperkt tot lineaire televisiediensten. De CRC wijst erop dat volgens het Profacts marktonderzoek, slechts 6% van de respondenten “zeker” zou overstappen naar satelliet bij een hypothetische prijsstijging van 10% van hun kabelabonnement, maar verzwijgt dat liefst 27% dit “waarschijnlijk” zou doen, wat betekent dat niet minder dan 33% van de respondenten bereid zijn deze overstap minstens te overwegen.<sup>56</sup>

66. Daarnaast kunnen relevante frequenties voor DVB-T nog steeds worden gebruikt voor het leveren van omroepdiensten. De meeste televisietoestellen hebben tegenwoordig ook geïntegreerde DVB-T-antennes. In andere landen is DVB-T populair en blijft het aanbod toenemen. In Duitsland levert DVB-T2 bijvoorbeeld 40 openbare en commerciële kanalen in HD-kwaliteit. De openbare kanalen zijn niet-versleuteld en de commerciële kanalen zijn gecodeerd en kunnen worden geraadpleegd met een maandelijkse vergoeding van € 5,75. DVB-T wordt nog steeds aangeboden in België en kan met de juiste investering worden ontwikkeld en aantrekkelijk worden gemaakt voor een groter deel van de bevolking.

67. Wat het online kijken (OTT)<sup>57</sup> betreft, negeert de CRC bovendien ten onrechte duidelijke aanwijzingen van een toenemende bereidheid bij de consument om over te stappen:

– Volgens de marktstudie van Profacts (2016) in opdracht van het BIPT kijkt 34% van de Belgische televisiekijkers ook via het internet; in Vlaanderen is dat zelfs 43%. Bij jongeren is het aandeel nog hoger. Ruim één op vier (26%) zou overwegen om alleen nog via het internet te kijken bij een prijsstijging van 10%. In Brussel gaat het zelfs om 32% van de bevolking; bij jongeren loopt dit op tot bijna 4 op 10 (38% in de leeftijdscategorie 18-29).<sup>58</sup> De CRC minimaliseert echter de relevantie van deze resultaten door te stellen dat resultaten op basis van “gestelde voorkeuren” minder betrouwbaar zijn dan resultaten op basis van “gebleken voorkeuren”. In feite haalt de CRC daarmee de relevantie van de Profacts studie onderuit, terwijl zij er zich voor andere punten van de beslissing wel op steunt.

– Uit de Digimeter studie van IMEC (2017) die de CRC zelf aanhaalt, blijkt dat nu al liefst 29,4% van de regelmatige televisiekijkers in Vlaanderen nog uitsluitend online kijkt en 39,3% traditionele televisie met online kijken combineert.<sup>59</sup> Bij de jongste leeftijdsgroepen (15-19 en 20-29) zijn deze aandelen nog veel groter en is het aandeel van de kijkers die alleen naar traditionele televisie kijken haast verwaarloosbaar. Volgens de studie vindt 26,6% van de Vlamingen dat online videodiensten een substituut zijn voor traditionele televisiediensten. Bij de jongste

---

<sup>55</sup> Profacts studie (administratief dossier (deel CSA), rijnummer 319 van het Excel-bestand met de inventaris), p. 23.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>57</sup> In de nieuwe AMM-richtsnoeren benadrukt de Europese Commissie dat “nieuwe zogenaamde ‘over-the-top’-diensten (OTT-diensten) en andere internetcommunicatiekanalen potentiële concurrenten voor gevestigde retailcommunicatiediensten” en dat de NRI’s daarom moeten “nagaan of dergelijke diensten in de toekomst gedeeltelijke of volledige substituten kunnen vormen voor traditionele telecommunicatiediensten” (randnr. 36).

<sup>58</sup> Profacts studie (administratief dossier (deel CSA), rijnummer 319 van het Excel-bestand met de inventaris), pp. 25-26.

<sup>59</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 88 <https://www.imec-int.com/digimeter> (stuk 11) (exclusief niet-regelmatige kijkers en niet-kijkers).

leeftijdscategorie is dit zelfs 46,2%.<sup>60</sup> De studie identificeert ook een groep gebruikers – de “disruptors” gedoopt – voor wie online kijken veruit met voorsprong de dominante vorm van televisiekijken is en die verklaren dat ze online video een goed substituut vinden voor traditionele televisie. Deze groep vertegenwoordigt volgens de studie bijna 20% van de Vlamingen.<sup>61</sup> Opnieuw minimaliseert de CRC dit door te stellen dat over de globale bevolking beschouwd, de groep die voornamelijk of uitsluitend traditioneel kijkt, nog steeds de grootste is, alsof de groep die uitsluitend of voornamelijk online kijkt niet ruim groot genoeg is om concurrentiedruk uit te oefenen op de traditionele aanbieders.

- Ook in het buitenland stappen steeds meer gebruikers over naar OTT-diensten. Volgens marktonderzoek van eMarketer zou het aantal “cord-cutters” (gebruikers die hun televisieabonnement opzeggen om alleen nog online te kijken) dit jaar stijgen tot 33 miljoen of bijna 13% van de bevolking. Tegen 2022 wordt verwacht dat dit aantal nog zou groeien tot 55 miljoen gebruikers ofwel bijna 21% van de bevolking.<sup>62</sup> OTT-diensten zijn in de Verenigde Staten al meer ontwikkeld dan in Europa, maar het valt te verwachten dat de trend ook naar Europa zal overwaaien. Grote OTT-spelers zoals YouTube (Google), Netflix en Amazon zoeken de groei meer en meer op de Europese markt.<sup>63</sup> Zij bieden weliswaar geen lineaire televisiediensten aan,<sup>64</sup> maar met hun inhoud strijden ze niettemin mee om de hoe dan ook beperkte kijktijd van de consument.
- De barrières om over te stappen naar (lineaire of niet-lineaire) OTT-diensten worden ook steeds lager: volgens de IMEC-studie bezaten 42% van de Vlamingen in 2017 al een “smart TV” met internettoegang.<sup>65</sup> Dit aandeel groeit snel (+ 12,7% t.o.v. 2015). Bovendien zijn er relatief goedkope toestellen op de markt (zoals Google Chromecast of Apple Airplay) die toelaten om gelijk welke HD-televisie als “smart TV” te gebruiken. Dit betekent dat men niet enkel op de computer of een laptop kan kijken naar online televisie (wat overigens ook steeds meer mensen doen<sup>66</sup>) en dat de gebruikservaring vrijwel dezelfde is als bij traditioneel TV-kijken.
- De voornaamste televisiezenders hebben nu een online aanbod, via hun website en/of een app. In Franstalig België hebben kijkers (gratis) toegang tot zowel lineaire als niet-lineaire uitzendingen van de Franstalige openbare en commerciële zenders via RTBF Auvio (La Une, La Deux, enz.) en RTLplay (RTL-TVI, Club RTL, Plug RTL, RTL Sport). Daarnaast kan hij ook online kijken naar de Vlaamse openbare omroep (via VRT Nu), de voornaamste Franse zenders (TF1, France 2, enz.), ARTE, enz. Samen vertegenwoordigen de beschikbare zenders meer dan ¾ van de kijkcijfers.<sup>67</sup> De bewering van de CRC dat gratis OTT-diensten

---

<sup>60</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 94 (stuk 11).

<sup>61</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 96 (stuk 11).

<sup>62</sup> “US cord cutters to reach 33 million this year faster than expected”, *TechCrunch* van 25 juli 2018 (stuk 18).

<sup>63</sup> Zie bv. “Netflix plots \$1bn investment drive”, *Financial Times* van 18 april 2018 (stuk 19).

<sup>64</sup> Google biedt met YouTube TV wel al een pakket van een 40-tal lineaire zenders aan in de Verenigde Staten, en overweegt een expansie naar Europa, zie “Met YouTube TV gaat Google concurrentie aan met kabeltelevisie”, *DataNews* van 2 maart 2017 (stuk 20).

<sup>65</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 33 (stuk 11).

<sup>66</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 82 (stuk 11).

<sup>67</sup> Zie <https://www.cim.be/nl/televisie/openbare-resultaten>.

geen toegang bieden tot de meest bekeken zenders, is dus manifest onjuist.<sup>68</sup>

68. Ondanks dit alles beschouwt de CRC dat er vooralsnog onvoldoende aanwijzingen zijn dat OTT-diensten een substituut vormen voor traditionele televisie en dat deze diensten eerder als complement, dus bovenop, traditionele televisiediensten worden gebruikt. De CRC wijst er in dat verband op dat het aantal verkochte “traditionele” televisieabonnementen nog toeneemt, wat zou tegenspreken dat er een trend is naar “cord-cutting”.<sup>69</sup> Deze evolutie kan echter evenzeer uitgelegd worden door het feit dat gezinseenheden steeds kleiner worden en het aantal eenpersoonshuishoudens sterk stijgt.<sup>70</sup> Bovendien kan complementair gebruik van OTT-televisie voor veel gebruikers een eerste stap zijn naar exclusief gebruik van OTT-televisie, eenmaal deze nieuwe aanbiedingen ingeburgerd zijn. Het stijgend exclusief online kijkgedrag bij de jongere leeftijdscategorieën wijst alvast op het begin van een trend naar “cord-cutting”. Nergens in de bestreden beslissing wordt op overtuigende wijze aangetoond dat de jongeren die nu voornamelijk online kijken, in de toekomst terug zullen vallen in meer traditionele kijkpatronen. De markt evolueert bovendien snel, aangezien het aanbod aan OTT-televisie voortdurend rijker en aantrekkelijker wordt. Hierdoor is “cord-cutting” een steeds aantrekkelijker optie, zelfs in vergelijking met slechts een of twee jaar geleden (d.i. de periode waar de gegevens waarop de beslissing zich steunt op betrekking hebben). In de Verenigde Staten overtreffen de laatste cijfers in verband met “cord-cutting” de verwachtingen.<sup>71</sup> De Nederlandse regulator ACM concludeerde in een recente studie dat de markt voor onlinevideostreaming een “stormachtige” ontwikkeling doormaakt, waardoor de inkomsten van traditionele mediabedrijven onder druk komen te staan.<sup>72</sup>
69. In een prospectieve analyse moet de CRC er bovendien rekening mee houden dat de huidige technische beperkingen van OTT-diensten, die het overstappen nog afremmen, waarschijnlijk in de komende jaren zullen overwonnen worden. Aangezien België een koploper is in Europa wat betreft de kwaliteit en snelheid van de internetverbindingen, valt te verwachten dat België juist een voortrekkersrol zal spelen op het continent wat betreft het gebruik van OTT-diensten.<sup>73</sup>
70. Meer nog dan bij de marktdefinitie, is het echter vooral wat betreft de prospectieve analyse van de concurrentiedynamiek op de retailmarkt, en nauw daarmee verbonden bij de toepassing van de driecriteriatest (in het bijzonder het tweede criterium), dat de bestreden beslissing manifest tekortschiet.
71. *Ex ante* regelgevend ingrijpen is alleen noodzakelijk en gerechtvaardigd indien de relevante markten niet “spontaan” naar daadwerkelijke mededinging neigen in afwezigheid van *ex ante* regelgeving. Dit is het tweede criterium van de driecriteriatest die gebruikt wordt om te toetsen of een wholesalemarkt in aanmerking komt voor *ex ante* regelgeving, maar in feite is dit criterium evenzeer en zelfs in de eerste plaats

---

<sup>68</sup> Bestreden beslissing, randnrs. 191-192.

<sup>69</sup> Bestreden beslissing, randnr. 394.

<sup>70</sup> Federaal Planbureau, *Demografische vooruitzichten 2016-2060*, maart 2017, p. 26.

<sup>71</sup> Zie voetnoot 62.

<sup>72</sup> “Geen dominante marktmacht bij online video-streaming platforms”, ACM van 22 augustus 2017 (stuk 9). Uit het persbericht: “*De markt voor online videostreaming maakt een stormachtige ontwikkeling door. De nieuwe manieren waarop consumenten online media gebruiken zet de mediawereld op z'n kop. Inkomsten van traditionele mediabedrijven staan daardoor onder druk. Bijvoorbeeld doordat ze minder advertenties en abonnementen verkopen*” (wij onderlijnen).

<sup>73</sup> Zie afdeling 4.2.

toepasbaar op de retailmarkt. Zoals de CRC zelf benadrukt, hangt de mate van effectieve concurrentie op de wholesalemarkt immers nauw samen met de concurrentiële situatie op de retailmarkt.<sup>74</sup> Wanneer namelijk blijkt dat de retailmarkt ook zonder ex ante regelgeving op wholesaleniveau zou evolueren naar daadwerkelijke concurrentie, kan de analyse daar ophouden.<sup>75</sup> Dit betekent immers dat er geen marktfalen is op retailniveau, of dat zulk marktfalen slechts van voorbijgaande aard is. Het bestaan van een marktfalen op de retailmarkt is een *conditio sine qua non* voor ex ante regelgevende interventie. Ook de nieuwe AMM-richtsnoeren stellen dat “de NRI’s moeten nagaan of de onderliggende retailmarkt(en) in de toekomst concurrerend zal (zullen) zijn bij afwezigheid van wholesaleregelgeving op basis van de constatering van individuele of gezamenlijke aanmerkelijke marktmacht, en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend is”.<sup>76</sup>

72. Daarnaast is de tijdshorizon waarin de evolutie naar daadwerkelijke mededinging moet beoordeeld worden niet beperkt tot de beoordelingsperiode. De relevante tijdshorizon hangt af van de omstandigheden, maar kan zeker verder reiken dan drie jaar. Zoals de Toelichting bij de Aanbeveling van 2014 benadrukt, moet de NRI de relevante tijdshorizon zorgvuldig kiezen in functie van de ontwikkelingen op de markt:

*“[...] a retail market may become effectively competitive only after the review period defined by Article 16 of the Framework Directive, but there may be clear evidence of market dynamics which indicate that the market will become effectively competitive in the foreseeable future even without the imposition of ex ante regulation in the market concerned. Where market dynamics are changing rapidly, care should be taken in choosing the relevant time horizon so as to reflect the pertinent market developments.”<sup>77</sup>*

73. Bovendien moet de regulator bij de beoordeling van de concurrentiedynamiek op de markt niet alleen rekening houden met de concurrentiedruk van producten “binnen de markt”, maar ook met de “zijdellingse” druk van producten “buiten de markt”. De Europese Commissie verwijst in dit verband uitdrukkelijk naar de concurrentiedruk die uitgaat van OTT-diensten:

*“De NRI’s moeten ook nagaan of de marktmacht van de gevestigde exploitant onder (prijs)druk kan komen door producten of diensten buiten de desbetreffende markt en de onderliggende retailmarkt(en), zoals OTT-aanbieders die onlinecommunicatiediensten aanbieden. Dus zelfs wanneer een NRI heeft geoordeeld dat de druk van deze producten en diensten op retailniveau niet sterk genoeg is om de retailmarkt daadwerkelijk concurrerend te maken of om een indirecte belemmering te vormen voor het aanbieden van wholesalediensten (met het oog op het definiëren van de wholesalemarkt),*

---

<sup>74</sup> Bestreden beslissing, randnr. 760.

<sup>75</sup> Cf. Ecorys, *Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation*, Final Report, 18 september 2013, p. (stuk 21).

<sup>76</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, randnr. 16. Zie ook overweging 27 van de Kaderrichtlijn.

<sup>77</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2014, p. 7 (wij onderlijnen). Vrije vertaling: “[...] een kleinhandelmarkt zou pas daadwerkelijk concurrerend kunnen worden na de beoordelingsperiode zoals gedefinieerd in artikel 16 van de kaderrichtlijn, maar er kunnen duidelijke aanwijzingen zijn van marktdynamiek die erop wijzen dat de markt binnen afzienbare tijd daadwerkelijk concurrerend zal worden, zelfs zonder de oplegging van ex ante regelgeving op de betrokken markt. Waar de drijvende krachten van de markt onderhevig zijn aan snelle verandering, moet ervoor gezorgd worden dat de relevante tijdshorizon zodanig wordt gekozen dat deze de pertinente marktontwikkelingen weerspiegelt.”

*moeten potentiële belemmeringen nog steeds worden geëvalueerd in de fase van de AMM-beoordeling.*<sup>78</sup>

*“Wanneer er onvoldoende substitutiepatronen kunnen worden vastgesteld om de opnemings van dergelijke OTT-diensten in de relevante productmarkt te rechtvaardigen, moeten de NRI's niettemin rekening houden met de potentiële concurrentiedruk van deze diensten bij de beoordeling van de aanmerkelijke marktmacht”*<sup>79</sup>

Dit betekent dat, zelfs indien de CRC gelijk zou hebben dat andere platformen (buiten de kabel en IPTV), en in het bijzonder OTT-diensten, niet tot de relevante (retail)markt moeten gerekend worden, de CRC bij de analyse van mededingingsvoorwaarden op de markt toch rekening moet houden met de concurrentiedruk “van buiten de markt” die deze diensten uitoefenen.

74. Zowel bij de beoordeling van de mededingingsvoorwaarden op de retailmarkt (hoofdstuk 5.6 van de bestreden beslissing) als bij de toepassing van de driecriteriatest op de wholesalemarkt (hoofdstuk 13.2 wat betreft het dekkinggebied van Telenet) heeft de CRC deze principes niet in acht genomen. De analyse van de CRC is niet alleen volledig vertekend door een te enge definitie van de retailmarkt, maar is ook niet of onvoldoende prospectief (in de hierboven uiteengezette betekenis) en houdt bovendien niet of onvoldoende rekening met de “zijdelingse” concurrentiedruk van OTT-diensten. Minstens motiveert de CRC niet afdoende waarom ondanks de toegenomen concurrentie tussen transmissieplatformen en de opkomst van OTT-diensten het tweede criterium van de driecriteriatest nog steeds vervuld zou zijn.
75. De analyse is ten eerste onvoldoende toekomstgericht omdat de CRC te veel gewicht geeft aan het zgn. “voordeel” dat de kabeloperatoren zouden ontleenen aan de “onmogelijkheid” om de analoge functionaliteit te dupliceren. In de feitelijke uiteenzetting hierboven heeft Telenet al getoond dat analoge TV een voorbijgestreefde technologie is die voorbestemd is om in de nabije toekomst te verdwijnen (SFR heeft trouwens nu al het analoge signaal uitgeschakeld om ruimte te maken voor meer digitale zenders) en, gelet op het voortdurend afkalkend aantal abonnees dat alleen analoge TV heeft, geen rol van betekenis meer speelt in de concurrentiedynamiek op de retailmarkt. Telenet betwist overigens dat de analoge functionaliteit vandaag, laat staan in de toekomst, niet gedupliceerd kan worden. De beschikbare bandbreedte op het IPTV-platform neemt voortdurend toe en laat toe om gelijktijdig meerdere SD- en zelfs HD-streams te leveren aan de eindgebruikers, wat het mogelijk maakt om gelijktijdig op verschillende toestellen televisie te kijken of om op een toestel naar een programma te kijken en gelijktijdig een ander programma op te nemen. Bovendien kan een equivalente dienst ook “over the top” aangeboden worden. Bijna de helft van de Vlaamse huishoudens hebben al een “smart TV” in huis en dit aantal neemt nog voortdurend toe. Daarnaast kan dit online aanbod ook op eender welk HD-televisietoestel bekeken worden via spelconsoles of randapparatuur zoals Google Chromecast of Apple TV. Het potentieel bereik is dus aanzienlijk. Zoals al gezegd zijn de meest bekeken zenders in Franstalig België (> ¾ van de kijkcijfers) al *gratis* “over the top” beschikbaar. Dat de oudste bevolkingscategorieën misschien minder vatbaar zijn voor dergelijk “modern” aanbod is geen reden om dit te verwaarlozen in een prospectieve analyse.
76. De CRC vermeldt dat 62% van de klanten voor televisieomroep nog steeds analoge

<sup>78</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, randnr. 64 (wij onderlijnen).

<sup>79</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, voetnoot 36.

televisie ontvangen.<sup>80</sup> Klanten die geabonneerd zijn op het digitale televisieaanbod van de kabeloperatoren (met uitzondering van SFR) ontvangen inderdaad automatisch ook het analoge signaal. Uit het marktonderzoek van Profacts blijkt echter ook dat klanten die naar digitale televisie overstappen dan zo goed als geen gebruik meer maken van het analoge signaal.<sup>81</sup> Proximus TV heeft in de voorbije jaren ook een enorme groei gekend en blijft nog steeds marktaandeel winnen, ondanks het feit dat Proximus geen analoge TV aanbiedt en trouwens ook geen toegang heeft gevraagd tot het analoge TV-aanbod van de kabeloperatoren. Dit bevestigt nogmaals dat analoge TV geen significant concurrentievoordeel biedt.

77. De analyse is ten tweede onvoldoende toekomstgericht omdat zij de impact van OTT-diensten voor de concurrentiedynamiek ten onrechte minimaliseert en slechts op korte termijn beoordeelt. Bovendien bevat de bestreden beslissing geen (ernstige) analyse van de “zijdelingse” concurrentiedruk die door OTT-diensten (en andere diensten “buiten de markt”) wordt uitgeoefend op de aanbiedingen in de markt zelf. Het onderzoek van de impact van OTT-diensten is eigenlijk maar *pro forma*, aangezien de conclusies van dit onderzoek zich opnieuw baseren op dezelfde elementen als de marktdefinitie, in het bijzonder dat OTT-diensten slechts “complementen” en geen “substituten” zijn van de via de kabel en IPTV aangeboden televisiediensten.<sup>82</sup> Van een ernstig onderzoek van de impact van OTT-diensten op de mededingingsvoorwaarden in een toekomstgericht perspectief, zoals beoogd door de Europese Commissie, is dus geen sprake.
78. Nochtans is het evident dat OTT-diensten onvermijdelijk een impact hebben op de concurrentiepositie van de “traditionele” verdelers van televisie. Deze OTT-diensten dingen immers mee om de schaarse kijktijd en het beperkte budget van de consument. Tijd die de consument besteedt aan de consumptie van lineaire of niet-lineaire OTT-inhoud, kan hij niet meer besteden aan TV kijken via de kabel of IPTV; geld dat hij uitgeeft aan een Netflix-abonnement, kan hij niet meer besteden aan een kabelabonnement. Wanneer de consument minder op de traditionele manier naar TV kijkt, vertaalt dit zich o.a. in lagere advertentie-inkomsten van de omroeporganisaties via deze “klassieke” transmissieplatformen. In de tweezijdige markt waarop de uitbaters van die platformen actief zijn, kan dit betekenen dat ze minder hoge distributievergoedingen zullen kunnen vragen aan de omroeporganisaties en mogelijk ook meer zullen moeten betalen voor de inhoud zelf. Op langere termijn kunnen de omroeporganisaties en andere leveranciers van audiovisuele inhoud enerzijds, en de consumenten anderzijds, de verdelers van televisiepakketten zelfs uitschakelen als tussenpersoon (“*cut out the middle man*”).
79. In haar analyse van de mededinging op de retailmarkt bespreekt de CRC weliswaar de mogelijkheid om de retailmarkt te betreden via OTT-diensten.<sup>83</sup> De CRC bespreekt echter enkel de mogelijkheid voor een operator om op basis van een aanbod van breedbandinternet ook “over the top” een pakket van televisiezenders aan te bieden. De CRC negeert daarbij volkomen dat zowel de openbare als de commerciële, Vlaamse en Franstalige omroeporganisaties vandaag al via het internet rechtstreeks

---

<sup>80</sup> Bestreden beslissing, randnr. 441. Zoals blijkt uit de bestreden beslissing, figuur 7 en randnr. 200, heeft slechts 8% alleen analoge televisie. 92% kijkt dus digitaal, maar een deel daarvan ontvangt daarnaast ook nog het analoge televisiesignaal (nl. de klanten van de kabeloperatoren, met uitzondering van SFR).

<sup>81</sup> Profacts studie (administratief dossier (deel CSA), rijnummer 319 van het Excel-bestand met de inventaris), p. 18: 62% van de respondenten kijkt uitsluitend digitaal, 33% voornamelijk digitaal (d.i. samen 95%). In Vlaanderen is dat aandeel nog groter (97% van de respondenten).

<sup>82</sup> Zie bestreden beslissing, randnrs. 414 en 765.

<sup>83</sup> Bestreden beslissing, randnrs. 445-446.

toegang geven tot hun televisieprogramma's en daarbij de verdelers van televisiepakketten als tussenpersoon uitschakelen. Deze aanbiedingen zijn overwegend gratis. Zij zijn weliswaar beperkt tot de inhoud van elke omroeporganisatie afzonderlijk, maar in combinatie laten ze de consument wel toe om toegang te hebben tot al de meest bekeken zenders, zowel lineair als uitgesteld. In Vlaanderen is er ook een betalend aanbod van Medialaan, Stievie Premium, dat naast de eigen zenders van Medialaan ook de zenders van de openbare omroep en van andere aanbieders omvat. Ook in de buurlanden zien we dat omroeporganisaties steeds meer de klassieke verdeelkanalen ontwijken om via een OTT-dienst rechtstreeks de eindgebruiker te bereiken. In Nederland bijvoorbeeld hebben NPO, RTL en SBS met NLziet een gezamenlijk OTT-platform gelanceerd.<sup>84</sup> Dit zijn duidelijke voorbeelden van aanbiedingen die, zelfs indien ze niet tot dezelfde productmarkt zouden gerekend kunnen worden, toch ongetwijfeld een impact hebben op de concurrentievoorwaarden in de markt. Het is immers evident dat het voorhanden zijn van een gratis of laaggeprijsd aanbod van de omroeporganisaties het vermogen van de verdelers van betalende televisiepakketten om hoge prijzen aan te rekenen beperkt. Deze prijsdruk werkt op twee manieren: enerzijds versterkt dit de onderhandelingspositie van de omroeporganisaties ten opzichte van de verdelers, aangezien zij er geloofwaardig mee kunnen dreigen de verdelers als tussenpersoon in de toeleveringsketen uit te schakelen en ook minder afhankelijk worden van advertentie-inkomsten uit de "klassieke" distributiekanaalen, en anderzijds doordat eindgebruikers in geval van een significante prijsstijging van de verdelers, kunnen overstappen naar een OTT-aanbod. Zelfs indien deze prijsdruk niet zou volstaan om deze aanbiedingen op basis van een SSNIP-test tot de relevante markt te rekenen, heeft deze toch ongetwijfeld een reële disciplinerende invloed op de kabel- en IPTV-operatoren en had de CRC daar rekening mee moeten houden in haar analyse. Deze OTT-aanbiedingen van de omroeporganisaties krijgen echter nauwelijks aandacht in de bestreden beslissing. De CRC haalt enkel aan dat het in 2012 gelanceerde aanbod WeePeeTV geen succes is geweest.<sup>85</sup> Dit toont opnieuw het gebrek aan toekomstgerichte analyse aan, gelet op het feit dat er vandaag een ander aanbod op de markt is (Stievie) en er ook in het buitenland voorbeelden legio zijn van gelijkaardige aanbiedingen (bv. Videoland in Nederland).

80. Wat betreft de mogelijkheid voor andere verdelers (d.w.z. telecomoperatoren) om de omroepmarkt te betreden met een aanbod op basis van breedbandinternet, haalt de CRC aan dat een OTT-dienst geen specifieke prioriteit toelaat, waardoor de kwaliteit van het signaal moeilijker kan gegarandeerd worden. Dergelijk aanbod zou ook op capaciteitsproblemen kunnen stoten. De CRC beroept zich hiervoor op een studie van TERA (2017).<sup>86</sup> De aangehaalde passage van deze studie bevestigt echter zelf dat vanuit een toekomstgericht perspectief, bundels waarbij de TV-dienst als OTT-dienst wordt verschaft wel degelijk mogelijk zijn zolang er maar voldoende bandbreedte beschikbaar is:

*"Hoe groter de omvang van de pijp voorbehouden aan open internet (kwalitatieve ADSL, VDSL, kabel, glasvezel, 4/5G, enz.), hoe beter de OTT-diensten daarentegen in staat zijn om een dienstkwaliteit aan te bieden die evenwaardig is als de beheerde diensten. In het geval van audiovisuele diensten zijn ze bijvoorbeeld in staat om HD, 4K, streaming, het beheer van 'direct control', doeltreffende zafunctie, enz. aan te bieden. Deze evolutie zou op*

<sup>84</sup> <https://www.nlziet.nl/nl/>.

<sup>85</sup> Bestreden beslissing, randnrs. 413 en 766.

<sup>86</sup> Bestreden beslissing, randnr. 446.

termijn de verstrekking van afzonderlijke OTT mogelijk maken om een 3P-aanbod samen te stellen, ook al kennen we daar vandaag geen voorbeeld van.<sup>87</sup> (wij onderlijnen)

Zoals vermeld in de feitelijke uiteenzetting (*supra*, afdeling 4.2), is België een koploper in Europa, en bij uitbreiding in de wereld, wat betreft de snelheid van de breedbandnetwerken. Bovendien kan de kwaliteit van het signaal verbeterd worden via “*content delivery networks*” (CDN) dicht bij de eindgebruikers, een methode die Netflix nu al toepast.<sup>88</sup> Om televisie in hoge definitie te “*streamen*” volstaat overigens een bandbreedte van 5 Mbps.<sup>89</sup> In Nederland is met Youfone zelfs al een aanbod gelanceerd dat gebruik maakt van mobiel breedband.<sup>90</sup> Ook in België merken we dat de operatoren zich al strategisch voorbereiden op markttoetreding door OTT-spelers door hun eigen OTT-toepassingen te ontwikkelen (Telenet Yelo Play, VOO Motion, Proximus TV App, enz.).

81. Ten slotte maakt de CRC ook hier weer de denkfout dat het relevante tijdsbestek voor de beoordeling van de driecriteriatoets zich beperkt tot de beoordelingsperiode: “*Dat heeft het BIPT ertoe gebracht te besluiten dat het binnen het tijdsbestek van deze analyse geen lancering voorziet van lineaire-televisieaanbiedingen via een OTT-platform, die voldoende concurrentiedruk kunnen uitoefenen op de huidige aanbiedingen voor lineaire televisie via het kabelplatform van Telenet*”. Dit is niet de correcte benadering (zie randnr. 72). Door aldus een te korte tijdshorizon als uitgangspunt te nemen, onderschat de CRC onvermijdelijk het disruptieve effect van OTT-diensten op de klassieke telecommunicatiediensten.<sup>91</sup>
82. Om al deze redenen is de beoordeling van de concurrentiedynamiek op retailniveau en de toepassing van de driecriteriatest (zowel op retail- als op wholesaleniveau) aangetast door een manifeste beoordelingsfout. Minstens zijn deze onderdelen van de bestreden beslissing niet afdoende gemotiveerd.
83. Het middel is derhalve gegrond.

#### **5.4 Derde middel: Schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod en/of motiveringsgebrek door de inconsistentie tussen de analyse van de wholesale breedbandmarkten en deze van de wholesale omroepmarkt**

##### *5.4.1 Korte weergave van het middel*

84. Door enerzijds in de analyse van de breedbandmarkten een aparte markt voor centrale toegang op wholesaleniveau tot de kabelnetwerken (de zgn. “markt 3b-2”) te analyseren en te reglementeren, maar anderzijds in de analyse van de markten voor televisieomroep geen aparte markt voor wholesaletoeegang tot het IPTV-platform te onderzoeken, zonder enige rechtvaardiging te geven voor dit verschil in behandeling, schendt de CRC het gelijkheidsbeginsel en artikel 8(5) van de Kaderrichtlijn.

<sup>87</sup> TERA, Analyses économiques en vue du réexamen des marchés de la large bande et de la radiodiffusion, rapport final, 13 juni 2017 (administratief dossier (deel CSA), rijnummer 330 van het Excel-bestand met de inventaris), p. 73 (vrije vertaling van het BIPT).

<sup>88</sup> “How Netflix Works With ISPs Around the Globe to Deliver a Great Viewing Experience”, persbericht van Netflix van 17 maart 2016 (stuk 22).

<sup>89</sup> Zie <https://help.netflix.com/nl/node/306>.

<sup>90</sup> <https://www.youfone.nl/>.

<sup>91</sup> Bestreden beslissing, randnr. 768.

85. Minstens had de CRC in de bestreden beslissingen moeten motiveren waarom het niet noodzakelijk of evenredig zou zijn om regelgevende verplichtingen op te leggen aan Proximus op een (notionele) wholesalemarkt voor toegang tot het IPTV-platform.

#### 5.4.2 Uiteenzetting van het middel

86. Bij de analyse van de breedbandmarkten, en meer bepaald de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau (markt 3b), concludeert de CRC dat de kabelnetten niet tot dezelfde markt behoren als de koper- en glasvezelnetwerken.<sup>92</sup> Vervolgens gaat de CRC over tot een analyse van een aparte wholesalemarkt voor centrale toegang tot de kabelnetten ("markt 3b-2"), die de CRC tot de conclusie voert dat elke kabeloperator AMM heeft binnen zijn verzorgingsgebied en dus regelgevende verplichtingen moet opgelegd krijgen.<sup>93</sup>
87. Omgekeerd concludeert de CRC bij de analyse van de wholesalemarkten voor televisieomroep dat wholesaletoeegang tot het IPTV-platform van Proximus niet substitueerbaar is met wholesaletoeegang tot het digitale-televisieplatform van de kabeloperatoren en dus niet tot dezelfde markt kan gerekend worden.<sup>94</sup> In dit geval laat de CRC echter na om een afzonderlijke markt voor wholesaletoeegang tot het IPTV-platform van Proximus te identificeren en te analyseren.
88. Deze inconsistentie in de analyse resulteert in een discriminatie van de kabeloperatoren ten opzichte van Proximus, die hierdoor volledig ontsnapt aan reglementering op de wholesalemarkten voor televisieomroep. Nochtans zou Proximus op dergelijke markt 100% marktaandeel en dus per definitie AMM hebben, aangezien er in België geen andere leveranciers van wholesaletoeegang tot IPTV zijn. Wanneer een NRI op een relevante wholesalemarkt die voldoet aan de driecriteriatest vaststelt dat een of meerdere operatoren AMM hebben, moet de NRI volgens artikel 16(4) van de Kaderrichtlijn en artikel 8(2) van de Toegangsrichtlijn minstens één van de in artikelen 9 t.e.m. 13 van de Toegangsrichtlijn bedoelde verplichtingen opleggen.
89. Dit verschil in behandeling is strijdig met het gelijkheidsbeginsel, aangezien de situaties objectief vergelijkbaar zijn. Het is ook strijdig met de doelstellingen van het regelgevend kader, aangezien artikel 8(5)(c) van de Kaderrichtlijn uitdrukkelijk bepaalt dat de NRI's bij hun regelgevend optreden moeten waarborgen dat er bij gelijke omstandigheden geen discriminatie plaatsvindt bij de behandeling van ondernemingen die elektronische communicatienetwerken en -diensten leveren. Het feit dat de markt voor wholesaletoeegang tot IPTV slechts een notionele markt zou zijn, omdat deze markt zich (in afwezigheid van ex ante toegangsverplichtingen) beperkt tot de eigen levering van Proximus, doet daar niets vanaf, aangezien hetzelfde geldt voor de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau tot de kabelnetten.
90. Ondergeschikt vormt het ontbreken van een analyse van een markt voor wholesaletoeegang tot het IPTV-platform een motiveringsgebrek. De CRC had namelijk minstens in de bestreden beslissingen moeten motiveren waarom het niet noodzakelijk of evenredig zou zijn om regelgevende verplichtingen op te leggen aan Proximus op een (notionele) wholesalemarkt voor toegang tot het IPTV-platform.
91. Uw Hof heeft in een vergelijkbaar geval bovendien geoordeeld dat uit de motivering

<sup>92</sup> Beslissing van de CRC van 29 juni 2018 betreffende de analyse van de markten voor breedband en televisieomroep, hoofdstuk 22.2.

<sup>93</sup> *Ibidem*, hoofdstuk 25.

<sup>94</sup> Bestreden beslissing, hoofdstuk 10.2.

van de beslissing van de regulator moet blijken dat hij “*bij het identificeren van de relevante groothandelsmarkten alle overeenstemmende (bestaande of notionele) markten daadwerkelijk in aanmerking heeft genomen*”.<sup>95</sup> Dit arrest betrof de vorige analyse van de breedbandmarkten. Toen was de CRC bij de analyse van markt 5 van de Aanbeveling van 2007<sup>96</sup> (markt voor wholesalebreedbandtoegang) tot de conclusie gekomen dat de relevante markt niet de kabelnetten omvatte.<sup>97</sup> De CRC had echter geen aparte (notionele) groothandelsmarkt voor toegang tot de kabelnetten geïdentificeerd en geanalyseerd. Uw Hof oordeelde dat de motivering van de beslissing op dit punt gebrekkig was om de volgende redenen:

*“De Bestreden Beslissing moet [...] 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 de 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.”*

92. *Mutatis mutandis* gaat dezelfde redenering ook in dit geval op: bij ontstentenis van een analyse van een notionele groothandelsmarkt voor toegang tot het IPTV-platform kan ook niet worden uitgemaakt of de aan de kabeloperatoren opgelegde verplichtingen met het oog op het remediëren van de (beweerde) mededingingsgebreken op de retailmarkt voor televisieomroep proportioneel zijn in het licht van de verplichtingen die eventueel parallel of uitsluitend hadden kunnen opgelegd worden op een notionele groothandelsmarkt voor toegang tot het IPTV-platform van Proximus.
93. Het middel is derhalve gegrond.

## **5.5 Vierde middel: Schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe doordat de tarieven voor de diensten op de wholesaleomroepmarkt steunen op een ongerechtvaardigde afstemming op de tarieven van Brutélé en vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk.**

### *5.5.1 Korte weergave van het middel*

94. Het kostenmodel voor het vaststellen van de “billijke” groothandelsprijzen zal niet op korte termijn beschikbaar zijn. In tussentijd verplicht de CRC de kabeloperatoren om groothandelstarieven te hanteren gebaseerd op de (ondertussen vernietigde) “retail minus”-tarieven van Brutélé. De CRC beperkt zich voor de keuze van de tarieven van Brutélé als benchmark tot een loutere *prima facie* beoordeling. Zij heeft de verschillende relevante factoren voor de beoordeling van de relevantie en impact van de bestaande tarieven van Telenet en Brutélé in België en/of de tarieven van

<sup>95</sup> Brussel (18<sup>de</sup> k.) 3 december 2014, 2011/AR/2014, pt. 139.

<sup>96</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten, hoofdstuk 6.3.1.8.

<sup>97</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten, p. 281.

SFR/Numericable in Frankrijk niet *in concreto* onderzocht. Verder heeft zij in de tarieven van SFR/Numericable slechts die onderdelen genomen die haar het beste uitkomen, zonder rekening te houden met de impact van de volledige tarificatie (inclusief bijvoorbeeld de vele malen hogere opstartkosten en/of jaarlijks weerkerende kosten). Daarmee is de CRC duidelijk tekortgeschoten aan de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

## 5.5.2 Uiteenzetting van het middel

### 5.5.2.1 Toepasselijke bepalingen en beginselen

95. Elke administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven die in feite en in rechte juist, pertinent en toelaatbaar zijn<sup>98</sup>. In de rechtspraak van Uw Hof luidt het dat de ingeroepen motieven kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig moeten zijn<sup>99</sup>. De administratieve overheid moet de feitelijke elementen waarop haar beslissing steunt op minutieuze wijze vaststellen<sup>100</sup>:

*“De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking genomen kunnen worden.*

*Bij beslissingen met individuele strekking, zoals de bestreden beslissing, geldt bovendien, op grond van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, een formele motiveringsplicht. Die plicht houdt in dat in de betrokken akte zelf een afdoende motivering moet worden vermeld.”<sup>101</sup>*

96. Het zorgvuldigheidsprincipe houdt in dat elk bestuur zich moet gedragen zoals een normaal, voorzichtig en zorgvuldig handelend bestuur, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou handelen. Zorgvuldig bestuur impliceert dat het bestuur op basis van een afdoend en volledig onderzoek tot zijn besluit komt. Het bestuur dient volledig op de hoogte te zijn van alle relevante gegevens die de voorgenomen beslissing kunnen beïnvloeden<sup>102</sup>:

*“Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden, wat onder meer betekent dat het alle voor de beslissing relevante feiten met zorgvuldigheid moet vaststellen, en dat het met deze feiten ook rekening moet houden bij het nemen van de beslissing.”<sup>103</sup>*

97. Elke beslissing die steunt op materieel onjuiste feiten is behept met een motiveringsgebrek en een bevoegdheidsoverschrijding<sup>104</sup>.

### 5.5.2.2 Toepassing in casu

---

<sup>98</sup> SALMON, J., *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Brussel, Bruylant, 2012, p. 816.

<sup>99</sup> Brussel (18<sup>e</sup> k.), 7 september 2010, 2009/AR/1871, p. 22-25, randnrs. 47-51.

<sup>100</sup> RvSt, 16 februari 2009, n° 190.516, *Pyra*.

<sup>101</sup> RvSt, 8 april 2011, n° 212.579, p. 84.

<sup>102</sup> R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 264-265.

<sup>103</sup> RvSt, 8 april 2011, n° 212.579, p. 85.

<sup>104</sup> J. SALMON, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Brussel, Bruylant, 2012, p.1026.

98. Aangezien het type bottom-up LRIC kostenmodel voor het bepalen van de billijke prijzen voor de toegang tot de kabel niet op korte termijn beschikbaar zal zijn, overwoog de CRC in de ontwerpbeslissing dat er in afwachting tussentijdse groothandelstarieven moesten worden bepaald. Om deze tarieven te bepalen werden een aantal opties voorgesteld, met name (i) het behoud van de tarieven bepaald in de – inmiddels vernietigde – CRC-beslissing van 19 februari 2016, (ii) de bepaling van een prijs op basis van een nationale benchmark of (iii) het valideren van een akkoord gesloten met één of meer voldoende beduidende aanvragers.
99. In de bestreden beslissing koos de CRC echter voor nog een andere optie, met name het afstemmen van de groothandelstarieven van Telenet op de bestaande groothandelstarieven van kabeloperator Brutélé.
100. De afwijzing van de bestaande groothandelstarieven van Telenet en de keuze voor de groothandelstarieven van Brutélé wordt door de CRC als volgt gemotiveerd<sup>105</sup>:
- Uit verklaringen van de CEOs van Telenet en Liberty Global aan hun investeerders zou blijken dat de huidige groothandelstarieven maar een kleine impact hebben op de financiële situatie van Telenet. Dit zou de indruk wekken dat deze tarieven te hoog zijn om voor een billijke concurrentie te zorgen.
  - De tarieven van Brutélé zouden dichter aanleunen bij wat als redelijk kan worden beschouwd, omdat zij dichter staan bij de groothandelstarieven van SFR/Numericable in Frankrijk.
  - De tarieven van SFR/Numericable in Frankrijk zouden een goede benchmark vormen omdat zij betrekking hebben op vergelijkbare diensten en resulteren uit een vrijwillige verbintenis aangegaan in het kader van de procedure voor de goedkeuring van een concentratie door de Franse mededingingsautoriteit.
101. Deze motivering en de daarvoor ingeroepen feitelijke onderbouw is kennelijk ontoereikend.
102. Vooreerst is de motivering van de afwijzing van de bestaande wholesaletarieven van Telenet gebrekkig.
- De CRC heeft geen enkel onderzoek gevoerd naar de concrete impact van de groothandelstoegang van Orange op de financiële situatie van Telenet. Het spreekt voor zich dat hierover geen relevante conclusies kunnen worden getrokken uit algemene verklaringen van de CEO's van Telenet/Liberty Global aan hun respectieve investeerders. Geen van beide CEO's beweert overigens dat er geen enkele impact is.
  - Zelfs indien zou blijken dat er geen sprake is van enige noemenswaardige financiële impact, dan nog betekent dit niet noodzakelijkerwijze dat de groothandelstarieven van Telenet te hoog zijn om voor een billijke concurrentie te zorgen.
- De impact van de levering van groothandelstoegang aan Orange op de financiële situatie van Telenet is afhankelijk van diverse factoren, zoals de marges op kleinhandels- en groothandelniveau, de herkomst van de klanten die Orange aantrekt, enz. Wanneer Orange bijvoorbeeld een voormalige Telenet-klant

---

<sup>105</sup> Bestreden beslissing, randnummers 1204-1211.

verwerft leidt dit tot dalende inkomsten (Telenet ontvangt groothandels- i.p.v. kleinhandelsprijzen) maar ook tot dalende kosten (Telenet moet geen retailkosten meer maken). Wanneer Orange een klant verwerft die voorheen geen Telenet-klant was (bijvoorbeeld een voormalige Proximus- of Scarlet-klant), dan zorgt dit voor stijgende inkomsten.

Deze verschillende elementen hebben een invloed op de concrete financiële impact van het verlenen van groothandelstoegang. De CRC heeft deze factoren evenwel niet onderzocht. Zij steunt uitsluitend op de verklaringen van de CEOs van Telenet en Liberty Global. Dit kan bezwaarlijk worden aanzien als een afdoende motivering. Dat daaruit niet met voldoende zekerheid sluitende conclusies kunnen worden getrokken betreffende het al dan niet adequaat karakter van de wholesaletarieven van Telenet blijkt overigens duidelijk uit de bewoording zelf van de bestreden beslissing. De CRC komt niet verder dan de stelling dat de verklaringen van de CEO's en/of de beweerde vaststellingen inzake de financiële impact van de groothandelstoegang 'de indruk wekken' dat de tarieven van Telenet te hoog zijn. De CRC heeft evenwel de verplichting om haar beslissing te steunen op feiten. Indrukken volstaan manifest niet.

103. Ook de motivering van de keuze voor de tarieven van SFR/Numericable in Frankrijk is gebrekkig. De CRC stelt dat SFR/Numericable beschikt over een vergelijkbaar netwerk en vergelijkbare wholesalediensten aanbiedt. Elk kabelnetwerk is echter anders, met verschillende specificaties en technologieën, een verschillende graad van modernisering, enz. De CRC toont niet concreet aan dat de netwerken (voldoende) vergelijkbaar zijn. De CRC verzwijgt bovendien dat het gereguleerde aanbod van SFR/Numericable in de praktijk nooit werd afgenomen<sup>106</sup> (wat in feite al volstaat om de relevantie ervan als "benchmark" op de helling te zetten) en besteedt ook geen enkele aandacht aan het feit dat de tarieven van SFR/Numericable werden bepaald in een verschillende marktcontext.
104. Wat de hoogte van de tarieven van SFR/Numericable betreft komt de CRC bovendien niet verder dan een louter vermoeden dat deze niet onredelijk laag zijn: "dit betekent dat deze prijzen **op het eerste gezicht** niet onredelijk laag zijn". De CRC kan zich vanzelfsprekend niet beperken tot vermoedens en prima facie veronderstellingen. Zij moet erover waken dat het feitelijk bestaan van de motieven van haar beslissing naar behoren bewezen is en moet alle voor de beslissing relevante feiten met zorgvuldigheid vaststellen. Veronderstellingen 'op het eerste gezicht' volstaan dus kennelijk niet.
105. Bovendien valt het op dat de CRC slechts één aspect van de tarificatie van SFR/Numericable in aanmerking neemt, met name de maandelijkse prijs die wordt aangerekend per abonnee, terwijl andere elementen uit die tarificatie – die nochtans een wezenlijke financiële impact kunnen hebben – volledig buiten beschouwing worden gelaten.
106. Zo houdt de CRC geen rekening met het feit dat in het aanbod van SFR/Numericable zware vaste vergoedingen zijn voorzien. De operatoren die toegang vragen tot het netwerk van SFR/Numericable moeten bijvoorbeeld een éénmalige opstartvergoeding van € 3.050.000 betalen en een recurrente jaarlijkse vergoeding van € 250.000<sup>107</sup>. Ter

---

<sup>106</sup> SFR/Numericable heeft wel een aantal jaren een commerciële doorverkoopovereenkomst gehad met Bouygues Telecom. Telenet kent de details van dit aanbod uiteraard niet, maar acht het onwaarschijnlijk dat dit een vergelijkbaar aanbod was met haar eigen wholesaleaanbod.

<sup>107</sup> Numericable, *Offres de référence - Annexe 1 Tarifs*, 1 april 2017 (stuk 23).

vergelijking, Telenet rekent slechts een eenmalig forfaitair bedrag aan van maximaal € 600.000, dat bovendien moet worden beschouwd als een voorschot op de geleverde diensten. De benchmark van de CRC geeft m.a.w. een vertekend beeld doordat hij bepaalde aspecten uit de tarificatie van SFR/Numericable isoleert zonder rekening te houden met andere aspecten waarvoor de tarieven van SFR/Numericable minder voordelig zijn. Ook om deze reden is de motivering en feitelijke onderbouw van dit aspect van de bestreden beslissing gebrekkig.

107. Het middel is bijgevolg gegrond.

## **5.6 Vijfde middel: Schending van het proportionaliteitsbeginsel en, ondergeschikt, de motiveringsplicht, doordat de CRC Telenet verplicht om twee televisiekanalen vrij te houden voor begunstigen van toegang**

### *5.6.1 Korte weergave van het middel*

108. De CRC toont niet aan dat het voor begunstigen van toegang tot het televisieplatform van Telenet noodzakelijk is om twee eigen televisiekanalen te kunnen toevoegen aan het "boekje", of althans niet dat het concurrentievoordeel dat de begunstigen daaruit zouden putten in verhouding staat tot de negatieve impact voor Telenet. Het is kennelijk disproportioneel om Telenet te verplichten om investeringen te doen die uitsluitend nuttig zijn voor de begunstigen.

### *5.6.2 Uiteenzetting van het middel*

109. De CRC stelt in de bestreden beslissing dat de begunstigen van toegang tot het digitale televisieplatform van de kabeloperatoren in principe vrij de samenstelling van hun boekje televisiekanalen moeten kunnen bepalen om hun retailaanbiedingen te kunnen differentiëren van deze van de kabeloperatoren. Aangezien de spectrumruimte op de kabelnetten beperkt is (zoals de CRC zelf erkent<sup>108</sup>), zou het echter volstrekt disproportioneel zijn om de begunstigen toe te laten om een volledig ander boekje van kanalen samen te stellen, voor zover daar al vraag naar zou zijn. Dit zou namelijk onmogelijk zijn zonder zware impact op Telenet's dienstverlening aan haar eigen klanten.

110. De verplichtingen mogen niet verder gaan dan wat nodig is om de begunstigen toe te laten om te concurreren op de retailmarkt. Het boekje van Telenet bevat al meer dan 100 televisiekanalen, inclusief alle meest bekeken kanalen. Dit boekje volstaat dus in principe ruimschoots om te kunnen concurreren op de retailmarkt. De CRC toont niet concreet aan dat het kunnen aanbieden van extra TV-kanalen een significante concurrentiehandicap zou betekenen voor begunstigen. Minstens zou elk verzoek geval per geval op zijn redelijkheid moeten beoordeeld worden. De CRC stelt echter in de bestreden beslissing dat een verzoek om twee kanalen toe te voegen in elk geval redelijk is: "*De SMP-operator moet voldoende spectrale ruimte ter beschikking stellen zodat een begunstigde tenminste twee eigen digitale kanalen kan aanbieden*".<sup>109</sup> De bewoordingen van de bestreden beslissing suggereren dus dat Telenet een verzoek van een begunstigde om twee kanalen toe te voegen in elk geval zal moeten inwilligen, zonder dat dit verzoek individueel op zijn redelijkheid beoordeeld moet worden. Het is

---

<sup>108</sup> Bestreden beslissing, randnr. 1036.

<sup>109</sup> Bestreden beslissing, randnr. 1029. Vrije vertaling van: « *L'opérateur PSM doit mettre suffisamment de largeur de spectre à disposition, de manière à pouvoir offrir au bénéficiaire au moins deux chaînes numériques propres.* »

trouwens opvallend dat de CRC er blijkbaar van uitgaat dat er slechts één begunstigde zal zijn: "Gezien er op dit ogenblik slechts 1 operator gebruikmaakt van het aanbod van de SMP-operator, kunnen er zeker ten minste twee eigen kanalen voorzien worden".<sup>110</sup> Dit illustreert nogmaals dat de voorgestelde regelgeving in feite op maat is gemaakt voor Orange. Pas als er zich in de toekomst meerdere alternatieve operatoren zouden aandienen, zouden de regulatoren opnieuw moeten evalueren of de omvang van het aantal eigen kanalen proportioneel blijft met betrekking tot de aanwezige capaciteit.<sup>111</sup> Er wordt echter niet voorzien in een globale limiet over alle begunstigden heen. Bovendien geeft de CRC aan dat in geval van een analoge "switch-off", Telenet verplicht zou worden om een deel van de vrijgekomen capaciteit te reserveren voor de bijkomende eigen kanalen van de begunstigden, in plaats van deze te kunnen gebruiken om bijvoorbeeld de bandbreedte van haar breedbandaanbiedingen op te drijven.<sup>112</sup>

111. De de vraag naar bandbreedte neemt exponentieel toe, niet in het minst door het succes van allerlei streamingdiensten. De consument verwacht steeds hogere netwerksnelheden, maar de spectrumruimte en netwerkcapaciteit zijn uiteraard beperkt. Om de vraag van de consument bij te benen, investeert Telenet zwaar in haar netwerk, zoals bijvoorbeeld geïllustreerd door het project Grote Netwerk.<sup>113</sup> Indien de kabeloperatoren bovendien verplicht worden om spectrumruimte te reserveren om begunstigden van toegang tot het digitale televisieplatform toe te laten eigen kanalen aan hun boeket toe te voegen, zal dit er de kabeloperatoren toe verplichten om nog extra investeringen te doen louter om aan deze vraag van de begunstigden tegemoet te komen. Dit zou duidelijk disproportioneel zijn.
112. De CRC heeft dus het proportionaliteitsbeginsel geschonden door geen ernstige kosten-batenanalyse te maken van de verplichting om de begunstigden toe te laten hun eigen boeket televisiekanalen samen te stellen en door niet minstens te voorzien dat elk verzoek (ook een verzoek m.b.t. slechts één of twee kanalen) geval per geval op zijn redelijkheid zou moeten beoordeeld worden. Minstens motiveert de CRC niet afdoend waarom deze verplichting noodzakelijk is om de begunstigden toe te laten te concurreren op de retaimarkt.
113. Bijgevolg is het middel gegrond.

---

<sup>110</sup> Bestreden beslissing, voetnoot 475. Vrije vertaling van: "Vu qu'actuellement il n'y a qu'un seul opérateur bénéficiant de l'offre de l'opérateur PSM, il est certainement possible de prévoir au moins deux canaux propres."

<sup>111</sup> Bestreden beslissing, randnr. 1036.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> De Belgische vaste operatoren investeren aanzienlijk meer dan het Europese gemiddelde, en de kabeloperatoren proportioneel het meest van allemaal. Zie jaarverslagen van de operatoren.

**OM DEZE REDENEN,**

Onder alle voorbehoud en zonder enige nadelige erkenning,

**BEHAGE HET UW HOF**

Het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, en bijgevolg:

In hoofdorde: de bestreden beslissing in haar geheel te vernietigen;

Ondergeschikt: de bestreden beslissing gedeeltelijk te vernietigen in de mate dat Uw Hof op individuele wijze de middelen ingeroepen door Telenet gegrond verklaart en de gegrondheid van deze middelen geen volledige vernietiging rechtvaardigt.

Kosten: De CRC te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op € 1.440.

Voor Telenet,  
Haar raadsliden,

Brussel, 28 augustus 2018,



Thomas De Meese



Karl Stas

## INVENTARIS

1. Beslissing van de CRC van 29 juni 2018 "*concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle*".
2. Corrigendum van de CRC van 11 juli 2018.
3. Publicatie in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 20 mei 2016.
4. Brief van Telenet aan de CRC van 25 juli 2018
5. Brief van de CRC aan Telenet van 6 augustus 2018
6. Brief van de CSA aan Telenet van 23 augustus 2018
7. Brief van Telenet aan de CSA van 24 augustus 2018
8. "Resultaten eerste kwartaal 2016", *Telenet* van 28 april 2016
9. "Geen dominante marktmacht bij online video-streaming platforms", persbericht van de ACM van 22 augustus 2017.
10. ACM, Rapportage Online videoplatforms onder de loep, 22 augustus 2017.
11. IMEC, Digimeter 2017.
12. "TV Vlaanderen kiest Norkring België om tv-abonnement via DVB-T2 te lanceren", persbericht van Norkring van 9 november 2017.
13. Brief van de Europese Commissie aan PTS van 24 juni 2016 in zaak SE/2016/1871.
14. Brief van de Europese Commissie aan de Bundesnetzagentur van 17 maart 2017 in zaak DE/2017/1966.
15. OPTA, Definitief oordeel Analyse Televisie, 20 december 2011.
16. Brief van de Europese Commissie aan Office of Communications van 28 januari 2005 in zaak UK/2004/0111.
17. Brief van de Europese Commissie aan ITST van 30 april 2007 in zaak DK/2007/0618.
18. "US cord cutters to reach 33 million this year faster than expected", *TechCrunch* van 25 juli 2018.
19. "Netflix plots \$1bn investment drive", *Financial Times* van 18 april 2018.
20. "Met YouTube TV gaat Google concurrentie aan met kabeltelevisie", *DataNews* van 2 maart 2017.
21. Ecorys, *Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation*, Final Report, 18 september 2013.
22. "How Netflix Works With ISPs Around the Globe to Deliver a Great Viewing Experience", persbericht van Netflix van 17 maart 2016.
23. Numericable, Offres de référence - Annexe 1 Tarifs, 1 april 2017.