

**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:

Het besluit van de CRC van 29 juni 2018 betreffende de analyse van de markten voor breedband en televisieomroep (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 \_\_\_\_\_.

## INHOUDSTAFEL

<b>1</b>	<b>PROCEDURELE VOORGAANDEN</b> .....	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>DE VORDERING</b> .....	<b>9</b>
<b>3</b>	<b>DE ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP</b> .....	<b>9</b>
3.1	ONTVANKELIJKHEID <i>RATIONE TEMPORIS</i> .....	9
3.2	BELANG .....	10
<b>4</b>	<b>FEITELIJKE CONTEXT</b> .....	<b>10</b>
4.1	VOORSTELLING VAN TELENET .....	10
4.2	DE BREEDBANDMARKT .....	11
4.3	DE MARKT VOOR TELEVISIEOMROEP .....	23
4.4	OVERZICHT VAN DE MARKTANALYSES VAN DE CRC .....	28
4.4.1	<i>Breedbandmarkten</i> .....	28
4.4.2	<i>Omroepmarkten</i> .....	32
<b>5</b>	<b>TEN GRONDE</b> .....	<b>35</b>
5.1	OVERZICHT VAN DE MIDDELEN .....	35
5.2	EERSTE MIDDEL: SCHENDING VAN DE CONSULTATIEVERPLICHTING (ARTIKELN 6, 7 EN 16(6) VAN DE KADERRICHTLIJN; ARTIKEL 8(4) VAN DE TOEGANGSRICHTLIJN; ARTIKEL 55, §1, 2 <sup>DE</sup> LID EN 140 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 BETREFFENDE DE ELEKTRONISCHE COMMUNICATIE; ARTIKEL 60 VAN DE WET VAN 5 MEI 2017 BETREFFENDE DE AUDIOVISUELE MEDIADIENSTEN IN HET TWEETALIG GEBIED BRUSSEL-HOOFDSTAD) DOORDAT DE CRC NIEUWE WHOLESALMARKTEN HEEFT GEDEFINIEERD, AMM-ANALYSES HEEFT GEDAAN EN WHOLESALETARIEVEN HEEFT BEPAALD, ZONDER EEN NIEUWE OPENBARE RAADPLEGING TE HOUDEN .....	36
5.2.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	36
5.2.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	37
5.3	TWEEDE MIDDEL: SCHENDING VAN DE VERPLICHTING OM DE BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT TE RAADPLEGEN DOORDAT DE CRC NIEUWE WHOLESALMARKTEN HEEFT GEDEFINIEERD, AMM ANALYSES HEEFT GEDAAN EN WHOLESALETARIEVEN HEEFT BEPAALD, ZONDER DE BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT OPNIEUW TE RAADPLEGEN .....	40
5.3.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	41
5.3.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	41
5.4	DERDE MIDDEL: MOTIVERINGSGEBREK, SCHENDING VAN DE ZORGVULDIGHEIDSP LICHT EN SCHENDING VAN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL IN COMBINATIE MET ARTIKEL 8(4) VAN DE TOEGANGSRICHTLIJN DOORDAT DE BESTREDEN BESLISSING GEMOTIVEERD WORDT OP BASIS VAN TWEE ONDERLING ONVERENIGBARE ANALYSES .....	42
5.4.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	42
5.4.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	42
5.5	VIJFDE MIDDEL: MANIFESTE BEOORDELINGSFOUT, SCHENDING VAN DE VERPLICHTING OM ZOVEEL MOGELIJK REKENING TE HOUDEN MET DE OPMERKINGEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE (ARTIKEL 7(7) KADERRICHTLIJN), MISKENNING VAN DE DOELSTELLINGEN VAN HET REGELGEVEND KADER EN VAN DE VERPLICHTING OM DE ANALYSE OP MEDEDINGINGSRECHTELIJKE PRINCIPES TE BASEREN EN, ONDERGESCHIKT, SCHENDING VAN DE MOTIVERINGSPLICHT, DOORDAT DE CRC IN HAAR ZGN. "HOOFDANALYSE" DE MARKT VOOR CENTRALE TOEGANG TEN ONRECHTE OPDEELT IN PLATFORMSPECIFIEKE MARKTEN EN HIERUIT TEN ONRECHTE BESLUIT DAT DE KABELOPERATOREN ALS OPERATOREN MET AMM MOETEN AANGEDUID WORDEN .....	51
5.5.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	51
5.5.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	52
5.6	VIJFDE MIDDEL: MANIFESTE BEOORDELINGSFOUT, MISKENNING VAN DE VERPLICHTING OM DE ANALYSE OP MEDEDINGINGSRECHTELIJKE PRINCIPES TE BASEREN EN, ONDERGESCHIKT, SCHENDING VAN DE MOTIVERINGSPLICHT, DOORDAT DE CRC IN HAAR ZGN. "AANVULLENDE" ANALYSE VAN GEZAMENLIJKE AMM VERTREKT VAN EEN ONJUISTE GEOGRAFISCHE MARKTAFBAKENING EN DE <i>AIRTOURS</i> -CRITERIA NIET CORRECT TOEPAST .....	55
5.6.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	55
5.6.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	55

5.7	ZESDE MIDDEL: MISKENNING VAN DE METHODOLOGISCHE BEGINSLEN EN DOELSTELLINGEN VAN HET REGELGEVEND KADER, SCHENDING VAN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL IN COMBINATIE MET ARTIKEL 8(4) VAN DE TOEGANGSRICHTLIJN EN SCHENDING VAN DE MOTIVERINGSPLICHT DOORDAT DE CRC ONVOLDOENDE HEEFT REKENING GEHOUDEN MET DE STROOMOPWAARTS BESCHIKBARE WHOLESALPRODUCTEN .....	64
5.7.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	65
5.7.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	65
5.8	ZEVENDE MIDDEL: SCHENDING VAN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL IN COMBINATIE MET ARTIKEL 8(4) VAN DE TOEGANGSRICHTLIJN EN ARTIKEL 8(5)(A) VAN DE KADERRICHTLIJN EN, ONDERGESCHIKT, SCHENDING VAN DE MOTIVERINGSPLICHT, DOORDAT DE OP ZICHZELF STAANDE VERPLICHTING TOT BREEDBANDTOEGANG EN DE VERPLICHTING INZAKE TOEGANG TOT DE QoS-MECHANISMEN IN EURODOCSIS NODIG VOOR VASTE TELEFONIE NIET NOODZAKELIJK ZIJN OM ALTERNATIEVE OPERATOREN TOE TE LATEN TE CONCURREREN OP DE RETAILMARKT EN DOORDAT ER ÉÉN TARIEF WORDT VASTGESTELD VOOR BREEDBANDPROFIELEN VANAF 150 MBPS .....	73
5.8.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	73
5.8.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	74
5.9	ACHTSTE MIDDEL: MANIFESTE BEOORDELINGSFOUT EN SCHENDING VAN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL IN COMBINATIE MET ARTIKEL 8(4) VAN DE TOEGANGSRICHTLIJN EN ARTIKEL 8(5) VAN DE KADERRICHTLIJN EN, ONDERGESCHIKT, SCHENDING VAN DE MOTIVERINGSPLICHT, DOORDAT DE CRC GEEN AFZONDERLIJKE MARKT DEFINIEERT VOOR HET ZAKELIJKE SEGMENT EN DE REGELGEVENDE VERPLICHTINGEN VOOR DE KABELOPERATOREN NIET BEPERKT TOT HET CONSUMENTENSEGMENT .....	82
5.9.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	82
5.9.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	83
5.10	NEGENDE MIDDEL: MANIFESTE BEOORDELINGSFOUT EN SCHENDING VAN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL EN, ONDERGESCHIKT, SCHENDING VAN DE MOTIVERINGSPLICHT, DOORDAT DE CRC DE MOGELIJKHEDEN VAN TELENET BEPERKT OM TOEGANG TE HEBBEN TOT HET NETWERK VAN PROXIMUS MET HET OOG OP HET VERLENEN VAN DIENSTEN AAN ZAKELIJKE KLANTEN	85
5.10.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	85
5.10.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	86
5.11	TIENDE 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 WHOLESALMARKT NOG IN AANMERKING KOMT VOOR EX ANTE REGELGEVING	89
5.11.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	89
5.11.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	89
5.12	ELFDE MIDDEL: SCHENDING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL EN HET DISCRIMINATIEVERBOD EN/OF MOTIVERINGSGEBREK DOOR DE INCONSISTENTIE TUSSEN DE ANALYSE VAN DE WHOLESAL BREEDBANDMARKTEN EN DEZE VAN DE WHOLESAL OMROEPMARKT.....	100
5.12.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	100
5.12.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	100
5.13	TWAALFDE MIDDEL: SCHENDING VAN DE MATERIËLE MOTIVERINGSPLICHT EN HET ZORGVULDIGHEIDSPRINCIPE DOORDAT DE TARIEVEN WHOLESALETOEGANG TOT DE KABEL STEUNEN OP EEN ONGERECHTVAARDIGDE AFSTEMMING OP DE TARIEVEN VAN BRUTÉLÉ EN VERGELIJKING MET DE TARIEVEN VAN SFR IN FRANKRIJK .....	102
5.13.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	102
5.13.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	102
5.14	DERTIENDE MIDDEL: SCHENDING VAN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL EN, ONDERGESCHIKT, DE MOTIVERINGSPLICHT, DOORDAT DE CRC TELENET VERPLICHT OM TWEE TELEVISIEKANALEN VRIJ TE HOUDEN VOOR BEGUNSTIGDEN VAN TOEGANG .....	105
5.14.1	<i>Korte weergave van het middel</i> .....	105
5.14.2	<i>Uiteenzetting van het middel</i> .....	105

## LIJST VAN FIGUREN

Figuur 1 - Consumenten-IP-verkeer 2016-2021 (in petabytes).....	12
Figuur 2 - Investeringsuitgaven per inwoner en als % van omzet.....	12
Figuur 3 - Investeringsuitgaven excl. uitzendrechten in miljoen € en als % van de bedrijfsopbrengsten	13
Figuur 4 - Investeringsuitgaven kabeloperatoren vs. historische operatoren en alternatieve operatoren .....	13
Figuur 5 - Investeringsuitgaven in kabelmarkten vs. niet-kabelmarkten.....	14
Figuur 6 - Innovaties op de netwerken van Proximus en Telenet (2002-2018) .....	14
Figuur 7 - Marktpenetratie hoogdebiet breedband (> 30 Mbps) .....	15
Figuur 8 - Prijzen "single play" breedband 30-100 Mbps (2016).....	16
Figuur 9 - Prijzen "triple play" en "quadruple play" bundels (2016).....	17
Figuur 10 - Aantal GB per abonnee per maand en eenheidsprijs in € per GB .....	18
Figuur 11- Aantal huishoudens met een bundel en nettotoevoegingen.....	19
Figuur 12 - Aandeel vaste-breedbandabonnees met breedband in een bundel.....	19
Figuur 13 - Marktaandelen op de niet-particuliere breedbandmarkt .....	21
Figuur 14 - Marktaandelen in retailomzetcijfers op de niet-particuliere breedbandmarkt.....	22
Figuur 15 - Marktaandelen vast breedbandinternet bij zakelijke klanten .....	22
Figuur 16 - Telenet abonnees met alleen analoge TV .....	24
Figuur 17 - Aantal klanten per televisieplatform .....	25
Figuur 18 - Manieren om TV te kijken.....	26
Figuur 19 - Kijken live TV op dagelijkse basis - verdeling volgens leeftijdscategorieën .....	27
Figuur 20 - Kijken traditionele TV versus online video op dagelijkse basis - verdeling volgens leeftijdscategorieën .....	28
Figuur 21 - Technologieneutrale versus platformspecifieke groothandelsmarkten .....	30
Figuur 22 - Marktaandelen vast breedband (nationaal) Q2 2018 .....	48
Figuur 23 - Marktaandelen vast breedband (Telenet zone) Q2 2018 .....	48
Figuur 24 - Evolutie van de DSL-technologie in vergelijking met de kabeltechnologie .....	63
Figuur 25 - Iteratief marktanalyseproces .....	66
Figuur 26 - Aandeel vaste-breedbandabonnees met breedband in een bundel.....	77
Figuur 27 - Wholesaletarieven voor centrale toegang tijdens de overgangsperiode.....	82

## 1 PROCEDURELE VOORGAANDEN

1. Op 7 juli 2017<sup>1</sup> heeft het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) een openbare raadpleging georganiseerd over een ontwerpbeslissing betreffende de analyse van de markten voor breedband en televisieomroep. Deze raadpleging werd afgesloten op 29 september 2017.
2. In deze ontwerpbeslissingen concludeerde het BIPT dat Proximus aanmerkelijke marktmacht (AMM) heeft op (i) de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau (markt 3a van de Aanbeveling van de Commissie betreffende de relevante markten van 2014<sup>2</sup>) en (ii) op een platform-specifieke markt voor centrale toegang op wholesaleniveau via koper en glasvezel ("markt 3b-1"). Beide markten strekken zich uit tot het volledige nationale grondgebied. De kabeloperatoren (Telenet, Nethys en Brutélé) zouden anderzijds elk in hun respectieve dekkingszones AMM hebben op (i) de platform-specifieke wholesalemarkt voor centrale toegang via de kabel ("markt 3b-2") en (ii) de wholesalemarkt voor toegang tot televisieomroep via de kabelnetwerken. Schematisch kan dit als volgt worden voorgesteld:



3. Het BIPT stelde voor om aan Proximus en aan de kabeloperatoren in de markten waar zij als AMM-operatoren werden aangeduid de verplichting op te leggen om toegang tot hun netwerk te verschaffen aan gereguleerde wholesaletarieven (kostengeoriënteerde tarieven voor toegang tot het kopernetwerk van Proximus en "billijke prijzen" voor toegang tot het glasvezelnetwerk van Proximus en tot de kabelnetwerken). Wat betreft de wholesaletarieven van de kabeloperatoren, stelde het BIPT drie mogelijke werkwijzen voor om de tarieven vast te stellen tijdens de overgangsperiode tussen de

<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> Aanbeveling 2014/710/EU van de Commissie van 9 oktober 2014 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *Pb. EU* L 295 van 11 oktober 2014 (hierna "Aanbeveling van 2014"), p. 79.

inwerkingtreding van de beslissingen en het uitwerken van een kostenmodel op basis waarvan de “billijke tarieven” zouden vastgesteld worden, en vroeg het Instituut de marktspelers om te laten weten welke van deze drie methodes hun voorkeur genoot.

4. Telenet heeft op 28 september 2017 bij het BIPT een uitvoerig antwoord op de ontwerpbeslissingen ingediend.
5. Op 26 februari 2018 heeft het BIPT zijn ontwerpbesluit ter advies voorgelegd aan de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA). De BMA heeft zijn advies uitgebracht op 30 maart 2018.
6. Op 17 april 2018 heeft het BIPT conform artikel 3 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006<sup>3</sup> zijn ontwerpbeslissing aangemeld bij de mediaregulatoren van de Gemeenschappen (VRM, CSA en Medienrat). 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>4</sup> De CRC heeft de beslissingen 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 wijzigingen betreffen de toevoeging van de volgende elementen:
  - een “alternatieve” definitie en analyse van de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau (markt 3b van de Aanbeveling) die zowel kabel als koper en glasvezel omvat en waarop Proximus en de kabeloperatoren gezamenlijk AMM hebben; schematisch kan de analyse dan als volgt worden voorgesteld:

Lokale Toegang  
3a  
(Proximus)

Centrale Toegang via koper, glasvezel en kabel  
3b  
(Proximus en de kabeloperatoren gezamenlijk)

Wholesale markt  
Televisieomroep  
(Kabeloperatoren)

<sup>3</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>4</sup> Telenet merkt echter op dat de inventaris van het administratief dossier geen notulen bevat van deze of andere vergaderingen van de CRC.

- een verplichting voor Proximus om virtuele ontbundelde toegang (VULA) te verschaffen tot haar koper- en glasvezelnetwerk;
  - een hoofdstuk betreffende de toepassing van de “drie criteria test” op de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau tot de kabelnetwerken (de zgn. markt 3b-1);
  - op een “nationale benchmark” gebaseerde gereguleerde wholesaleprijzen om toe te passen tijdens de overgangperiode totdat de regulator een kostenmodel heeft uitgewerkt op basis waarvan “redelijke” wholesaleprijzen kunnen worden vastgesteld. 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>5</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 ontwerpbeslissing 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. In deze brief formuleert de Commissie ernstige bezwaren tegen ontwerpbeslissingen van de CRC, in het bijzonder met betrekking tot de opsplitsing van markt 3b in twee afzonderlijke, platformspecifieke markten 3b-1 en 3b-2. De Commissie merkt onder meer op dat *“la CRC ne semble pas tenir dûment compte de la plus concrète des preuves de substituabilité, à savoir le fait qu’Orange, le principal demandeur d’accès, a dans le passé changé de fournisseur d’accès de gros pour passer de la plateforme cuivre à la plateforme câble”*.<sup>6</sup> Dit vormt volgens de Commissie *“un indicateur fort de substitution au niveau de la demande entre les deux types de produits d’accès”*.<sup>7</sup> Bovendien beschouwt de Commissie dat de door de CRC uitgevoerde SSNIP-test *“pose quelques problèmes d’ordre méthodologique”* omdat de CRC de test enkel heeft uitgevoerd vanuit het standpunt van een bestaande afnemer van wholesaletoeegang en niet vanuit het standpunt van een nieuwkomer op de markt.
11. Toch besluit de Commissie uiteindelijk om geen fase II-onderzoek te openen gelet op de “aanvullende analyse” die de CRC aan de ontwerpbeslissing heeft toegevoegd en die uitgaat van één technologieneutrale markt 3b, waarop Proximus en de kabeloperatoren gezamenlijk in plaats van individueel AMM zouden hebben (zie het schema in randnummer 8 hierboven). De Commissie beschouwt dit als *“une approche plus appropriée et plus plausible”*<sup>8</sup> en besluit om geen bezwaar te maken tegen de

<sup>5</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>6</sup> Vrije vertaling: *“de CRC lijkt niet naar behoren rekening gehouden te hebben met het meest concrete bewijs van substituabiliteit, namelijk het feit dat Orange, de voornaamste verzoeker om toegang, in het verleden van toegangsleverancier veranderd is door over te stappen van het koperplatform naar het kabelplatform”*.

<sup>7</sup> Vrije vertaling: *“een sterke aanwijzing van substitutie aan de vraagzijde tussen deze twee types toegangsproducten”*.

<sup>8</sup> Vrije vertaling: *“een meer gepaste en plausible benadering”*.

marktdefinities in de ontwerpmaatregel omdat een aanduiding van Proximus en de kabeloperatoren als gezamenlijk dominant op een ruimere markt volgens de Commissie niet tot een wezenlijk verschillend regelgevend resultaat zou leiden.

12. Tegen deze beslissing van de Commissie heeft Telenet op 31 juli 2018 beroep aangetekend bij het Gerecht van de Europese Unie, waar de zaak thans hangende is.<sup>9</sup>
13. Op 29 juni 2018 heeft de CRC de definitieve beslissing aangenomen.<sup>10</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.
14. 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>11</sup> Telenet heeft de CRC hierop gewezen per e-mail van 2 juli 2018. Op 11 juli 2018 heeft het BIPT op zijn website een corrigendum gepubliceerd, waarbij de verwijzing naar "Telenet NV" vervangen wordt door een verwijzing naar "Telenet BVBA".<sup>12</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 aannahme [...] 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"*.
15. Het zijn deze beslissingen van 29 juni 2018, zoals gewijzigd door het corrigendum van 11 juli 2018, die het voorwerp vormen van onderhavig beroep.
16. Op 25 juli 2018 hebben de raadslieden 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>13</sup> De CRC heeft hier bij brief van 6 augustus 2018<sup>14</sup> (ontvangen op 7 augustus 2018) op geantwoord dat deze vraag door de individuele regulatoren afzonderlijk zou behandeld worden. Op 14 augustus 2018 heeft Telenet het BIPT 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 mee 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.
17. Op 24 augustus 2018 heeft het BIPT de gevraagde inventaris meegedeeld.<sup>15</sup> Tegelijk heeft het Instituut echter meegedeeld dat het beslist hadden de termijn om het verzoek

---

<sup>9</sup> Zaak T-470/2018.

<sup>10</sup> Ook hier vermeldt de inventaris van het administratief dossier geen notulen van deze vergadering.

<sup>11</sup> Zie publicatie in de bijlagen van het *Belgisch Staatsblad* van 20 mei 2016 (stuk 3).

<sup>12</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>13</sup> Brief van Telenet aan de CRC van 25 juli 2018 (stuk 4).

<sup>14</sup> Brief van de CRC aan Telenet van 6 augustus 2018 (stuk 5).

<sup>15</sup> Brief van het BIPT aan Telenet van 24 augustus 2018 (stuk 6).

in te willigen met 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>16</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.
18. 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**

19. Telenet vordert:

- In hoofdorde, 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 de gegrondheid van deze middelen geen volledige vernietiging van de beslissing 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.

## **3 DE ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP**

### **3.1 Ontvankelijkheid *ratione temporis***

20. 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*

---

<sup>16</sup> Brief van Telenet aan het BIPT van 24 augustus 2018 (stuk 7).

*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.”*

21. Zoals reeds vermeld in punt 14 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.
22. 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>17</sup> Telenet beschouwt dan ook dat de beroepstermijn nog niet is beginnen te lopen.
23. Hoe dan ook werd dit beroep ingesteld binnen een termijn van zestig dagen na 29 juni 2018.

### **3.2 Belang**

24. 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 zowel in de wholesalem Markt voor centrale toegang als 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>18</sup> zodat Telenet het vereiste belang heeft om onderhavig beroep in te stellen.

## **4 FEITELIJKE CONTEXT**

### **4.1 Voorstelling van Telenet**

25. 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

---

<sup>17</sup> Zowel de beslissing 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>18</sup> Cass. 23 april 2009, n° C.06.0296.F.

diensten in heel België.<sup>19</sup>

26. Telenet verstrekt eveneens elektronische communicatiediensten aan bedrijven in België (en Luxemburg). Zij richt zich hiervoor hoofdzakelijk op SOHO- en KMO-klanten.
27. 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 breedbandmarkt

28. België is een koploper in Europa, en bij uitbreiding in de wereld, inzake breedbandconnectiviteit.
29. Volgens de *Digital Economy and Society Index (DESI) 2018*<sup>20</sup> van de Europese Commissie, behaalt België een topscore op het onderdeel connectiviteit (i.e. vaste breedband, mobiele breedband, snelheid en prijs van breedband). Rekening houdend met andere factoren zoals onder meer menselijk kapitaal en internetgebruik, behaalt België de achtste plaats op 28 EU-lidstaten.<sup>21</sup>
30. Door het steeds toenemend gebruik van gegevens, grotendeels aangedreven door allerlei streamingdatadiensten, neemt de vraag naar bandbreedte voortdurend toe. Naar verwachting zal het consumenten-IP-verkeer in de periode 2016-2021 bijna drievoudig toenemen (gegevens weergegeven in petabytes).

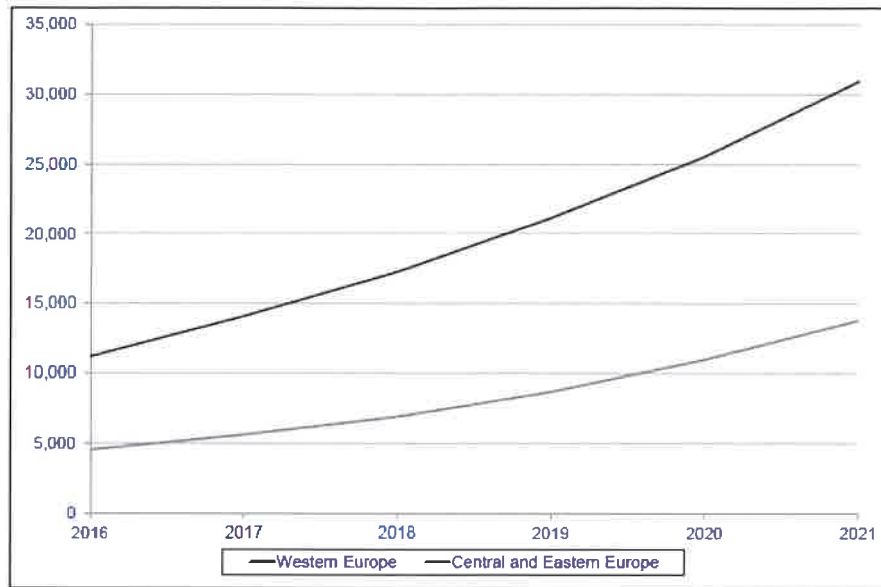
---

<sup>19</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>20</sup> Europese Commissie, Digital Economy and Society Index (DESI) report 2018 – Connectivity, p. 2, (stuk 9). Het DESI-verslag geeft een overzicht van de vooruitgang die de lidstaten hebben geboekt inzake digitalisering. De DESI is een samengestelde index die relevante indicatoren over de digitale prestaties van Europa samenvat en de evolutie van de EU-lidstaten op het gebied van digitaal concurrentievermogen bijhoudt.

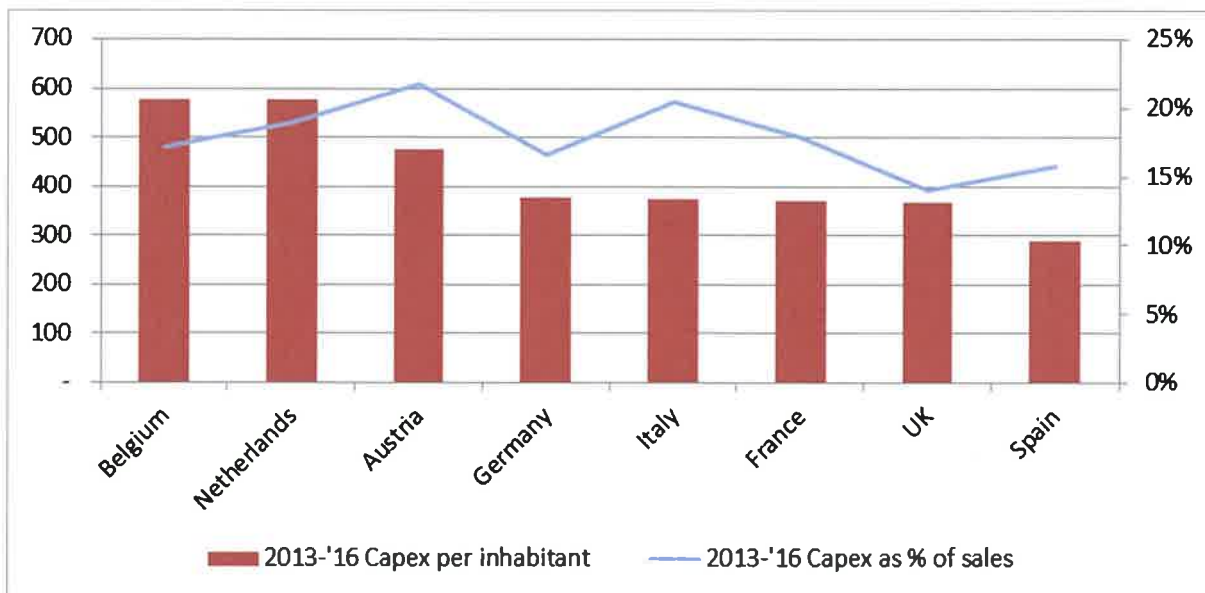
<sup>21</sup> Europese Commissie, Index van de digitale economie en maatschappij (DESI) 2018 - Landverslag België, p. 2 (stuk 10).

Figuur 1 - Consumenten-IP-verkeer 2016-2021 (in petabytes)<sup>22</sup>



31. De toename van de vraag stimuleert de concurrentie tussen operatoren van vaste en mobiele infrastructuur om te investeren in nieuwe technologieën. De Belgische telecomoperatoren investeren beduidend meer in hun netwerkinfrastructuur dan het Europese gemiddelde. Dit komt uiteraard ten goede van de consument die steeds over betere, nieuwe en snellere technologie beschikt.

Figuur 2 - Investeringsuitgaven per inwoner en als % van omzet<sup>23</sup>

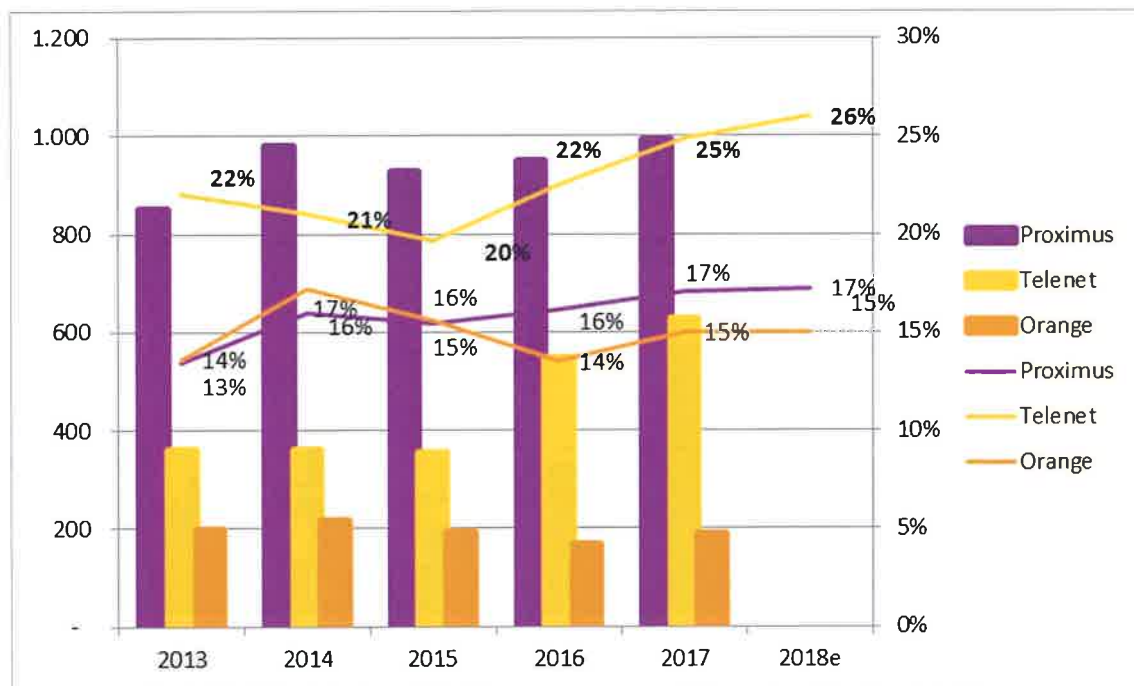


De kabeloperatoren investeren meer dan Proximus; Orange investeert het minst.

<sup>22</sup> Bron: Cisco, *Cisco Visual Networking Index: Forecast and Methodology, 2016–2021*, 6 June 2017, beschikbaar op <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/complete-white-paper-c11-481360.html>. 1 petabyte = 10<sup>15</sup> bytes = 1.000 terabytes.

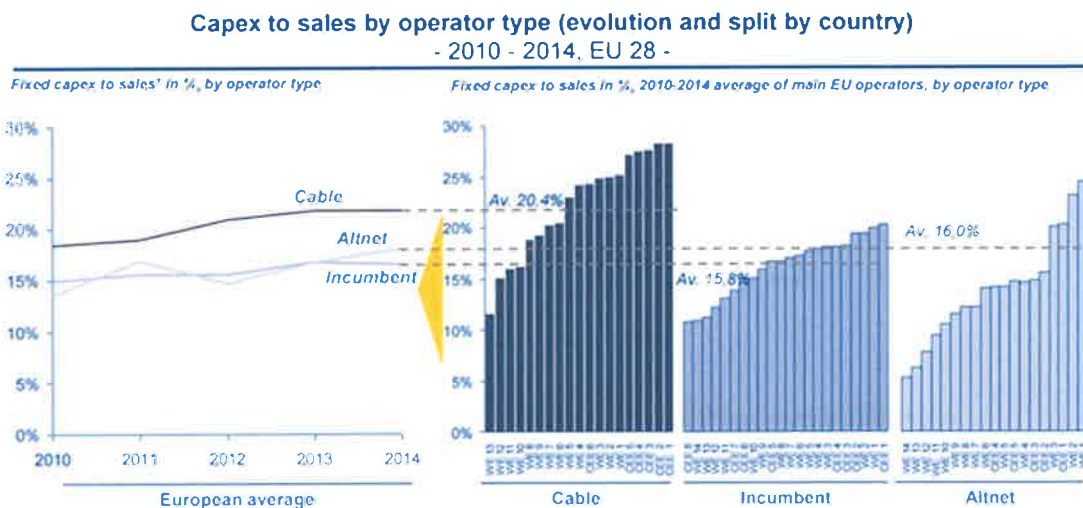
<sup>23</sup> Bron: HSBC, eigen analyse Telenet.

Figuur 3 - Investerings excl. uitzendrechten in miljoen € en als % van de bedrijfsopbrengsten<sup>24</sup>



Dezelfde trend kan ook vastgesteld worden in andere Europese landen: uit een studie van Arthur D. Little<sup>25</sup> blijkt dat de investeringsuitgaven (CAPEX<sup>26</sup>) van de kabeloperatoren over de hele lijn hoger ligt dan die van hun concurrenten (historische operatoren en alternatieve operatoren):

Figuur 4 - Investeringsuitgaven kabeloperatoren vs. historische operatoren en alternatieve operatoren<sup>27</sup>



De investeringen in de kabelnetwerken stimuleren investeringen in koper- en glasvezelnetwerken. Naar mate de kabeloperatoren immers steeds hogere snelheden kunnen aanbieden, zet dit de eigenaars van de koper- en glasvezelinfrastructuur onder

<sup>24</sup> Bron: jaarverslagen van de operatoren.

<sup>25</sup> Arthur D. Little, Cable Operator's Contribution to the European Digital Landscape, mei 2016 (stuk 11).

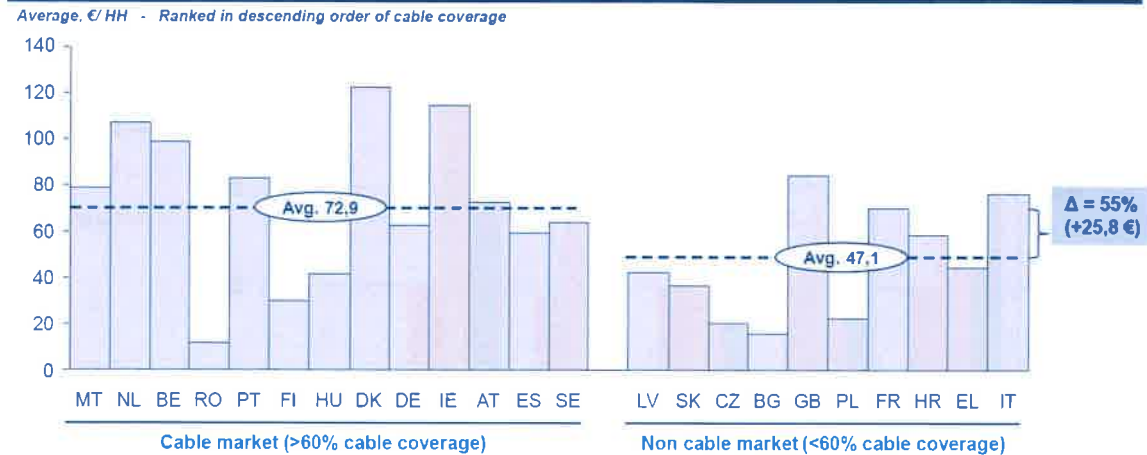
<sup>26</sup> CAPEX: "capital expenditures".

<sup>27</sup> Bron: Arthur D. Little (stuk 11). (zie voetnoot 25).

druk om in de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren te investeren in het upgraden van hun netwerken, om de kabeloperatoren bij te benen. Als gevolg daarvan wordt er in landen waar kabelnetwerken een uitgebreide dekking hebben ook meer geïnvesteerd in de koper- en glasvezelnetwerken (nl. ruim 50% meer).

**Figuur 5 - Investerings in kabelmarkten vs. niet-kabelmarkten<sup>28</sup>**

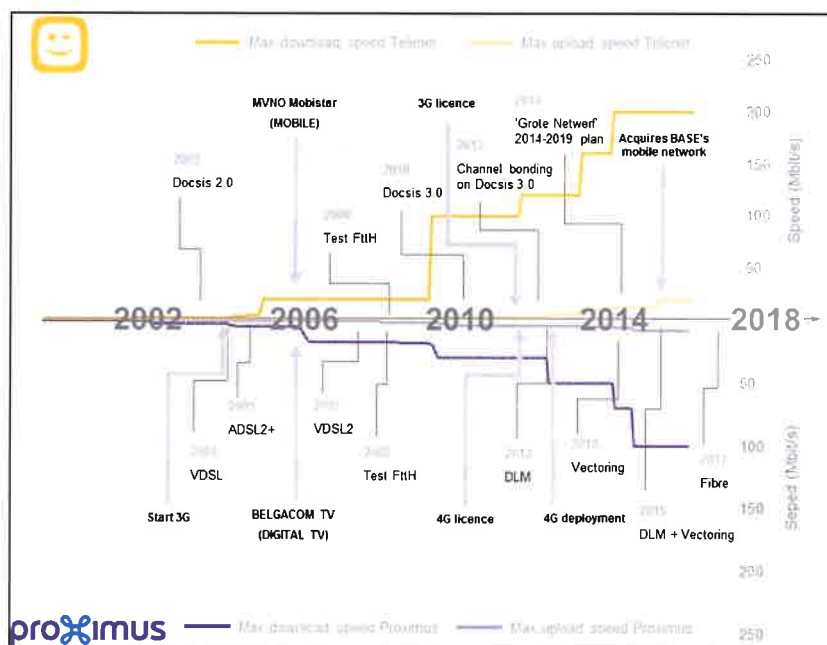
**Incumbent fixed investments per household in cable vs. non-cable markets  
- 2010-2014 -**



Source: Arthur D. Little analysis, Ovum, Credit Suisse, Bank of America, Broker reports, Annual reports

Innovaties op de netwerken van de kabeloperatoren moedigen dus innovaties op het netwerk van de historische operator aan. Doordat de technologieën totaal verschillend zijn, vallen de innovatiecycli echter niet samen. De onderstaande figuur toont de belangrijkste innovaties op elk van de netwerken van Telenet en Proximus in de afgelopen vijftien jaar:

**Figuur 6 - Innovaties op de netwerken van Proximus en Telenet (2002-2018)<sup>29</sup>**

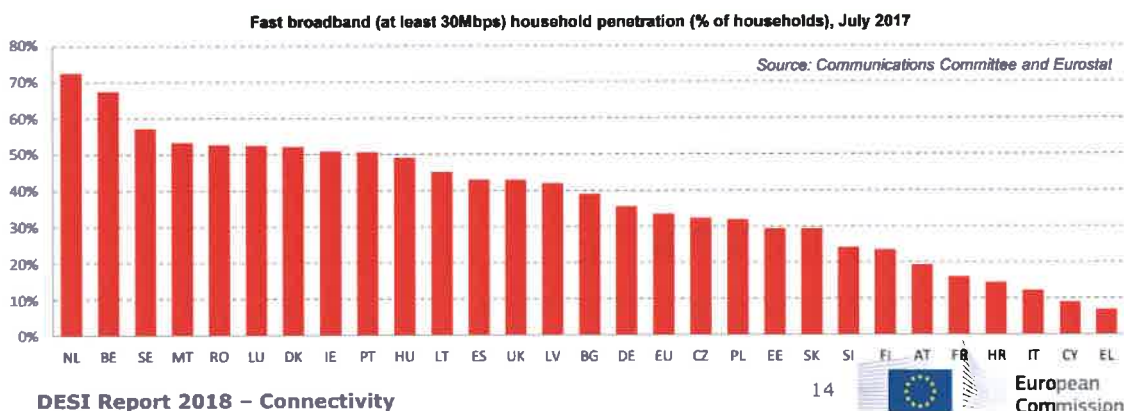


<sup>28</sup> Bron: Arthur D. Little (stuk 11) (zie voetnoot 25).

<sup>29</sup> Bron: Telenet.

32. Dankzij deze investeringen en voortdurende innovaties genieten de Belgische breedbandinternetgebruikers van snelheden die tot de hoogste ter wereld behoren.<sup>30</sup> Uit het reeds aangehaalde DESI-rapport 2018 van de Europese Commissie<sup>31</sup> blijkt dat België samen met Nederland koploper is wat betreft de marktpenetratie van hoogdebiet breedband (> 30 Mbps):

**Figuur 7 - Marktpenetratie hoogdebiet breedband (> 30 Mbps)<sup>32</sup>**



België heeft ook de hoogste penetratie van NGA<sup>33</sup>-lijnen in de EU, nl. 93 op 100 lijnen.<sup>34</sup>

33. De hoge investeringen, en bijgevolg de hoge kwaliteit van de producten, zorgen ervoor dat de Belgische consument “waar voor zijn geld” krijgt. De prijzen die worden gehanteerd op de breedbandmarkt zijn competitief, ook in vergelijking met andere landen. De internationale prijsvergelijking van het BIPT (bijlage C bij de bestreden beslissing) toont niet op overtuigende wijze aan dat de prijzen in België op een gebrek aan concurrentie wijzen. Met betrekking tot standalone breedband (d.w.z. afzonderlijk verkocht en niet in een bundel), geeft de CRC bijvoorbeeld zelf toe dat

*“Voor de categorie 30 Mbps tot 100 Mbps [...] België het goedkoopst [is], gevolgd door Frankrijk en Nederland. Voor de categorie +100 Mbps is België nagenoeg even competitief als Nederland en Luxemburg (het prijsniveau verschilt minder dan één euro)”.*<sup>35</sup>

De gemiddelde prijzen in België zijn inderdaad goedkoper dan in de buurlanden, zowel uitgedrukt in maandelijkse abonnementsprijs als in prijs per Megabit per seconde:

<sup>30</sup> Namelijk achtste in de wereld en zesde in Europa. Bron: “New Worldwide Broadband Speed League Unveiled – UK Ranks 31”, persbericht van Cable UK d.d. 8 augustus 2017 (stuk 12).

<sup>31</sup> Europese Commissie, Digital Economy and Society Index (DESI) report 2018 – Connectivity (stuk 9).

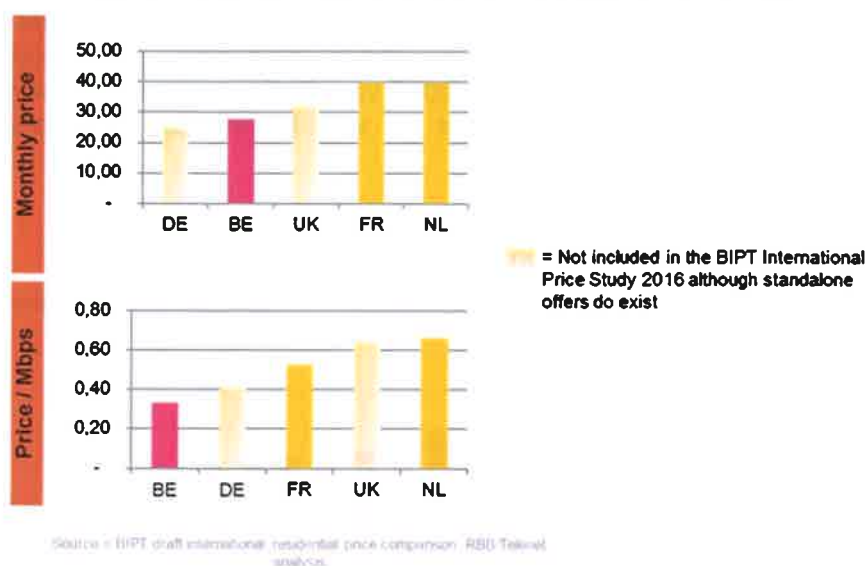
<sup>32</sup> Bron: Europese Commissie, Digital Economy and Society Index (DESI) report 2018 – Connectivity, p. 3, (stuk 9).

<sup>33</sup> NGA staat voor “Next Generation Access” (“(breedband-)toegang van de volgende generatie”), d.i. een algemene benaming die verschillende technologieën voor hoogdebiet (> 30 Mbps) breedbandinternet afdekt, zoals in het bijzonder VDSL (“Very-high-bit-rate Digital Subscriber Line”), FTTP (“Fibre To The Premises”) en DOCSIS (“Data Over Cable Service Interface Specification”).

<sup>34</sup> Zie figuur 30 van de bestreden beslissing.

<sup>35</sup> Bestreden Beslissing, randnr. 3238.

Figuur 8 - Prijzen "single play" breedband 30-100 Mbps (2016)<sup>36</sup>



Ook de BIAC-studie, gemaakt voor de Europese Commissie, toont aan dat de prijzen voor "standalone" vast breedband in België op een competitief niveau liggen. In de categorie 30-100 Mbps zijn ze zelfs lager dan het EU-gemiddelde en zijn ze bovendien gedaald in de periode 2013-2015.<sup>37</sup>

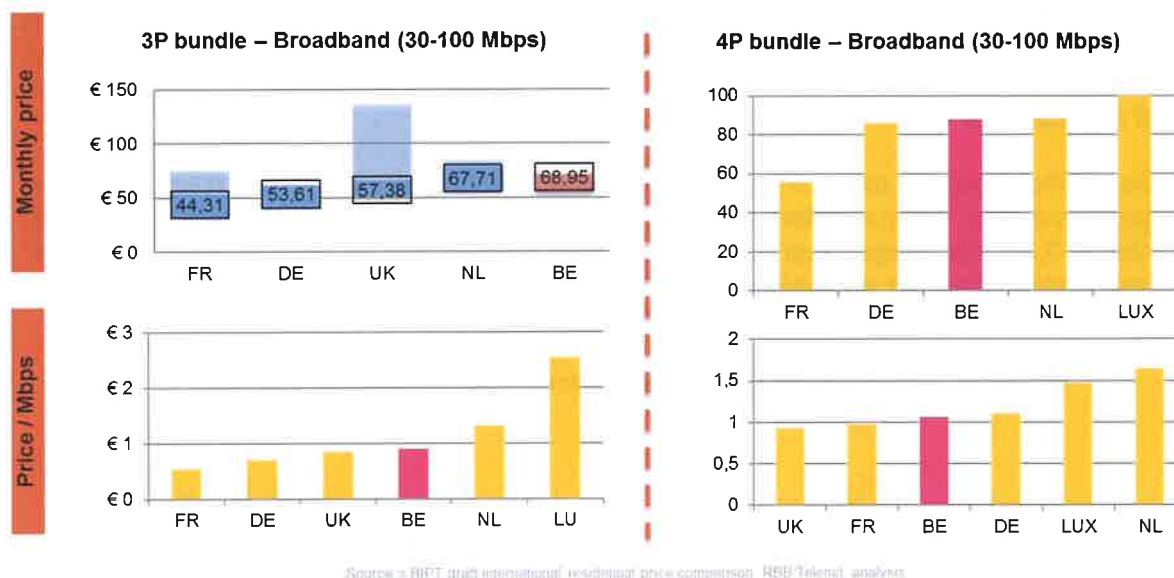
Ook wat gebundelde aanbiedingen betreft, tonen de gegevens van de prijzenstudie van het BIPT niet aan dat er een probleem is. De gemiddelde maandelijkse prijzen voor "triple play" bundels zijn weliswaar iets hoger dan in de buurlanden, maar de consument krijgt daarvoor wel een kwalitatiever aanbod. Voor "quadruple play" bundels scoort België gemiddeld, maar ook hier krijgt de consument een kwalitatief hoogstaand product. Bovendien steken de laagste tarieven die in elke productcategorie beschikbaar zijn op de Belgische markt zeker niet negatief af tegen die in de buurlanden. Dit betekent dat er ook "low-cost" alternatieven voorhanden zijn voor de prijsgevoelige consument.

Het BIPT heeft een vergelijking gemaakt op basis van gemiddelde abonnementsprijzen. Deze gaat evenwel niet op, omdat daarbij geen rekening gehouden wordt met de inhoud/kwaliteit van het product (downloadsnelheid, inbegrepen extra diensten, enz.). Een vergelijking op basis van eenheidsprijzen geeft een heel ander beeld:

<sup>36</sup> Bron: BIPT international prijsvergelijking, RBB/Telenet analyse.

<sup>37</sup> Van Dijk Management Consultants, Broadband internet access cost (BIAC) Autumn 2015, Studie voor de Europese Commissie, 2016 (stuk 13), pp. 45-46.

Figuur 9 - Prijzen "triple play" en "quadruple play" bundels (2016)<sup>38</sup>



De studie van Arthur D. Little toont ook aan dat in nationale markten waar kabelnetwerken met een uitgebreide dekking aanwezig zijn, dit een gunstig effect heeft op het niveau en de evolutie van de prijzen in vergelijking met markten waar geen dergelijke netwerken aanwezig zijn.<sup>39</sup>

34. Voor zover de gemiddelde prijzen in België dan al iets hoger zijn dan in de buurlanden, volstaat deze vaststelling hoe dan ook niet om te besluiten dat er onvoldoende mededinging is. De hoge investeringsgraad van de Belgische operatoren wijst integendeel op stevige concurrentie op het vlak van kwaliteit en innovatie. De analyse van de CRC (op basis van de prijsvergelijkende studie van het BIPT) is eenzijdig omdat zij uitsluitend focust op statische efficiëntie (het maximaliseren van het consumentensurplus op zeer korte termijn) en geen of onvoldoende aandacht besteedt aan dynamische efficiëntie (het maximaliseren van het consumentensurplus op langere termijn).<sup>40</sup> Er is een trade-off tussen de twee in die zin dat lage winstmarges investeringen ontmoedigen, wat ten kosten gaat van de creatie van toekomstig consumentenwelzijn door kwaliteitsverbeteringen en innovatie.
35. Ook de prijsevolutie wijst niet op een gebrek aan mededinging. Volgens de recentste gegevens van het Instituut voor de nationale rekeningen (INR) stijgen de prijzen van internetabonnementen in lijn met de globale inflatie terwijl de prijzen van bundels amper stijgen en dus de globale inflatoire trend van de economie ontwijken.<sup>41</sup> Bovendien wordt er voortdurend waarde toegevoegd aan de producten. De grafieken in de bestreden beslissing in verband met de prijsstijgingen in de voorbije jaren zijn misleidend, omdat ze geen rekening houden met het feit dat vele van de vergeleken producten in de loop van de tijd zijn geüpgraded. Operatoren upgraden regelmatig hun aanbiedingen door snelheden, volumes en andere parameters te verhogen (inclusief

<sup>38</sup> Bron: BIPT international prijsvergelijking, RBB/Telenet analyse.

<sup>39</sup> Arthur D. Little, p. 11 (Stuk 11).

<sup>40</sup> Zie Telenet, Additional observations regarding the joint dominance analysis mentioned in Chapter 28 of the draft CRC analysis for the broadband and broadcasting market as notified to the European Commission, juni 2018, p. 7-8 (stuk 14).

<sup>41</sup> FOD Economie, Analyse van de prijzen: 2018 INR kwartaalverslag 2, <https://economie.fgov.be/nl/publicaties/prijzen-analyse-van-de-prijzen-24>.

gebundelde functies, oplossingen voor meerdere schermen / apparaten, inhoud, enz.). Dit kan gebeuren door een nieuw product te lanceren of door simpelweg een bestaand product aan te passen. Het gaat natuurlijk niet op om de prijs van een “rijker” product te vergelijken met die van een “armer” product, weze het tussen verschillende landen of doorheen de tijd.

36. De eenheidsprijzen dalen trouwens. De consumentenprijs van 1 GB (Gigabyte) aan gegevens voor consumenten in België is de afgelopen vier jaar gedaald van € 1,60 naar € 0,40. Het laagst geprijsde product van Telenet was in 2016 € 2,50 goedkoper (per maand) dan het equivalent in 2005 en bood 60 keer hogere downloadsnelheden, terwijl het maximale downloadvolume 375 keer hoger was.

**Figuur 10 - Aantal GB per abonnee per maand en eenheidsprijs in € per GB<sup>42</sup>**

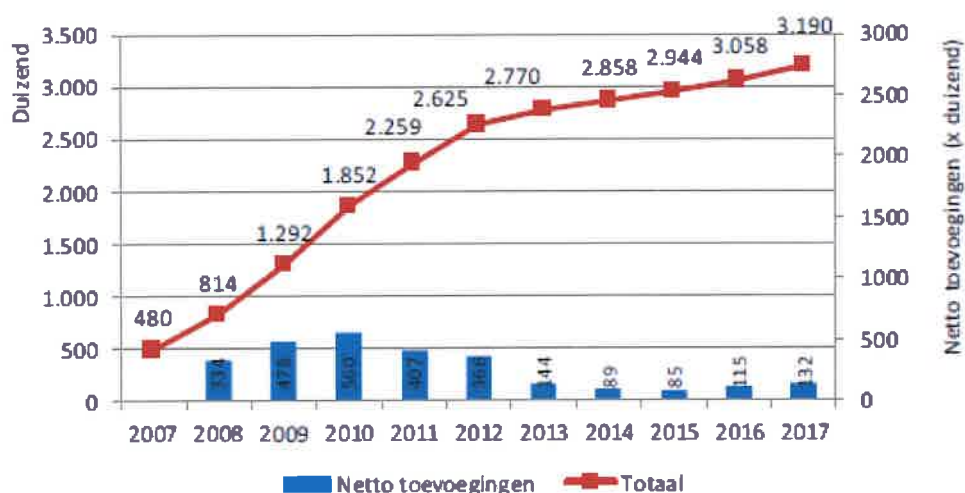


37. De prijsontwikkelingen op de Belgische markt, in combinatie met de evolutie van de variëteit aan snelheden, add-ons en aangeboden diensten, geven aan dat consumenten een ruime keuze hebben wat betreft snelheden, volume, kwaliteit, functies en prijzen.
38. Een belangrijke tendens in de retailmarkten is dat consumenten telecommunicatiediensten steeds meer afnemen als onderdeel van een bundel. De verkoop van bundels blijft maar groeien, in 2017 zelfs met 4,3 procentpunten, om ongeveer 3.189.776 huishoudens te bereiken, of 68% van het totaal aantal huishoudens.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Bron: Telenet.

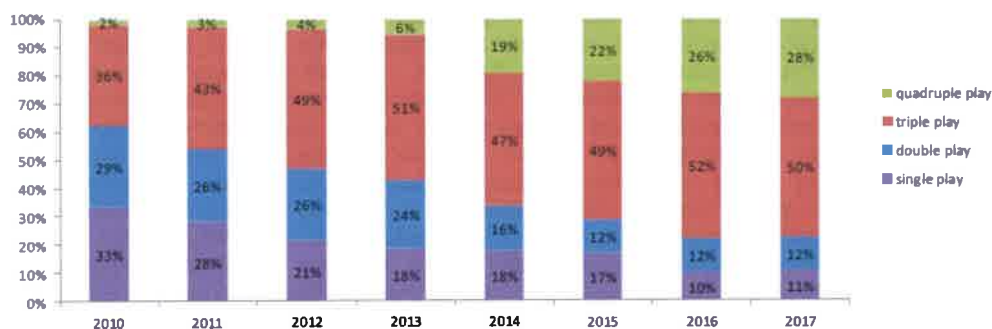
<sup>43</sup> Bestreden Beslissing, randnr. 743.

Figuur 11- Aantal huishoudens met een bundel en nettotoevoegingen<sup>44</sup>



39. In 2017 nam 89% van de breedbandinternetabonnees deze dienst af in een pakket samen met andere diensten. De meest opvallende trend in verband met de gebundelde aanbiedingen, is het toenemend succes sinds 2014 van “quadruple play” aanbiedingen met mobiele telefonie. Dit is het sterkst groeiende segment, hoewel “triple play” bundels vooralsnog de meest populaire bundels blijven. In 2017 nam 50% van de breedbandinternetgebruikers dit product af als onderdeel van een “triple play” bundel in combinatie met (vaste) telefonie en televisie; 28% nam breedbandinternet af als onderdeel van een “quadruple play” bundel met vaste telefonie, televisie en mobiele telefonie.

Figuur 12 - Aandeel vaste-breedbandabonnees met breedband in een bundel<sup>45</sup>



Het marktaandeel van Telenet vertoont over het algemeen een dalende tendens, zowel op de markt voor breedbandinternet voor particulieren als op de markten voor “multiple play” aanbiedingen.<sup>46</sup> Alleen in het segment voor niet-particuliere klanten groeit Telenet nog, ten koste van de dominante leverancier Proximus.

40. Er is bovendien ook een toenemende convergentie tussen vast breedbandinternet en

<sup>44</sup> Bron: bestreden beslissing, figuur 86.

<sup>45</sup> Bron: bestreden beslissing, figuur 89.

<sup>46</sup> Zie bestreden beslissing, figuren 20 (breedband voor particulieren), 23 (breedband voor niet-particulieren), 27 (breedband voor particulieren, in retailomzetcijfers), 28 (breedband voor niet-particulieren, in retailomzetcijfers), 92 (double play), 98 (triple play).

mobiel breedbandinternet.<sup>47</sup> Met mobiel breedband van de vierde en vijfde generatie (4G en 5G), zijn downloadsnelheden mogelijk die vergelijkbaar zijn met die van een vaste breedbandinternetaansluiting. Proximus heeft al “4.5G” (LTE<sup>48</sup> Advanced Pro) uitgerold in een aantal steden en claimt dat deze technologie maximum downloadsnelheden tot 900 Mbps toelaat (ter vergelijking: 4G en “4G+” laten maximum downloadsnelheden toe van respectievelijk 150 Mbps en 225 Mbps).<sup>49</sup> Ook Orange werkt aan de ontplooiing van 4.5G.<sup>50</sup> Op iets langere termijn (2020-) zullen de Belgische mobiele operatoren ook 5G implementeren. Proximus heeft bij tests met 5G naar eigen zeggen al downloadsnelheden bereikt van bijna 3 Gbps.<sup>51</sup> Daarnaast worden er steeds meer mobiele abonnementen aangeboden met hoge datalimieten of onbeperkte data. De Belgische mobiele operatoren hebben de voorbije jaren de datalimieten van hun abonnementen stelselmatig verhoogd. In februari heeft Orange zelfs als eerste op de Belgische markt een mobiel abonnement gelanceerd zonder datalimiet.<sup>52</sup> Door deze evoluties wordt mobiel breedband steeds meer een valabel substituuat voor een vaste breedbandaansluiting, een evolutie die al in 2012 werd opgemerkt door BEREC.<sup>53</sup> In veel landen is er al een duidelijke trend merkbaar waarbij een groeiend aantal gebruikers geen vast breedbandabonnement meer neemt maar uitsluitend mobiel breedbandinternet gebruikt. Dit heeft er bijvoorbeeld de Oostenrijkse NRI al toe geleid om een retailmarkt voor breedbanddiensten te definiëren die naast koper, glasvezel en kabel ook mobiel breedband omvat.<sup>54</sup> De competitieve druk van mobiel breedband op vast breedband neemt in elk geval toe.

---

<sup>47</sup> Cf. Explanatory Note accompanying the document Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation, SWD (2014) 298, 9 oktober 2014 (“**Toelichting bij de Aanbeveling van 2014**”), p. 16: “*In the Union, the combination of LTE with additional spectrum, and possibly denser networks using a mix of macro cells and small cells, will in principle offer higher capacity (i.e. higher speed, less latency) at a lower unit cost. These developments make the monitoring of wireless-fixed competitive interactions especially pertinent for the future [...]*” en p. 35: “*from a forwardlooking perspective, the current lack of substitution [between fixed and mobile broadband] might have to be re-assessed in the light of the announced widespread introduction of LTE technology, the pace of which will vary across Member States. LTE is expected to improve the bandwidth achievable through mobile connections, therefore – all else remaining equal – bringing it closer to the bandwidth offered by fixed broadband [...]*”. Vrije vertaling: “*In de Unie zal de combinatie van LTE met bijkomend spectrum, en mogelijk ook een verhoging van de netwerkdichtheid door een mix van macro- en microcellen, in principe een hogere capaciteit bieden (d.i. hogere snelheden, lagere latentietijden) aan een lagere eenheidskost. Deze ontwikkelingen maken het extra relevant om competitieve interacties tussen vaste en mobiele diensten in de gaten te houden naar de toekomst toe*”; “*vanuit een toekomstgericht perspectief, zal het huidige gebrek aan substitutie [tussen vast en mobiel breedband] wellicht heroverwogen moeten worden in het licht van de aangekondigde wijdverbreide invoering van LTE-technologie, waarvan het tempo kan variëren van lidstaat tot lidstaat. Er wordt verwacht dat LTE de bereikbare bandbreedte via mobiele verbindingen zal verbeteren, zodat deze – onder verder gelijke omstandigheden – de bandbreedte geboden door vast breedband meer en meer zal benaderen*”.

<sup>48</sup> LTE: “*Long-Term Evolution*” (een standaard voor hogesnelheid mobiele communicatie).

<sup>49</sup> “Proximus gains ground with super-fast 45G network”, Proximus persbericht van 11 augustus 2017 (stuk 15).

<sup>50</sup> Jaarverslag Orange Belgium 2017, p. 23, (stuk 16).

<sup>51</sup> “Proximus and Huawei team up for first successful 5G outdoor trial in Belgium speeds of up to 294 Gbps reached, end-to-end latency down to 1.81 milliseconds”, Proximus persbericht van 26 april 2018 (stuk 17).

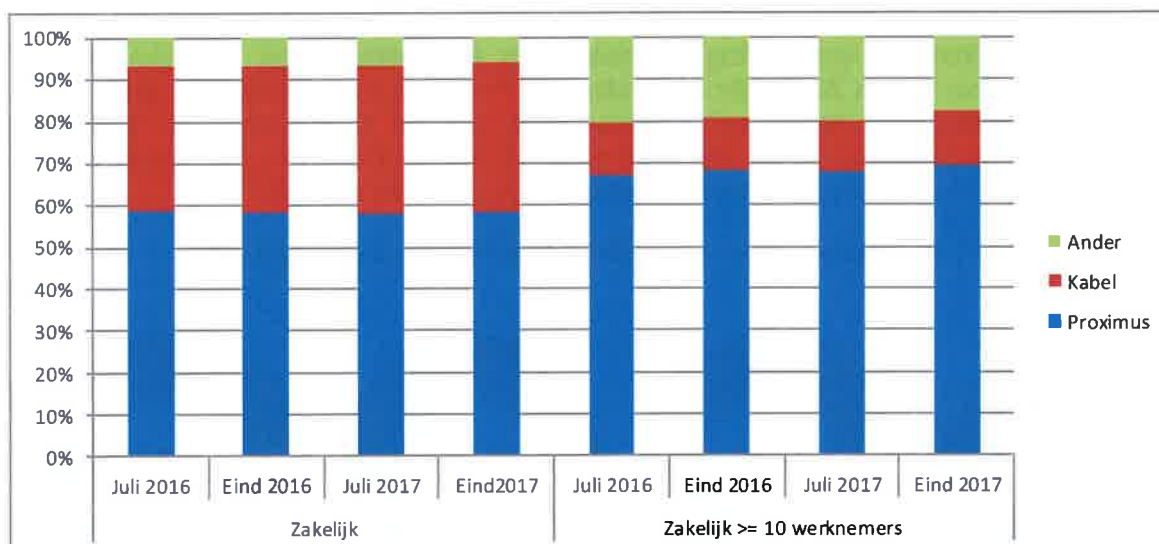
<sup>52</sup> “Orange lanceert het eerste volledig onbeperkte mobiele abonnement in België” persbericht van Orange van 7 februari 2018 (stuk 18).

<sup>53</sup> BEREC Report on the impact of fixed-mobile substitution in market definition, BoR (12) 52, 24 mei 2012 (stuk 19).

<sup>54</sup> Zie brief van de Europese Commissie aan RTR van 30 juni 2017 in zaak AT/2017/1987-1988 (stuk 20). Ook in de vorige marktanalyse (2009) had de Oostenrijkse NRI mobiel internet al in dezelfde markt opgenomen als vast internet, zie zaak AT/2009/0970.

41. Samengevat geniet de Belgische consument dus – dank zij de rivaliteit tussen, en hoge investeringen van, Proximus en de kabeloperatoren – van hoogwaardige netwerken, kwaliteitsvolle diensten en een grote productdiversiteit aan redelijke prijzen. Dit alles wijst op een gezonde concurrentie. Bovendien ondervinden de aanbieders van vast breedband steeds meer competitieve druk vanwege aanbiedingen van mobiel breedband.
42. De situatie op de markt voor niet-particuliere (zakelijke) klanten vertoont wel beduidende verschillen met die op de markt voor particuliere (residentiële) klanten. Zoals de CRC zelf erkent,<sup>55</sup> wordt het zakelijk segment namelijk volledig gedomineerd door Proximus. Proximus heeft in het zakelijk segment een marktaandeel uitgedrukt in aantal abonnees van ruim 50% (of zelfs ruim 60% indien men enkel zakelijke klanten met meer dan 10 werknemers in rekening neemt). Alle kabeloperatoren hebben samen slechts een marktaandeel van iets meer dan 30% (of zelfs van minder dan 15% indien men alleen zakelijke klanten met meer dan 10 werknemers in rekening neemt).

Figuur 13 - Marktaandelen op de niet-particuliere breedbandmarkt<sup>56</sup>

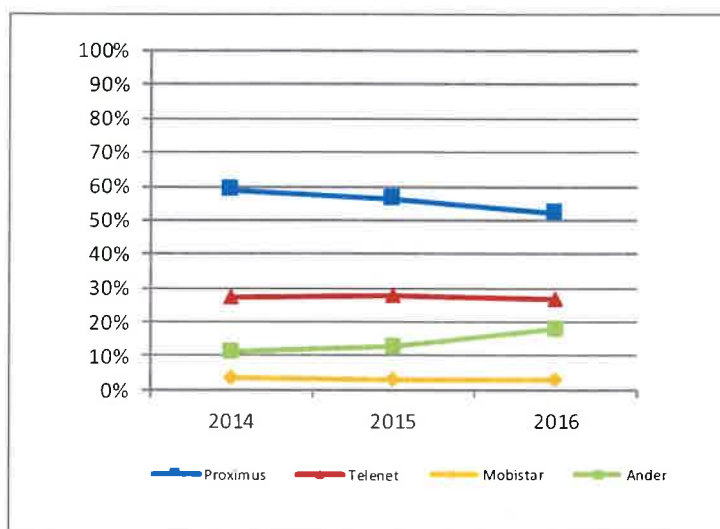


Uitgedrukt in omzet heeft Proximus een marktaandeel van meer dan 50%, terwijl Telenet volgt met enkele lengtes afstand (30%) en de overige operatoren het moeten stellen met elk minder dan 10%.

<sup>55</sup> Bestreden beslissing, randnr. 280.

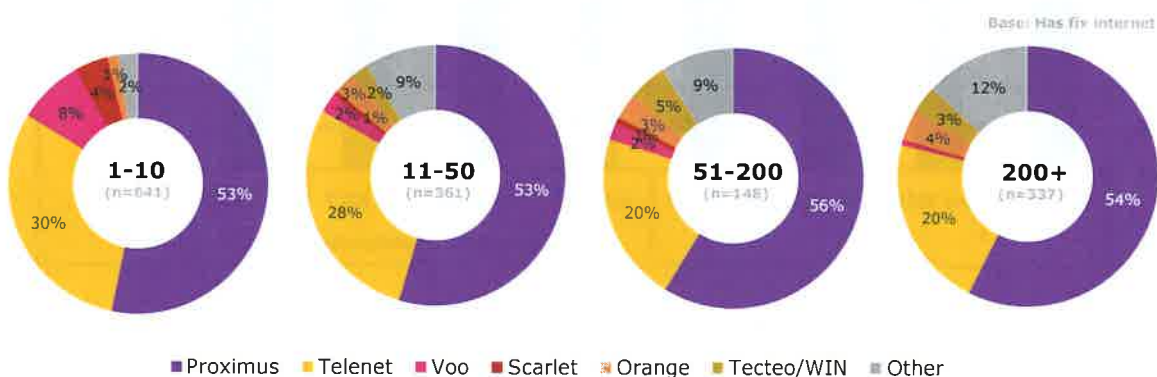
<sup>56</sup> Bron: Bestreden beslissing, figuur 25.

Figuur 14 - Marktaandelen in retailomzetcijfers op de niet-particuliere breedbandmarkt<sup>57</sup>



Uit een marktstudie van Beltug op basis van een enquête bij zakelijke klanten uitgevoerd door GfK in 2016 blijkt bovendien dat Proximus over de hele lijn dominant is in het B2B-segment, terwijl het marktaandeel van de kabeloperatoren kleiner is naarmate de bedrijven groter zijn (het getal in het centrum van het cirkeldiagram correspondeert met het aantal werknemers van de zakelijke klanten).<sup>58</sup>

Figuur 15 - Marktaandelen vast breedbandinternet bij zakelijke klanten<sup>59</sup>



43. Om te kunnen concurreren op de retailmarkt voor zakelijke gebruikers hebben Telenet en de andere kabeloperatoren bovendien toegang nodig tot het netwerk van Proximus. Op basis van hun eigen netwerk alleen zijn de kabeloperatoren namelijk niet in staat om te voldoen aan de behoeften van zakelijke klanten (en in het bijzonder van grote(re) bedrijven) om de volgende voornaamste redenen:

- De kabelnetwerken werden oorspronkelijk gebouwd om televisiesignalen te verdelen in woonzones en hebben geen of slechts beperkte dekking in industriezones en bedrijventerreinen.

<sup>57</sup> Bron: bestreden beslissing, figuur 28.

<sup>58</sup> Belgian Association of Digital Technology Leaders (Beltug), ICT Market Trends Survey, februari 2017, p. 16 (stuk 21).

<sup>59</sup> Bron: *ibidem*, slide 16 (stuk 21).

- De geografische fragmentering van de kabelnetwerken belet de kabeloperatoren om oplossingen aan te bieden aan ondernemingen die vestigingen hebben in het hele land, en dus ook buiten hun dekkingsgebied.
- De technische eigenschappen van de kabelnetwerken maken deze inherent minder geschikt voor B2B-diensten (zie verder hierover *infra*, randnrs. 180 ev.). Doordat het distributienetwerk van de kabelinfrastructuur gedeeld wordt, kan via de kabel namelijk alleen breedbandtoegang op een “*best efforts*” basis geboden worden.

De kabeloperatoren zijn dus afhankelijk van toegang tot het netwerk van de dominante operator Proximus om daadwerkelijk te kunnen concurreren op de retailmarkt voor zakelijke gebruikers.

### 4.3 De markt voor televisieomroep

44. 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.
45. Ten eerste is het aantal alternatieve transmissieplatformen toegenomen. Wanneer men het huidige televisielandschap in België overschouwt, stelt men vast dat de meest bekeken zenders<sup>60</sup> – namelijk de zenders van de openbare omroepen (VRT en RTBF) en van de commerciële omroepen (Medialaan, SBS/De Vijver Media, RTL, enz.) – niet alleen bekeken kunnen worden via de kabel en IPTV (Proximus/Scarlet), maar ook via satelliet (M7 Group/TV Vlaanderen/TéléSAT<sup>61</sup>), DVB-T(2) (TV Vlaanderen Antenne TV<sup>62</sup> en TéléSAT VacancesTV<sup>63</sup>) en online (VRT Nu,<sup>64</sup> RTBF Auvio,<sup>65</sup> Stievie,<sup>66</sup> RTLplay,<sup>67</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).
46. Ten tweede is het aantal analoge televisiekijkers verder afgekald. Liefst 92% van de 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:

---

<sup>60</sup> Zie <https://www.cim.be/nl/televisie/openbare-resultaten>.

<sup>61</sup> <https://www.tv-vlaanderen.be/satelliet-tv/basic-light/>.

<sup>62</sup> <https://www.tv-vlaanderen.be/antenne-tv/>.

<sup>63</sup> <https://www.telesat.be/tv-numerique/vacances-tv/>.

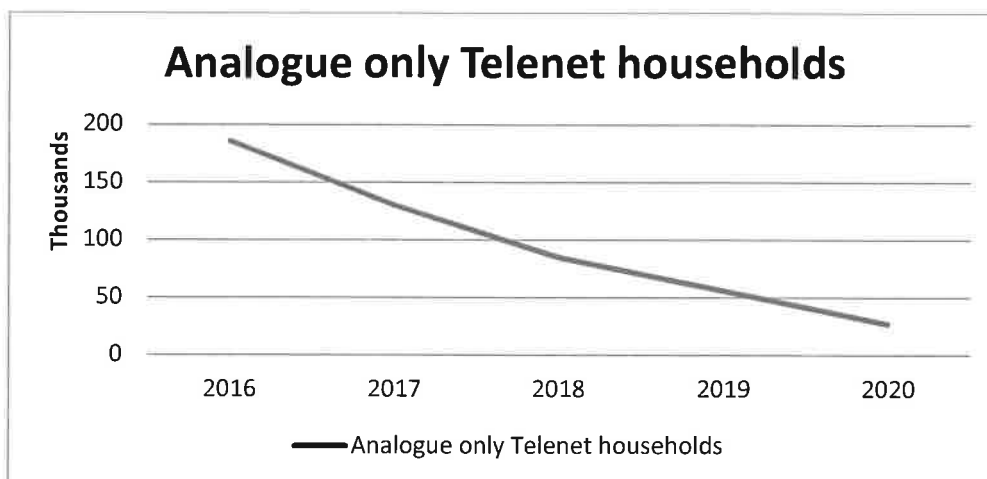
<sup>64</sup> <https://www.vrt.be/vrtnu/>.

<sup>65</sup> <https://www.rtbf.be/auvio/>.

<sup>66</sup> <https://stievie.be/>.

<sup>67</sup> <https://www.rtlplay.be/>.

Figuur 16 - Telenet abonnees met alleen analoge TV<sup>68</sup>



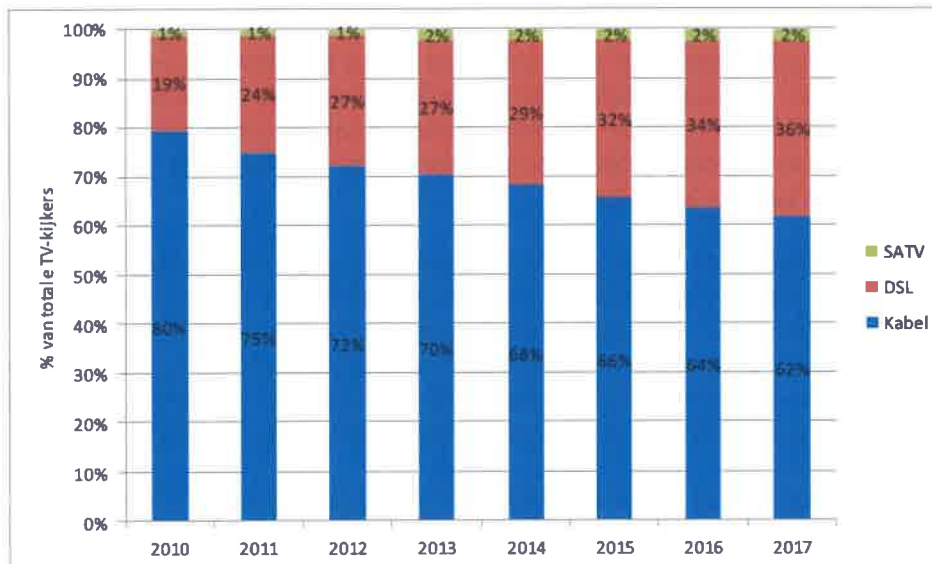
Dit bevestigt dat analoge televisie een uitstervende technologie is. Het zgn. concurrentievoordeel van analoge televisie, waar de in 2011 opgelegde regelgeving grotendeels zijn rechtvaardiging in vond, is in de afgelopen reguleringsperiode dus nog sterk afgenomen en zal alleen maar blijven dalen om uiteindelijk 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 wholesaletoeegang gevraagd heeft tot het analoge aanbod van de kabeloperatoren. Dit heeft Proximus niet belet zeer succesvol te zijn.

47. 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 het dekingsgebied van Telenet heeft Proximus een marktaandeel voor digitale televisie van ongeveer 30%. In Franstalig België heeft Proximus zelfs een marktaandeel van ongeveer 50% en overtreft zij de kabeloperatoren in het aantal digitale kijkers.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Bron: Telenet.

<sup>69</sup> Zie bestreden beslissing, figuren 81 en 82.

Figuur 17 - Aantal klanten per televisieplatform<sup>70</sup>



48. 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>71</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.
49. 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>72</sup>*

50. 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 (VRT Nu, RTBF Auvio, RTLplay, enz.) of door zich te abonneren op gratis of betaalde OTT-diensten (Stievie Free of Stievie Premium, Yelo Play, VOO Motion 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 ok op het klassieke televisietoestel worden gebruikt, weze het via geïntegreerde apps op een

<sup>70</sup> Bron: bestreden beslissing, figuur 71.

<sup>71</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 22).

<sup>72</sup> ACM, Rapportage Online videoplatforms onder de loep, 22 augustus 2017, p. 15 (stuk 23).

Smart TV, via gameconsoles of via streaming-apparaten zoals Google Chromecast of Apple TV.

51. 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.
52. 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>73</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>74</sup>

Figuur 18 - Manieren om TV te kijken<sup>75</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>76</sup>

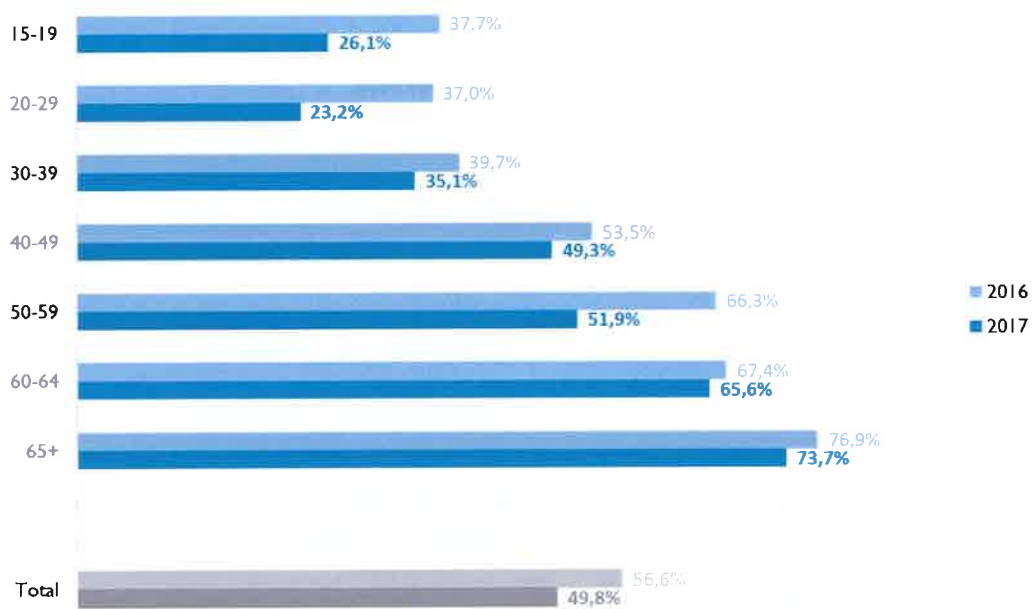
<sup>73</sup> IMEC, Digimeter 2017 (stuk 24).

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 82 (stuk 24).

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 84 (stuk 24).

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 82 (stuk 24).

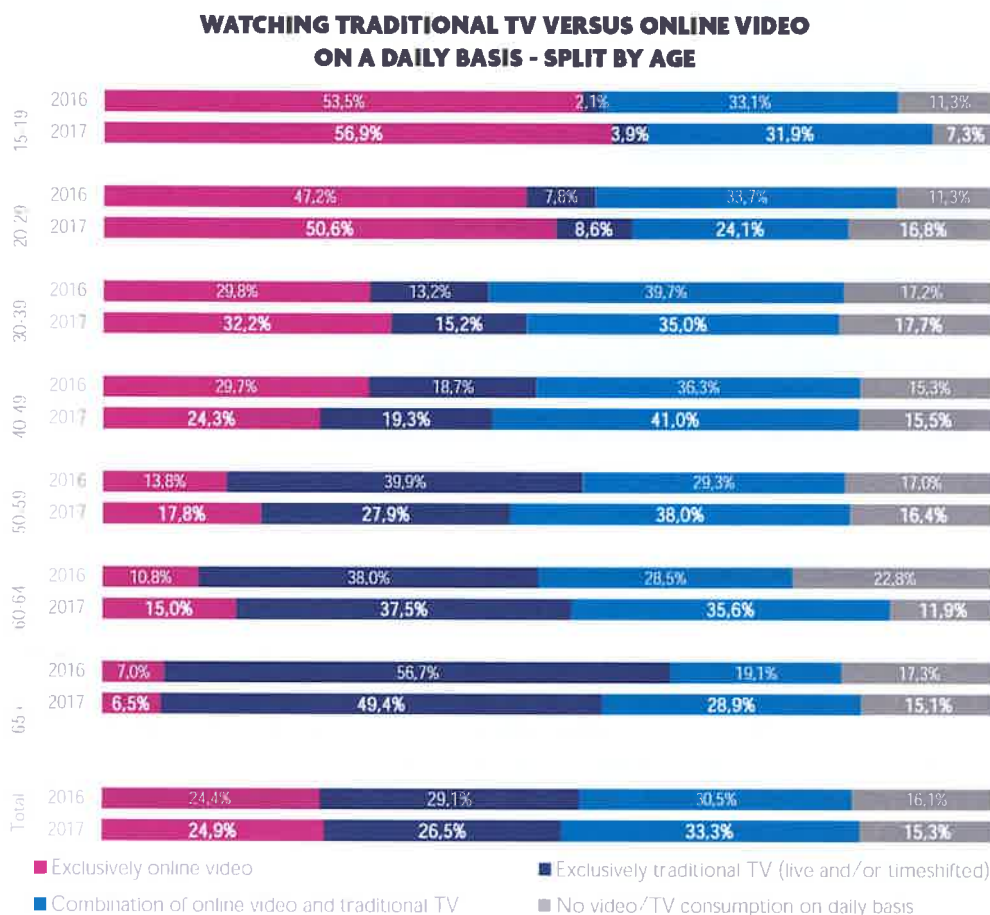
**Figuur 19 - Kijken live TV op dagelijkse basis - verdeling volgens leeftijdscategorieën<sup>77</sup>**



- 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>77</sup> Digimeter 2017, p. 84 (stuk 24).

**Figuur 20 - Kijken traditionele TV versus online video op dagelijkse basis - verdeling volgens leeftijdscategorieën<sup>78</sup>**



53. 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.

#### 4.4 Overzicht van de marktanalyses van de CRC

##### 4.4.1 Breedbandmarkten

54. In haar vorige analyse van de breedbandmarkten (2011)<sup>79</sup> heeft de CRC een nationale retailmarkt voor breedbanddiensten gedefinieerd en daartoe de breedband-internettoegang gerekend via zowel het kopernetwerk van Proximus als via de kabelnetwerken. Deze markt werd verder gesegmenteerd in markten voor particuliere en niet-particuliere (zakelijke) aanbiedingen. Vervolgens heeft de CRC een wholesalemkt voor ontbundelde toegang geïdentificeerd, beperkt tot het netwerk van

<sup>78</sup> Digimeter 2017, p. 88 (stuk 24).

<sup>79</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten (stuk 25).

Proximus, omdat ontbundelde toegang tot de kabelnetwerken technisch en economisch niet haalbaar is. Verder stroomafwaarts in de toeleveringsketen heeft de CRC een markt voor wholesalebreedbandtoegang geïdentificeerd. Ook hier heeft de CRC besloten dat de kabel niet tot de relevante markt behoorde, zowel om technische redenen als wegens de geografische fragmentering van de kabelnetwerken. Beide wholesalemarkten (corresponderend met markten 4 en 5 van de Aanbeveling van 2007) werden aldus beperkt tot het DSL-platform van Proximus. Er werd geen relevante markt voor wholesaletoegang tot de kabel weerhouden.<sup>80</sup> In het kader van de parallelle analyse van de omroepmarkten werd aan de kabeloperatoren wel een verplichting opgelegd tot doorverkoop van breedband, als accessorium bij de verplichting om toegang te geven tot het digitale televisieplatform, teneinde alternatieve operatoren toe te laten om te concurreren met de bundels van de kabeloperatoren die televisie met breedband combineren.

55. In haar nieuwe marktanalyse (2018) concludeert de CRC opnieuw dat zowel internettoegang via het koper- en glasvezelplatform van Proximus als via de kabel tot de relevante kleinhandelsmarkt behoren en dat er een onderscheid moet gemaakt worden tussen particuliere en niet-particuliere aanbiedingen. De CRC laat echter de geografische afbakening van de markt open, daar zij beschouwt dat er zowel factoren zijn die pleiten voor een nationale marktdefinitie als factoren die pleiten voor een segmentering per dekkingsgebied van de kabeloperatoren. De CRC wijkt hiermee niet alleen af van haar eigen vroegere beslissingspraktijk (en van de beslissingspraktijk van het BIPT), maar ook van de beslissingspraktijk van de NRI's van de andere lidstaten.<sup>81</sup> Telenet (net als in het verleden het BIPT en de CRC zelf) beschouwt dat de aanwezigheid op de markt van Proximus, met nationale retailsaanbiedingen en dito retailprijzen, zorgt voor een uniforme prijsdwang in de markt, zodat de markt nationaal is.
56. Op wholesaleniveau onderzoekt de CRC eerst de meest stroomopwaartse markt, namelijk de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau (markt 3a van de Aanbeveling van 2014, corresponderend met markt 4 van de Aanbeveling van 2007). De CRC besluit dat dit een nationale markt is die zich beperkt tot de koper- en glasvezelinfrastructuur van Proximus. Telenet is het eens met deze analyse. Zoals recente studies van WIK Consult voor ACM en Comreg<sup>82</sup> aantonen, is lokale/ontbundelde toegang tot de kabel vandaag en in de voorzienbare toekomst immers technisch en economisch niet haalbaar. Op dit punt is er dus geen reden om af te wijken van de vroegere beslissingspraktijk van de CRC (en eerder het BIPT). Het is evenmin noodzakelijk een aparte markt voor lokale toegang tot de kabel op wholesaleniveau te definiëren, aangezien externe levering van dergelijke toegang onmogelijk is. In de ontwerpbeslissing die in 2017 ter openbare raadpleging werd voorgelegd, beschouwde de CRC dat virtuele ontbundelde toegang (VULA<sup>83</sup>) tot de

---

<sup>80</sup> Nadat het hof van beroep in zijn arrest van 3 december 2014 (Brussel (18<sup>de</sup> k.) 3 december 2014, 2011/AR/2421, pt. 139) geoordeeld had dat de CRC had moeten motiveren dat de aan Proximus opgelegde verplichtingen ook proportioneel waren zelfs indien de CRC een (notionele) markt voor wholesaletoegang tot de kabel geïdentificeerd had, heeft de CRC op 18 december 2014 een vernieuwingsbesluit aangenomen waarin deze motivering werd toegevoegd. Dit herstelbesluit werd op zijn beurt vernietigd door het hof van beroep bij arrest van 29 juni 2016, maar om andere redenen.

<sup>81</sup> Zie hierover in meer detail randnrs. 146 e.v. infra.

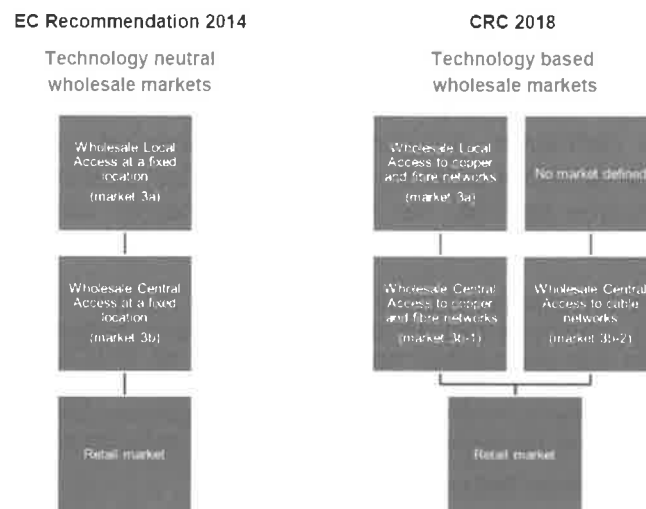
<sup>82</sup> WIK Consult, Options for wholesale access to Cable-TV networks with focus on VULA, studie voor ACM, 5 februari 2015 (stuk 26); WIK Consult, Technical feasibility of providing wholesale broadband access over a cable TV infrastructure (EC Market 3), studie voor Comreg, februari 2016 (stuk 27); WIK Consult, Study into the current and future technological access options to all fixed telecommunication infrastructures in the Netherlands, studie voor ACM, 30 juni 2017 (stuk 28).

<sup>83</sup> VULA: "Virtual Unbundled Local Access".

markt voor centrale toegang behoorde. Daarmee ging de CRC in tegen de aanbevelingen van de Europese Commissie en de constante praktijk van de NRI's van de lidstaten. Na de openbare raadpleging heeft de CRC de beslissing op dit punt aangepast en VULA opgenomen in de markt voor lokale toegang (markt 3a). Telenet beschouwt dat dit terecht is, daar toegang op basis van VULA een alternatieve operator een hogere graad van controle toelaat dan centrale ("bitstream" en vergelijkbare) toegang. Overigens bevestigen de reeds aangehaalde studies van WIK dat VULA op de kabel tijdens de beoordelingsperiode en voor de voorzienbare toekomst technisch en economisch niet haalbaar is.

57. De CRC besluit dat Proximus AMM heeft op de markt voor lokale toegang en legt Proximus dus een aantal regelgevende verplichtingen op. Proximus moet in het bijzonder zowel fysieke als virtuele (VULA) toegang verschaffen tot haar koper- en glasvezelnetwerken. Voor de toegang tot het kopernetwerk moet Proximus (zoals voorheen) kostengeoriënteerde prijzen toepassen. Voor de nieuwe toegangsvormen (nl. fysieke toegang tot glasvezel en VULA) moet Proximus "billijke prijzen" toepassen. Deze billijke prijzen zijn in essentie kostengebaseerde prijzen die een billijke winstmarge en een risico- of investeringspremie omvatten. De naleving van de verplichting om billijke prijzen te hanteren zou geverifieerd worden aan de hand van een kostenmodel van het type "bottom-up LRIC".<sup>84</sup>
58. Wat de volgende groothandelsmarkt in de toeleveringsketen betreft, namelijk de markt voor centrale toegang (markt 3b van de Aanbeveling van 2014, corresponderend met markt 5 van de Aanbeveling van 2007), concludeerde de CRC in de ontwerpbeslissing die in de zomer van 2017 ter openbare raadpleging werd voorgelegd, dat deze opgesplitst moest worden in twee platform-specifieke markten: enerzijds een markt "3b-1" voor centrale toegang die onder de ITU SG15-standaardisering valt (d.w.z. centrale toegang tot het koper- en glasvezelplatform van Proximus), en anderzijds een markt voor centrale toegang die onder de CableLabs-standaardisering valt (d.w.z. centrale toegang tot de kabelnetwerken). Deze marktdefinitie wijkt af van de Aanbeveling van 2014 en de AMM-richtsnoeren van 2018, die een technologie neutrale benadering tot de marktdefinitie voorschrijven (zie figuur).

Figuur 21 - Technologie neutrale versus platformspecifieke groothandelsmarkten



<sup>84</sup> In tegenstelling tot wat het geval is voor centrale toegang tot het kabelnetwerk, legt de CRC in dit geval geen tijdelijke wholesaleprijzen vast die zouden gelden in afwachting van het uitwerken van dit kostenmodel.

Bovendien beschouwde de CRC dat er op wholesaleniveau, in tegenstelling tot op retailniveau, geen aparte markten voor wholesaleproducten ter ondersteuning van retailproducten voor particuliere en niet-particuliere retailproducten moesten onderscheiden worden, omdat er substitueerbaarheid aan de aanbodzijde zou bestaan. Gelet op deze marktdefinitie is het weinig verassend dat de daaropvolgende AMM-analyse de CRC tot de conclusie leidde dat Proximus en de kabeloperatoren elk AMM hebben in hun respectievelijke markten. De CRC legde bijgevolg zowel aan Proximus als aan de kabeloperatoren regelgevende verplichtingen op. Proximus moet centrale toegang leveren tot haar kopernetwerk aan kostengeoriënteerde prijzen en tot haar glasvezelnetwerk aan "billijke prijzen", terwijl de kabeloperatoren centrale toegang moeten leveren tot hun netwerken aan "billijke prijzen". In afwachting van het uitwerken van een kostenmodel (van het type "bottom-up LRIC") legt de CRC bovendien "tijdelijke" wholesaleprijzen vast voor de toegang tot de kabelnetwerken, gebaseerd op de huidige "retail minus"-tarieven van Brutélé.

59. Zoals hoger al vermeld heeft de CRC in de definitieve beslissing (dus na de openbare raadpleging) hieraan een alternatieve, zgn. "aanvullende" analyse toegevoegd. Deze analyse strekt ertoe aan te tonen dat, zelfs indien de CRC een technologie neutrale definitie van markt 3b weerhouden had, en dus zowel het Proximus-platform als het kabelplatform tot de relevante markt had gerekend, niettemin dezelfde regelgevende verplichtingen gerechtvaardigd zouden zijn. Ondanks het feit dat Proximus zowel op retail- als op wholesaleniveau een nationaal uniform commercieel beleid voert, besluit de CRC namelijk dat ook in dit geval de markt geografisch moet opgedeeld worden volgens de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren. De CRC beschouwt dat op deze markten Proximus en de kabeloperatoren gezamenlijk AMM zouden hebben. Volgens de CRC betekent dit dat dezelfde correctiemaatregelen gerechtvaardigd zijn.
60. Telenet is van oordeel dat deze marktdefinities en AMM-analyses fundamenteel gebrekkig zijn. De relevante markt moet, conform de aanbevelingen van de Commissie, technologie neutraal gedefinieerd worden en is bovendien nationaal gelet op de uniforme prijsdruk die uitgaat van de Proximus-aanbiedingen. Indien de markt op deze manier gedefinieerd wordt is het evident dat de kabeloperatoren geen AMM hebben, noch individueel, noch gezamenlijk met Proximus. De CRC erkent zelf dat centrale toegang tot het Proximus-platform en centrale toegang tot de kabel functionele substituten zijn van elkaar. En zoals ook de Europese Commissie in haar commentaar op de CRC-beslissing heeft aangestipt, doet de manier waarop de CRC de SSNIP-test heeft toegepast ernstige methodologische vragen rijzen, niet in het minst omdat er teveel gewicht wordt gegeven aan de overstapkosten waarmee een bestaande begunstigde van toegang zou geconfronteerd worden, en er niet of onvoldoende rekening mee wordt gehouden dat een nieuwkomer op de markt helemaal geen overstapkosten zou hebben.
61. Bovendien is het niet correct om wholesaleproducten ter ondersteuning van particuliere en niet-particuliere retailaanbiedingen tot dezelfde markt te rekenen. Ten eerste is markt 3b volgens de Aanbeveling van 2014 de markt voor centrale toegang voor *massaproducten*. Hoogwaardige wholesaleproducten die geschikt zijn ter ondersteuning van retailproducten voor de zakelijke markt horen thuis in markt 4 van de Aanbeveling en niet in markt 3b. Wholesaleproducten met "hoogwaardige" kenmerken (zoals gegarandeerde QoS<sup>85</sup>, lage overoekingsfactoren ("*contention ratios*"), symmetrische download- en uploadsnelheden) kunnen enkel geleverd worden via het Proximus-platform, aangezien het distributiedeel van de kabelinfrastructuur

---

<sup>85</sup> QoS: "Quality of Service".

een gedeeld medium is en toegang daarom enkel op een “*best efforts*” basis kan verschaft worden. Hoe dan ook, indien groothandelsproducten ter ondersteuning van zakelijke retailaanbiedingen toch tot markt 3b gerekend zouden mogen worden, dan is het gepast om op wholesaleniveau de marktsegmentering op retailniveau te weerspiegelen en dus afzonderlijke markten voor groothandelsproducten ter ondersteuning van particuliere en niet-particuliere retailaanbiedingen te definiëren. Anders kunnen de grote verschillen in marktstructuur en machtsverhoudingen tussen het zakelijke en residentiële segment immers niet gecapteerd worden in de AMM-analyse op wholesaleniveau (zie randnr. 216).

62. Het is ook te kort door de bocht om te beschouwen dat “het niet uitmaakt” op basis van welke schadetheorie – individuele of gezamenlijke AMM – de operatoren gereguleerd worden. Het proportionaliteitsbeginsel vereist dat de correctiemaatregelen afgestemd worden op de aard van het geïdentificeerde probleem en zich beperken tot wat strikt noodzakelijk is om dat probleem te remediëren. Een situatie van gezamenlijke AMM vergt andere – minder ingrijpende – maatregelen dan een situatie van individuele AMM, aangezien de marktstructuur zich dan al leent tot concurrentie en het dus volstaat om het collusief evenwicht tussen de AMM-operatoren aan het wankelen te brengen (zie derde middel).
63. Hoe dan ook zijn de in markt 3b opgelegde symmetrische regelgevende verplichtingen totaal niet gerechtvaardigd, of toch minstens disproportioneel. Op retailniveau wordt de markt voor residentiële (particuliere) aanbiedingen immers gekenmerkt door sterke (infrastructuur)concurrentie tussen Proximus en de kabeloperatoren. Bovendien zijn er gereguleerde wholesaleproducten beschikbaar op markt 3a die alternatieve operatoren toelaten om de concurrentie aan te gaan op retailniveau. In het bijzonder het invoeren van een VULA-verplichting zou de drempel om via lokale toegang de retailmarkt te betreden moeten verlagen. Telenet beschouwt dus dat de retailmarkt voor breedbandinternet, althans wat het residentiële segment betreft, neigt naar daadwerkelijke concurrentie en dat de regelgeving op markt 3a in elk geval volstaat om daadwerkelijke concurrentie op de retailmarkt mogelijk te maken. Er is dus zeker geen reden om de regelgevende intensiteit op de markt voor centrale toegang nog te verhogen door nu ook aan de kabeloperatoren regelgevende verplichtingen op te leggen, maar integendeel eerder om de regelgevende verplichtingen die in het verleden aan de historische operator zijn opgelegd te verlichten.
64. Meer algemeen gesteld kan de benadering van de CRC niet gevolgd worden omdat deze voor gevolg heeft dat toegenomen infrastructuurconcurrentie vanwege de kabel paradoxaal genoeg leidt tot *meer* in plaats van *minder* regelgevende interventie en leidt tot zichzelf bestendige reglementering, hetgeen strijdig is met de doelstellingen van het regelgevend kader.

#### 4.4.2 Omroepmarkten

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

66. 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 technologie-neutraal gedefinieerd moet worden en dus in beginsel alle functioneel gelijk(w)aardige transmissieplatformen moet omvatten. Bovendien is zoals hierboven al vermeld (zie randsnrs. 48 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.
67. 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. Wederom is deze conclusie gebaseerd op de overstapkosten waarmee een bestaande begunstigde van toegang zou geconfronteerd worden. Ook hier had de CRC de analyse 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, is het opmerkelijk dat de CRC in dit geval besluit dat wholesaletoeegang tot kabeltelevisie en wholesaletoeegang 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 (zie het elfde middel hierna).
68. Aangezien de CRC de wholesalemarkt net als de retailmarkt segmenteert volgens de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren, is het geen verrassing dat elke kabeloperator als operator met AMM wordt aangeduid in zijn respectieve markt en dus onderworpen wordt 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.
69. 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 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 gerekend worden, moet er (zoals benadrukt door de Commissie in de nieuwe AMM-richtsnoeren) in elk geval rekening mee gehouden worden. Deze diensten oefenen namelijk een “zijdelingse concurrentiedruk” uit op de markt voor “klassieke” televisiediensten, aangezien zij meedingen naar de schaarse kijktijd en het beperkte

budget van de consument.

70. Wat de regelgevende verplichtingen betreft, is het zoals al aangegeven ongerechtvaardigd dat Proximus hier buiten schot blijft terwijl de kabeloperatoren wel gereguleerd worden 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>86</sup> is om enkel de eenheidstarieven over te nemen (zie twaalfde middel).

---

<sup>86</sup> Kiezen wat het best uitkomt.

## 5 TEN GRONDE

### 5.1 Overzicht van de middelen

71. 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 16-18), zet Telenet hierna de volgende middelen uiteen die de gehele of minstens gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissingen rechtvaardigen:

- Eerste middel: Schending van de consultatieverplichting doordat de CRC nieuwe wholesalemarkten heeft gedefinieerd, AMM analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder een nieuwe openbare raadpleging te houden (zie afdeling 5.2);
- Tweede middel: Schending van de verplichting om de Belgische Mededingingsautoriteit te raadplegen doordat de CRC nieuwe wholesalemarkten heeft gedefinieerd, AMM analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder de Belgische Mededingingsautoriteit opnieuw te raadplegen (zie afdeling 5.3);
- Derde middel: Motiveringsgebrek, schending van de zorgvuldigheidsplicht en schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn doordat de bestreden beslissing gemotiveerd wordt op basis van twee onderling onverenigbare analyses (zie afdeling 5.4);
- Vierde middel: Manifeste beoordelingsfout, schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), miskennis van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC in haar zgn. "hoofdanalyse" de markt voor centrale toegang ten onrechte opdeelt in platformspecifieke markten en hieruit ten onrechte besluit dat de kabeloperatoren als operatoren met AMM moeten aangeduid worden (afdeling 5.5);
- Vijfde middel: Manifeste beoordelingsfout, miskennis van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC in haar analyse van gezamenlijke AMM vertrekt van een onjuiste geografische marktafbakening en de *Airtours*-criteria niet correct toepast (zie afdeling 5.6);
- Zesde middel: Miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn en schending van de motiveringsplicht doordat de CRC onvoldoende heeft rekening gehouden met de stroomopwaarts beschikbare wholesaleproducten (zie afdeling 5.7);
- Zevende middel: Schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn en artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de op zichzelf staande verplichting tot breedbandtoegang en de verplichting inzake toegang tot de QoS-mechanismen in EuroDOCSIS nodig voor vaste telefonie niet noodzakelijk zijn om alternatieve operatoren toe te laten te concurreren op de retailmarkt en doordat er één tarief wordt vastgesteld voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps (zie afdeling 5.8);

- Achtste middel: Manifeste beoordelingsfout en schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn en artikel 8(5) van de Kaderrichtlijn en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC geen afzonderlijke markt definieert voor het zakelijke segment en de regelgevende verplichtingen voor de kabeloperatoren niet beperkt tot het consumentensegment (zie afdeling 5.9);
- Negende middel: Manifeste beoordelingsfout en schending van het proportionaliteitsbeginsel en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC de mogelijkheden van Telenet beperkt om toegang te hebben tot het netwerk van Proximus met het oog op het verlenen van diensten aan zakelijke klanten (zie afdeling 5.10);
- Tiende 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 (zie afdeling 5.11);
- Elfde 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 5.12);
- Twaalfde middel: Schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe doordat de tarieven voor de wholesaletoeegang tot de kabel steunen op een ongerechtvaardigde afstemming op de tarieven van Brutélé en vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk (zie afdeling 5.13);
- Dertiende 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 5.14).

**5.2 Eerste middel: Schending van de consultatieverplichting (artikelen 6, 7 en 16(6) van de Kaderrichtlijn; artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn; artikel 55, §1, 2<sup>de</sup> lid en 140 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie; artikel 60 van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad) doordat de CRC nieuwe wholesalemarkten heeft gedefinieerd, AMM-analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder een nieuwe openbare raadpleging te houden**

*5.2.1 Korte weergave van het middel*

72. 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 55, §1, 2<sup>de</sup> lid en 140 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie; artikel 60 van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad). De uiteindelijk aangenomen beslissing verschilt immers wezenlijk van de ontwerpbeslissingen waarover een openbare raadpleging werd gehouden, in het bijzonder door de toevoeging van:

- Een bijkomende “alternatieve” definitie en AMM-analyse van de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau (markt 3b), waarbij Proximus en de kabeloperatoren als gezamenlijk dominant (AMM) worden aangeduid op een markt die alle platformen omvat (zowel kabel als glasvezel- en kopernetwerken) in plaats van als individueel dominant op platform-specifieke markten;
- 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).

73. Bijgevolg werd over één van de in de definitieve beslissing in aanmerking genomen wholesalemarkten en 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 een nieuwe markt wordt gedefinieerd, een nieuwe AMM-aanduiding wordt gedaan, of nieuwe correctiemaatregelen worden opgelegd.
74. 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

75. Artikel 16(1) van de Kaderrichtlijn voorziet de verplichting voor de NRIs om – in samenwerking met de mededingingsinstanties – de vereiste marktanalyses uit te voeren.
76. 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.”*

77. 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.
78. Ook artikel 8(4), tweede zin van de Toegangsrichtlijn bepaalt dat regelgevende verplichtingen alleen opgelegd worden na overleg zoals bedoeld in de artikelen 6 en 7 van de Kaderrichtlijn.
79. 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.”

80. 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.

81. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd door de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht van 2002<sup>87</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>88</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 Commissie wat dit betreft gewijzigd is.<sup>89</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*

---

<sup>87</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>88</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>89</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.

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.”

82. Voor zover nodig bevestigen de oude AMM richtsnoeren dus dat een nieuwe openbare raadpleging vereist is 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

83. Artikel 55, §1, tweede lid van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bepaalt dat het BIPT de marktanalyses uitvoert “*overeenkomstig de artikelen 140 tot 143/1*”. Artikel 140, eerste lid bepaalt dat het BIPT een voorafgaande openbare raadpleging moet organiseren “*voorzover een ontwerpbeslissing van het Instituut aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor een relevante markt*”. Artikel 60 van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad bevat een gelijkaardige bepaling.
84. Uw Hof heeft geoordeeld dat deze nationale bepalingen dezelfde draagwijdte hebben als de bepalingen van de richtlijn.<sup>90</sup>

#### 5.2.2.3 Toepassing op deze zaak

85. Zoals hierboven aangegeven heeft de CRC na de openbare raadpleging een nieuwe alternatieve marktdefinitie toegevoegd aan de ontwerpbeslissing.
- In de ontwerpbeslissing die ter raadpleging werd voorgelegd bakende de CRC twee platform specifieke markten af, met name een markt die was beperkt tot het glasvezel en koperplatform van Proximus (markt 3.1.a) en een markt die was beperkt tot de kabelplatformen van de kabeloperatoren (markt 3.1.b). In de ontwerpbeslissing die aan de Europese Commissie werd voorgelegd en in de besteden beslissing, werd een nieuwe alternatieve marktdefinitie opgenomen, met name een markt die alle platformen omvat (zowel koper, glasvezel als kabel).

**Over deze marktdefinitie en de redenen daarvoor werd geen enkele raadpleging gehouden.**

- In de ontwerpbeslissing die ter raadpleging werd voorgelegd werden Proximus en de kabeloperatoren elk afzonderlijk aangeduid als AMM operator op hun respectieve platformspecifieke markt. In de ontwerpbeslissing die aan de Europese Commissie werd voorgelegd en in de besteden beslissing, worden Proximus en de kabeloperatoren aangeduid als partijen die gezamenlijk AMM

<sup>90</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*”.

hebben.

**Over de redenen en het bewijsmateriaal voor deze aanduiding als gezamenlijke AMM operatoren werd geen enkele raadpleging gehouden.**

- 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 besteden beslissing, wordt nog een andere methode weerhouden.

**Over deze methode voor de bepaling van de wholesaletarieven werd geen enkele raadpleging gehouden.**

86. 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 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 geen fundamenteel bezwaar heeft gemaakt bij de definitie van twee aparte, platformspecifieke markten voor centrale toegang op wholesaleniveau (een markt voor de koper- en glasvezelnetwerken, en een markt voor de kabelnetten).<sup>91</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 gepleit voor een aanduiding van Proximus en de kabeloperatoren als gezamenlijk dominant op een technologie neutrale markt voor centrale toegang op wholesaleniveau. Evenmin heeft enige respondent ervoor gepleit om de “retail minus”-tarieven van Brutélé te gebruiken als maatstaf voor de groothandelstarieven tijdens de overgangperiode.

87. Net als de verplichting om de BMA en de Europese Commissie te raadplegen,<sup>92</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.

88. Het middel is derhalve gegrond.

**5.3 Tweede middel: Schending van de verplichting om de Belgische Mededingingsautoriteit te raadplegen doordat de CRC nieuwe wholesalemakten heeft gedefinieerd, AMM analyses heeft gedaan en wholesaletarieven heeft bepaald, zonder de Belgische Mededingingsautoriteit opnieuw te raadplegen**

<sup>91</sup> Zie ontwerpbeslissing (BIPT), bijlage L, afdeling L.2.

<sup>92</sup> Cf. Brussel (6<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.

### 5.3.1 Korte weergave van het middel

89. Zoals reeds uiteengezet bij het eerste middel (*supra*, afdeling 5.2), heeft de CRC de ontwerpbeslissingen nog ingrijpend gewijzigd na de openbare raadpleging en voor de aanmelding van de ontwerpbeslissingen bij de Commissie. Voor zover Telenet kan afleiden uit de bestreden beslissing werden deze wijzigingen, die de marktdefinitie, de AMM-aanduiding en de opgelegde verplichtingen betreffen, bovendien pas gemaakt na de raadpleging van de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA). Aangezien Telenet geen tijdige toegang heeft gekregen tot het administratief dossier is het haar niet mogelijk geweest om dit *in concreto* te bevestigen.
90. Door na het aanbrengen van deze wijzigingen de BMA niet opnieuw te raadplegen, heeft de CRC de verplichting om de BMA te raadplegen geschonden (artikel 55, §§4 en 4/1 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en artikel 44, §4 van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad).
91. De raadpleging van de BMA betreft een substantieel vormvoorschrift, waarvan de miskennis de nietigheid van de beslissing tot gevolg heeft.

### 5.3.2 Uiteenzetting van het middel

92. Artikel 55, §3 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bepaalt dat “wanneer het Instituut vaststelt dat een markt niet daadwerkelijk concurrentieel is, [...] het overeenkomstig §4 elke operator [identificeert] die op die markt afzonderlijk of gezamenlijk met één of meer andere operatoren over een sterke machtspositie beschikt, en [...] het tot de oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen als beschreven in de artikel en 58 tot 65/1, [beslist] die het gepast acht”. Artikel 55, §4 bepaalt dat voor beslissingen van het Instituut waarvoor naar deze paragraaf verwezen wordt, het Instituut vooraf overleg pleegt met de BMA.
93. Artikel 44, §3 van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad bevat gelijkkluidende bepalingen (art. 44, §§3-4).
94. Dit betekent dat de regulator vooraf het advies moet inwinnen van de BMA voor elke ontwerpbeslissing waarin één of meer operatoren worden aangeduid als operatoren met AMM op een relevante markt. *In casu* werd de oorspronkelijke ontwerpbeslissing gewijzigd door de toevoeging van een nieuwe AMM-aanduiding (nl. de aanduiding van Proximus en de kabeloperatoren als gezamenlijk dominant in plaats van individueel dominant) op een anders gedefinieerde markt (nl. een ruime, technologie-neutrale markt voor centrale toegang in plaats van afzonderlijke platform-specifieke markten). De BMA had vooraf over deze wijziging geraadpleegd moeten worden, te meer daar de wijziging niet louter werd aangebracht om rekening te houden met de opmerkingen van de BMA over de oorspronkelijke ontwerpbeslissing. De BMA heeft immers geen fundamenteel bezwaar gemaakt tegen de marktdefinitie en AMM-analyse in de oorspronkelijke beslissing.<sup>93</sup>
95. Het gevolg is dat de definitieve beslissing een marktdefinitie en AMM-aanduiding bevat waarover de BMA zich niet heeft kunnen uitspreken. Dit vormt een duidelijke miskennis van voormelde bepalingen.

---

<sup>93</sup> Bestreden beslissing, bijlage L.

96. De omstandigheid dat de betrokken wijzigingen pas werden aangebracht nadat de beslissing aanhangig was gemaakt bij de CRC, doet geen afbreuk aan de verplichting om de BMA opnieuw te raadplegen. Uw Hof heeft al geoordeeld dat de CRC een orgaan is dat conform artikel 92bis, §1 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 op de hervorming van de instellingen werd opgericht met het oog op de gezamenlijke uitoefening van de bevoegdheden van de regulatoren en dat een beslissing van de CRC in feite een beslissing is van de verschillende regulatoren handelend in overleg met elkaar.<sup>94</sup> Dit betekent dat de procedurele vereisten die gelden voor de beslissingen van de afzonderlijke regulatoren, waaronder in het bijzonder de verplichting om de BMA te raadplegen, eveneens gelden voor beslissingen van de CRC.
97. Uw Hof heeft al meermaals geoordeeld dat het overleg met de BMA een substantieel vormvoorschrift is, waarvan de schending de nietigheid van de akte tot gevolg heeft.<sup>95</sup>
98. Het middel is derhalve gegrond.

#### **5.4 Derde middel: Motiveringsgebrek, schending van de zorgvuldigheidsplicht en schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn doordat de bestreden beslissing gemotiveerd wordt op basis van twee onderling onverenigbare analyses**

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

99. Door in de bestreden beslissing met betrekking tot de bevoegdheden van het BIPT twee verschillende, met elkaar onverenigbare marktdefinities en AMM-analyses met betrekking tot dezelfde markt (nl. de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau, markt 3b) op te nemen, heeft de CRC de verplichting geschonden om de beslissing op afdoende, coherente en ondubbelzinnige wijze te motiveren alsook het voorschrift van artikel 8(4) van Toegangsrichtlijn dat de verplichtingen op de aard van het geconstateerde probleem gebaseerd moeten zijn en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn proportioneel moeten toegepast en gerechtvaardigd worden.
100. Minstens moet vastgesteld worden dat een motivering op basis van twee onderling onverenigbare schadetheorieën geen rechterlijke controle toelaat van de gepastheid en proportionaliteit van de opgelegde verplichtingen ten opzichte van het geconstateerde probleem.

##### *5.4.2 Uiteenzetting van het middel*

###### *5.4.2.1 Toepasselijke bepalingen en beginselen*

101. Elke bestuurshandeling moet berusten op pertinente en zowel wettelijk als feitelijk aanvaardbare motieven, ook wanneer het bestuur een ruime beoordelingsvrijheid (appreciatiemarge) heeft.<sup>96</sup> De motiveringsplicht heeft twee aspecten: de materiële en formele motiveringsplicht. De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere

---

<sup>94</sup> Brussel (18<sup>de</sup> k.) 4 september 2012, 2011/AR/2289-2290-2291, ptn. 94-95; Brussel (18<sup>de</sup> k.) 6 november 2012, 2011/AR/2261-2263-2264-2265-2266-2375-2377, ptn. 111-112.

<sup>95</sup> 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>96</sup> J. Salmon, J. Jaumotte en E. Thibaut, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, nr. 371.

administratieve rechtshandeling op motieven moet steunen waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen.<sup>97</sup> De formele motiveringsplicht houdt de wettelijke verplichting in om de materiële motivering in het besluit zelf op te nemen. De bestreden beslissing valt binnen het toepassingsgebied van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen. Conform artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen moeten administratieve rechtshandelingen met individuele strekking die rechtsgevolgen hebben voor één of meer bestuurden uitdrukkelijk worden gemotiveerd. Deze motivering moet "afdoend" zijn (artikel 3 van dezelfde wet). Dit wil zeggen dat de motieven duidelijk, concreet, nauwkeurig, draagkrachtig, waarheidsgetrouw en gestaafd dienen te zijn door de stukken van het administratief dossier. Een afdoende motivering is een motivering die de betrokkene in staat stelt te begrijpen op grond van welke feitelijke en juridische gegevens deze beslissing is genomen. De motivering moet ook voldoende zijn om zich ten aanzien van de motieven te kunnen verdedigen en om eventueel een zinvol beroep te kunnen instellen.<sup>98</sup>

102. Volgens vaste rechtspraak van Uw Hof moet elke administratieve rechtshandeling steunen op motieven die in feite en in rechte juist, pertinent en toelaatbaar zijn. De ingeroepen motieven moeten ook kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig zijn.<sup>99</sup>
103. De motivering moet duidelijk zijn, d.w.z. duidelijk en concreet de redenen doen kennen die haar kunnen verantwoorden. Wanneer de motivering dubbelzinnig is, is het noch voor de rechtzoekende, noch voor de beroepsinstantie mogelijk om precies te weten op grond van welke motieven het bestuur de betrokken beslissing nam. In dat geval moet de beslissing vernietigd worden.<sup>100</sup> De motieven mogen ook niet tegenstrijdig zijn. Een kennelijke tegenspraak in de motieven staat gelijk met een gemis van motivering, en is dus eveneens een grond voor vernietiging.<sup>101</sup> Een onduidelijke, dubbelzinnige en/of contradictoire motivering maakt immers elke rechterlijke controle van de juistheid, pertinentie en draagkrachtigheid van de motieven onmogelijk.
104. Artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn bepaalt tenslotte dat verplichtingen die naar aanleiding van een marktanalyse worden opgelegd aan operatoren met AMM, op de aard van het geconstateerde probleem moeten gebaseerd zijn en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn moeten worden toegepast en gerechtvaardigd. Met andere woorden, de opgelegde correctiemaatregelen moeten strikt proportioneel zijn met de onderliggende schadetheorie. Uw Hof heeft al geoordeeld dat, bij gebrek aan afdoende motivering van de marktanalyse, in het bijzonder ook wat betreft de afbakening van de relevante (groothandels)markten, er geen rechterlijke toetsing van de proportionaliteit van de opgelegde correctiemaatregelen mogelijk is, en de marktanalyse in dat geval vernietigd moet

---

<sup>97</sup> R.v.St. 20 november 2001, nr. 100.940, Decruyenaere.

<sup>98</sup> D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Die Keure 2006, nrs. 193-194.

<sup>99</sup> Brussel (18<sup>de</sup> k.) 25 oktober 2017, 2014/AR/328, p. 34.

<sup>100</sup> I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, "Draagwijdte van de formele motiveringsplicht", in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Die Keure 2013, pp. 151-152, nr. 41 en de daar aangehaalde rechtspraak.

<sup>101</sup> I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, o.c., p. 152, nr. 42 en de daar aangehaalde rechtspraak.

worden.<sup>102</sup>

#### 5.4.2.2 Toepassing op deze zaak

105. Zoals hoger uiteengezet ging de CRC in de oorspronkelijke ontwerpbeslissing die ter consultatie werd voorgelegd uit van afzonderlijke markten voor centrale toegang op wholesale niveau voor kabelnetwerken enerzijds en koper- en glasvezelnetwerken anderzijds. Proximus en de kabeloperatoren hebben volgens de CRC elk afzonderlijk AMM op deze respectieve markten.
106. Na de openbare raadpleging (en na de raadpleging van de BMA), voegde de CRC echter een aanvullende motivering toe die uitgaat van een alternatieve, ruimere definitie van de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau (markt 3b). Zij voegde met name een motivering toe die uitgaat van een definitie van de markt die zowel de koper- en glasvezelnetwerken als de kabelnetwerken omvat. De CRC concludeert dat op zo een ruimere, technologie-neutrale markt 3b, Proximus en de kabeloperatoren gezamenlijk AMM zouden hebben, en dus het vermogen en de drijfveer zouden hebben om hun gedrag stilzwijgend te coördineren, in het bijzonder rond een weigering om toegang te geven aan alternatieve operatoren.
107. De bestreden beslissingen bevatten dus twee verschillende definities van markt 3b, met daaraan verbonden twee verschillende schadetheorieën (*"theories of harm"*). Deze verschillende marktdefinities en schadetheorieën met betrekking tot dezelfde markt sluiten elkaar wederzijds uit: slechts één van beide kan correct zijn. De twee voorgestelde schadetheorieën zijn ook fundamenteel verschillend. Individuele AMM (*"single SMP"*) betreft een situatie waarbij één operator op de markt niet-duplicerbare netwerkinfrastructuur controleert en regelgevend ingrijpen nodig is om toegang (en/of interconnectie) te verzekeren voor alternatieve operatoren teneinde deze laatste toe te laten op duurzame wijze te concurreren op de retailmarkt. Gezamenlijke AMM (*"joint SMP"*) daarentegen betreft een situatie waarbij verschillende operatoren (die elk afzonderlijk geen AMM hebben) het vermogen én de drijfveer hebben om hun gedrag stilzwijgend op elkaar af te stemmen.
108. De CRC stelt ten onrechte dat de keuze tussen de twee marktdefinities en de daarmee verbonden schadetheorieën geen verschil maakt voor de gepaste verplichtingen, m.a.w. dat in beide gevallen identieke verplichtingen noodzakelijk en gerechtvaardigd zouden zijn.<sup>103</sup> Artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn bepaalt dat de opgelegde verplichtingen op de aard van het geconstateerde probleem gebaseerd moeten zijn en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn proportioneel toegepast en gerechtvaardigd moeten worden. De schadetheorie en de opgelegde verplichtingen zijn dus onlosmakelijk met elkaar verbonden, in die zin dat de NRI moet aantonen dat de opgelegde verplichtingen strikt proportioneel zijn ten opzichte van de weerhouden schadetheorie.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Brussel (18<sup>de</sup> k.) 3 december 2014, 2011/AR/2421, pt. 139.

<sup>103</sup> Zie hoofdstuk 32 van de bestreden beslissing met betrekking tot de bevoegdheden van het BIPT, randnr. 2636 e.v.

<sup>104</sup> De ERG (European Regulators Group, de voorganger van BEREC) heeft dit proportionaliteitsvereiste ook sterk benadrukt, zie Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, mei 2006, ERG(06)33 (*"ERG Remedies Paper"*) (stuk 29), pp. 52-53: *"The first principle is that the NRA must produce reasoned decisions in line with their obligations under the Directives. This incorporates the need that the remedy selected be based on the nature of the problem identified. The problem(s) in the market will have already been identified in the market analysis procedure. Decisions must include a discussion on the proportionality of the remedy. These decisions should include,*

.../...

109. *In casu* legt de bestreden beslissing een volledige batterij correctiemaatregelen op: toegang, non-discriminatie, transparantie, prijscontrole (inclusief een verplichting om een kostentoerekeningssysteem te hanteren). Het is echter niet (afdoende) aangetoond dat deze verplichtingen evenzeer gepast en proportioneel zouden zijn indien de CRC de ruimere marktdefinitie en de schadetheorie op basis van gezamenlijke AMM als motivering van de verplichtingen weerhouden had.<sup>105</sup>
110. Om een probleem van stilzwijgende coördinatie te remediëren, volstaat het in principe om een maatregel op te leggen die het collusieve evenwicht tussen de (beweerd) gezamenlijk dominante operatoren doorbreekt, hetgeen ook kan betekenen dat maar aan één van de betrokken aanbieders een verplichting wordt opgelegd. Het proportionaliteitsbeginsel vereist dat de correctiemaatregelen dan ook daartoe beperkt blijven. Dit wordt bijvoorbeeld benadrukt door de Franse regulator ARCEP:

*“Selon l’Autorité, la situation de puissance conjointe diffère fondamentalement, du point de vue de la régulation, de celle de puissance individuelle. En effet, dans le schéma type de détention d’une infrastructure essentielle mentionné plus haut, qui est une situation structurellement sans concurrence en l’absence d’intervention, l’action du régulateur procède d’une vision constructive du marché dans laquelle tout nouvel entrant doit pouvoir, comme l’opérateur puissant pour lui-même, accéder à l’infrastructure dans des conditions*

.../...

*for any given problem, consideration of alternative remedies where possible, so that the least burdensome effective remedy can be selected. [...] As outlined in Article 8(4) of the Access Directive, remedies “shall be based on the nature of the problem identified, proportionate and justified in light of the objectives laid down” for NRAs in the Framework Directive. This is an obligation that NRAs face when they impose remedies on SMP undertakings under the Access Directive. NRAs have experience of engaging in transparent public consultations and producing reasoned decisions. This is a proper discipline that all NRAs must work under. It is an important principle that NRAs should clearly demonstrate their compliance with these obligations in their decisions.”* I.v.m. het proportionaliteitsbeginsel, zie ook pp. 55-56. Vrije vertaling: “Het eerste beginsel is dat de NRI’s gemotiveerde beslissingen moeten nemen in overeenstemming met hun verplichtingen uit hoofde van de richtlijnen. Dit omvat de noodzaak dat de gekozen remedie gebaseerd is op de aard van het geïdentificeerde probleem. Het probleem (de problemen) in de markt zal al geïdentificeerd zijn in de marktanalyseprocedure. Besluiten moeten een bespreking bevatten over de proportionaliteit van de remedie. Deze beslissingen moeten, voor elk gegeven probleem, rekening houden met alternatieve oplossingen waar mogelijk, zodat de minst belastende effectieve oplossing kan worden gekozen. [...] Zoals uiteengezet in artikel 8, lid 4, van de Toegangsrichtlijn, worden de verplichtingen op de aard van het geconstateerde probleem gebaseerd en proportioneel toegepast en gerechtvaardigd in het licht van de doelstellingen die in de Kaderrichtlijn voor de NRI’s worden vooropgesteld. Dit is een verplichting voor NRI’s wanneer zij correctiemaatregelen opleggen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht krachtens de Toegangsrichtlijn. NRI’s hebben ervaring met transparante openbare raadplegingen en het produceren van met redenen omklede besluiten. Dit is een goede discipline waar alle NRI’s zich aan moeten houden. Het is een belangrijk beginsel dat de NRI’s bij hun beslissingen duidelijk moeten aantonen dat zij aan deze verplichtingen voldoen.”

105

De ERG merkt bijvoorbeeld op dat non-discriminatie en transparantieverplichtingen mogelijk niet geschikt zijn in een geval van gezamenlijke AMM, omdat ze juist stilzwijgende coördinatie tussen de operatoren kunnen vergemakkelijken: “Another problem with non-discrimination is that together with the transparency obligation it can also facilitate and indeed encourage tacit collusion among operators. In markets which meet many or all of the criteria which would indicate the presence of possible joint dominance, consideration should be given to the extent that such obligations may have adverse consequences, possibly to the extent that alternative or modified obligations might be considered” (ERG Remedies Paper, pp. 43-44) (stuk 29). Vrije vertaling: “Een ander probleem met non-discriminatie is dat het, samen met de transparantieverplichting, ook de stilzwijgende collusie tussen exploitanten kan vergemakkelijken en zelfs aanmoedigen. Op markten die aan veel of alle criteria voldoen die zouden wijzen op de aanwezigheid van een mogelijke gezamenlijke machtspositie, dient te worden overwogen in welke mate dergelijke verplichtingen nadelige gevolgen kunnen hebben, mogelijkerwijs zelfs in de mate dat alternatieve of gewijzigde verplichtingen overwogen moeten worden.”

*objectives, transparentes, non-discriminatoires et à un tarif raisonnable voire reflétant les coûts.*

*La situation de puissance conjointe caractérise, au contraire, un état du marché essentiellement contingent, au sens où le fait que plusieurs acteurs soient présents permet, à lui seul, d'envisager un fonctionnement plus concurrentiel du marché.*

*[...]*

*Dans une logique de proportionnalité, l'action du régulateur doit alors se limiter à ce qui est nécessaire pour sortir le marché de cette situation. Il s'agit en particulier de donner une impulsion suffisante et non d'établir des règles pérennes de fonctionnement du marché, ce qui implique une action non seulement peu normative mais surtout transitoire, puisque n'ayant pas vocation à être maintenue une fois le phénomène collusif durablement écarté.<sup>106</sup>*

111. Als concrete illustratie hiervan kunnen we verwijzen naar de marktanalyse van de breedbandmarkten die de Nederlandse Autoriteit Consument en Markt (ACM) op 31 juli 2018 bij de Commissie aangemeld heeft<sup>107</sup> en waarin de ACM een ruime, technologie-neutrale markt heeft weerhouden waartoe zowel de koper- en glasvezelnetwerken als de kabelnetten worden gerekend. Volgens ACM zouden KPN en VodafoneZiggo gezamenlijk AMM hebben op deze markt. De ACM legt echter (althans voor nieuwe toegangsvormen, zoals VULA over glasvezel en kabeltoegang) geen wholesaletarieven op maar laat aan KPN en VodafoneZiggo de vrijheid om met alternatieve aanbieders te onderhandelen over de toegangsvoorwaarden. Pas als de partijen er na 6 maanden niet uitkomen, houdt ACM de mogelijkheid achter de hand om tussenbeide te komen en toegangsvoorwaarden en –tarieven vast te stellen.<sup>108</sup> Om het collusief evenwicht te doorbreken, volstaat het namelijk dat één van de gezamenlijk dominante partijen een overeenkomst over toegang afsluit met een alternatieve aanbieder. Op dat ogenblik heeft de andere gezamenlijk dominante partij geen prikkel meer om verder toegang te weigeren, maar integendeel een prikkel om zelf ook toegang te geven, om te vermijden dat de eerste dominante partij alle

<sup>106</sup> ARCEP, Analyse des marchés pertinents - Projet de décision soumis à consultation publique et notifié à la Commission européenne et aux autres régulateurs européens sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public, april 2005, pp. 106-107 (stuk 30). Vrije vertaling: "Volgens de Autoriteit verschilt de situatie van gezamenlijke marktmacht fundamenteel, vanuit het oogpunt van de regulering, van de situatie van individuele marktmacht. Inderdaad, in de hierboven vermelde typische geval waarin een operator een onontbeerlijke infrastructuur controleert, d.i. een situatie waarin er structureel geen concurrentie is zonder interventie, komt het optreden van de toezichthouder voort uit een constructieve visie op de markt waarin elke nieuwkomer, zoals de dominante operator zelf, toegang moet kunnen hebben tot de infrastructuur aan objectieve, transparante en niet-discriminerende voorwaarden en aan een redelijk tarief dat kosten weerspiegelt. De situatie van gezamenlijke macht wordt, integendeel, gekenmerkt door een in wezen contingente marktsituatie, in die zin dat het feit dat er een aantal marktspelers aanwezig zijn het op zich mogelijk maakt om een meer concurrentiële marktwerking te bereiken. [...] In een logica van proportionaliteit, moet de actie van de regulator beperkt zijn tot wat nodig is om de markt uit deze situatie te halen. Het gaat er in het bijzonder om een voldoende impuls te geven, en niet om permanente regels met betrekking tot de marktwerking vast te stellen, wat een optreden impliceert die niet alleen beperkt normatief is, maar meestal van transitoire aard is, aangezien het niet de bedoeling is deze te behouden eenmaal het fenomeen van collusie duurzaam is verdwenen".

<sup>107</sup> ACM, Marktanalysebesluit Wholesale Fixed Access, zaaknummer ACM/17/019945, 31 juli 2018 (stuk 31),

<sup>108</sup> ACM, Marktanalysebesluit Wholesale Fixed Access, zaaknummer ACM/17/019945, 31 juli 2018 (stuk 31), samenvatting p. 5 en randnrs. 565, 578, 601, 643 en 774.

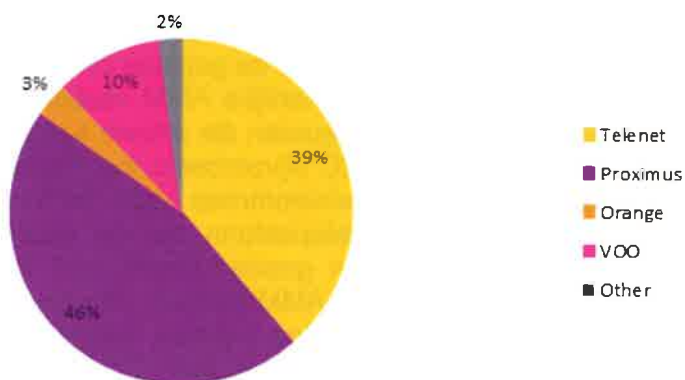
wholesaleinkomsten zou capteren.<sup>109</sup>

112. Dat de keuze tussen een schadetheorie op basis van individuele dan wel gezamenlijke AMM een wezenlijk verschil maakt voor de gepaste correctiemaatregelen, blijkt ook uit het feit dat, wanneer de NRI gezamenlijke AMM vaststelt, dit er in de regel toe zal leiden dat operatoren gereguleerd worden die anders aan regelgevende verplichtingen zouden ontsnappen. Indien de CRC bijvoorbeeld, per hypothese, in haar analyse van de wholesalemarkten voor televisieomroep een technologieneutrale markt had gedefinieerd die zowel het televisieplatform van de kabeloperatoren als het IPTV-platform van Proximus omvat, en geconcludeerd had dat de kabeloperatoren en Proximus op die markt gezamenlijk AMM hebben, dan zou de CRC ook aan Proximus correctiemaatregelen moeten opgelegd hebben, terwijl Proximus nu aan dergelijke maatregelen ontsnapt (zie ook het elfde middel). De CRC negeert dit volledig in haar bespreking van deze hypothese (hoofdstuk 34.3 van de bestreden beslissing).
113. Er is ook een groot verschil tussen de marktaandelen in afzonderlijke, platformspecifieke markten (waar de eigenaar van elk platform per definitie 100% marktaandeel en dus een monopolie heeft) versus één ruime, technologieneutrale markt. De CRC stelt ten onrechte dat ook indien de productmarkt beide platformen omvat, de markt niettemin geografisch gesegmenteerd moet worden volgens de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren. De CRC negeert hiermee ten onrechte dat Proximus een nationale commerciële strategie en nationale prijzenpolitiek hanteert, zowel op retail- als wholesaleniveau (zie vijfde middel). In een nationale markt zouden Proximus en Telenet respectievelijk een marktaandeel van 46% en 39% hebben. Maar ook in een markt beperkt tot het dekkingsgebied van Telenet zouden de verhoudingen totaal anders zijn dan in platformspecifieke markten.

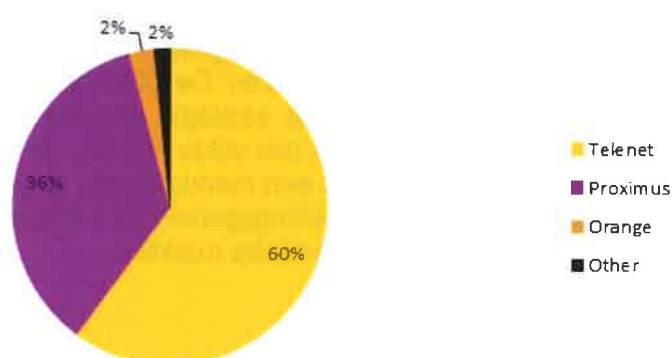
---

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 271 e.v. (stuk 31). Telenet verwijst enkel naar de ACM's speltheoretische onderbouwing, om het verband tussen de schadetheorie en de gepaste remedies te illustreren. Dit betekent niet dat Telenet het eens is met de analyse van de ACM. De speltheoretische analyse van de ACM is namelijk fundamenteel gebrekkig, omdat de ACM er verkeerdelijk van uitgaat dat zowel KPN als VodafoneZiggo vlot toegang kunnen verlenen en daartoe ook een prikkel zouden hebben, abstractie gemaakt van de aanwezigheid van de andere partij. Dit is echter niet het geval voor VodafoneZiggo, omdat VodafoneZiggo (net als andere kabeloperatoren) geconfronteerd wordt met zeer hoge kosten en andere belemmeringen voor het leveren van toegang aan derden. M.a.w., een kabeloperator zoals VodafoneZiggo kan niet op korte termijn en zonder hoge kosten toegang verlenen aan derden. VodafoneZiggo beschikt dan ook niet over een vergeldingsmechanisme om een afwijking van het collusief evenwicht (nl. weigering van toegang) door KPN te bestraffen. De "pay-off matrix" op p. 271 van de ontwerpbeslissing van de ACM, en de theorie van gezamenlijke AMM die erop gebaseerd is, zijn dan ook verkeerd. De beweerd dominante partijen hebben noch het vermogen, noch de drijfveer om hun gedrag af te stemmen rond een weigering van toegang aan alternatieve operatoren.

Figuur 22 - Marktaandelen vast breedband (nationaal) Q2 2018<sup>110</sup>



Figuur 23 - Marktaandelen vast breedband (Telenet zone) Q2 2018<sup>111</sup>



In functie van de marktdefinitie zijn de marktaandelen, en dus de machtsverhoudingen, totaal verschillend. De CRC doet ten onrechte alsof dit geen invloed heeft of kan hebben op de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregelen.

114. In haar brief van 25 mei 2018 besluit de Commissie om, ondanks haar bezwaren tegen de segmentering door de CRC van markt 3b in twee platformspecifieke markten, geen fase II-onderzoek te openen. De Commissie oordeelt namelijk dat de aanvullende analyse op basis van gezamenlijke AMM – die de Commissie “meer gepast en plausibel” acht – niet tot een verschillende regelgevende uitkomst zou leiden.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Bron: kwartaalverslagen van de operatoren.

<sup>111</sup> Bron: kwartaalverslagen van de operatoren.

<sup>112</sup> Brief van de Europese Commissie aan de CRC van 25 mei 2018 in zaak BE/2018/2073-2074-2075 (stuk 32), pp. 18-19: “De l’avis de la Commission, le résultat de ces deux modes de définition du marché (propriétaires de plateforme seuls ou conjointement dominants) produira, en l’absence d’intervention par la régulation, des résultats comparables sur les marchés de gros et de détail en termes d’absence d’accès de gros et de prix de détail supérieurs au niveau concurrentiel. Ce n’est pas surprenant d’un point de vue économique, étant donné que le comportement de collusion tacite des acteurs du marché est généralement aligné de manière à reproduire en substance celui d’un acteur dominant isolé. À cet égard, la CRC conclut à juste titre que, dans les deux variantes de la définition du marché (selon que le câble et le cuivre sont inclus dans le même marché du haut débit ou dans des marchés distincts) et les analyses de la puissance sur le marché en résultant, elle serait appelée à envisager l’imposition du même type d’obligations fondées sur la régulation visées aux articles 9 à 13 de la directive « accès ». Par conséquent, conformément à ses décisions antérieures au titre de l’article 7, la Commission ne formulera pas

.../...

115. De Commissie kan hierin echter niet gevolgd worden.<sup>113</sup> De precedënten die de Commissie inroept om haar conclusie te staven,<sup>114</sup> zijn niet pertinent, want zij betreffen allemaal gevallen waarin de bevinding dat een operator individueel AMM had, ook nog zou geldig zou zijn geweest indien de NRI een ruimere marktdefinitie had weerhouden. In die gevallen verandert de ruimere definitie van de markt inderdaad niets aan de schadetheorie en dus ook niet aan de beoordeling van de gepaste maatregelen. In de voorliggende zaak leidt de ruimere marktdefinitie echter tot een verschillende AMM-analyse/schadetheorie (gezamenlijke AMM in plaats van individuele AMM). Zoals hierboven aangetoond, maakt dit een wezenlijk verschil uit voor de gepaste regelgevende verplichtingen in het licht van het proportionaliteitsbeginsel. De Commissie heeft in het verleden trouwens ook zelf het nauwe verband tussen de marktdefinitie en de gepaste correctie maatregelen onderstreept en heeft ook al meermaals fase II-onderzoeken geopend op grond van “ernstige twijfels” over de marktdefinitie en de implicaties daarvan voor de rest van de analyse.<sup>115</sup>
116. Het is in elk geval kort door de bocht om zoals de Commissie in haar commentaar op de bestreden beslissingen te stellen dat het “logisch” is dat de uitkomst van de analyse “vergelijkbaar” is indien de NRI gezamenlijke AMM in plaats van individuele AMM weerhoudt omdat “*het gedrag van stilzwijgend samenspannende marktspelers normaal gezien zo afgestemd is dat het in wezen het gedrag van een individueel dominante speler nabootst*”.<sup>116</sup> Zoals ook ARCEP betoogt (zie hoger), is er vanuit het perspectief an *ex ante* reglementering een fundamenteel verschil tussen, enerzijds, een situatie waar er slechts één dominante marktspeler is (die niet-repliceerbare netwerkinfrastructuur controleert) en regelgevend ingrijpen dus noodzakelijk is om een concurrentiële marktstructuur tot stand te brengen en, anderzijds, een situatie waar er verschillende marktspelers zijn die elk afzonderlijk niet dominant zijn (en elk over een eigen infrastructuur beschikken) en regelgevend ingrijpen enkel noodzakelijk is om een collusief evenwicht tussen hen te verbreken om zo de concurrentiedynamiek tot stand

.../...

*d'objection aux définitions du marché proposées par la CRC car, dans les circonstances susdécrites de la présente affaire, une définition plus large du marché 3b (incluant Proximus et les câblo-opérateurs en position dominante conjointe) ne conduirait pas à un résultat différent en termes de régulation.*” Vrije vertaling: Volgens de Commissie zal het resultaat van deze twee wijzen van marktafbakening (individueel of gezamenlijk dominante platformeigenaren) bij gebrek aan interventie door de regulering vergelijkbare resultaten opleveren op de groothandels- en kleinhandelsmarkten in termen van gebrek aan wholesaletoegang en hogere detailhandelsprijzen dan het concurrentiële niveau. Dit is niet verrassend vanuit economisch oogpunt, aangezien het gedrag van stilzwijgend samenspannende marktspelers normaal gezien zo afgestemd is dat het in wezen het gedrag van een individueel dominante speler nabootst. In dit opzicht concludeert CRC terecht dat in beide varianten van de marktdefinitie (afhankelijk van of kabel en koper op dezelfde breedbandmarkt of op afzonderlijke markten worden opgenomen) en de AMM-analyses die eruit voortvloeien, zij ertoe gebracht zou worden hetzelfde soort regelgevende verplichtingen bedoeld in de artikelen 9 tot en met 13 van de Toegangsrichtlijn op te leggen. Daarom zal de Commissie, overeenkomstig haar eerdere beslissingen in verband met artikel 7, geen bezwaar maken tegen de door CRC voorgestelde marktdefinities, omdat in de bovengenoemde omstandigheden van de onderhavige zaak een ruimere definitie van de markt 3b (inclusief Proximus en de co-dominante kabelexploitanten) niet zou leiden tot een andere regelgevende uitkomst.”

<sup>113</sup> Telenet heeft overigens op 31 juli 2018 bij het Gerecht van de EU beroep aangetekend tegen deze beslissing van de Commissie (zaak T-470/2018).

<sup>114</sup> Zaken HR/2014/1545, EE/2010/1038, DE/2015/1735.

<sup>115</sup> Zie bv. zaak NL/2017/1960 (stuk 33): “De beoordeling of de producten tot de wholesalem Markt behoren en of een onderneming op die markt al dan niet afzonderlijk of gezamenlijk AMM heeft, kan ertoe leiden dat bepaalde producten al dan niet binnen de werkingssfeer van de regulering vallen en kan gevolgen hebben voor het opleggen van bepaalde corrigerende maatregelen”. Zie ook zaken AT/2017/2020 (stuk 34) en PL/2007/0593 (stuk 35).

<sup>116</sup> Vrije vertaling van: “le comportement de collusion tacite des acteurs du marché est généralement aligné de manière à reproduire en substance celui d'un acteur dominant isolé”.

te brengen waar de markt zich structureel al toe leent.

117. Kortom, het maakt wel degelijk uit welke marktdefinitie en dus ook welke schadetheorie (individuele versus gezamenlijke AMM) de CRC weerhoudt, in het bijzonder voor de beoordeling van de proportionaliteit van de correctiemaatregelen. De CRC kan voor de motivering van de opgelegde verplichtingen dus niet “op twee paarden wedden”, maar moet een keuze maken tussen de twee benaderingen. Slechts één van de twee motiveringen kan immers de beslissing redelijkerwijze schragen, aangezien zij onderling onverenigbaar zijn. Door geen duidelijke keuze te maken tussen de twee, schendt de CRC haar verplichting om de beslissing ondubbelzinnig te motiveren.
118. De CRC zou kunnen proberen op te werpen dat de marktdefinitie en de AMM-analyse die reeds in de oorspronkelijke ontwerpbeslissing was opgenomen de “echte” motivering van de beslissing is en dat de later toegevoegde motivering op basis van een ruimere marktdefinitie en gezamenlijke AMM slechts “aanvullend” is. Dit zou echter betekenen dat deze “aanvullende” motivering in feite overbodig is. Het volstaat echter om de commentaar van de Europese Commissie te lezen om vast te stellen dat de Commissie “ernstige twijfels” had bij de ontwerpmaatregel en slechts heeft afgezien van een fase II-onderzoek omdat de CRC de “alternatieve” marktdefinitie en AMM-analyse had toegevoegd. De Commissie schrijft immers dat de CRC bij de marktdefinitie “niet afdoende rekening schijnt gehouden te hebben met het meest concrete bewijs van substitueerbaarheid”, dat de uitgevoerde SSNIP-test “*methodologisch problematisch*” is, en dat de analyse op basis van een ruimere marktdefinitie “*meer gepast en plausibel*” is.<sup>117</sup> De aanvullende motivering is dus doorslaggevend geweest om groen licht te krijgen van de Commissie. Met andere woorden, met de motivering op basis van individuele AMM op aparte, platformspecifieke markten alleen zou de ontwerpbeslissing teruggedfloten zijn door de Commissie. De beslissing bevat dus enerzijds een motivering waarop de correctiemaatregelen formeel gebaseerd zijn, maar waarover de Commissie ernstige twijfels had, en anderzijds een motivering waar de correctiemaatregelen niet op gebaseerd zijn, maar die de Commissie wel “plausibel” achtte. Zoals hierboven aangetoond is het niet “om het even” welke van de twee motiveringen men weerhoudt voor de bepaling van de gepaste correctiemaatregelen. De alternatieve motivering volstaat niet om de gepastheid en evenredigheid van de opgelegde maatregelen te rechtvaardigen.
119. Men kan dus niet beschouwen dat de zgn. “aanvullende” analyse van gezamenlijke AMM op een ruimere markt slechts een “overtollige” motivering is die “ten overvloede” wordt ingeroepen.<sup>118</sup> Omgekeerd kan men niet beschouwen dat de motivering die als determinerend voorgesteld wordt (nl. de analyse van individuele AMM op afzonderlijke,

---

<sup>117</sup> “[L]a CRC ne semble pas tenir dûment compte de la plus concrète des preuves de substituabilité, à savoir le fait qu’Orange, le principal demandeur d’accès, a dans le passé changé de fournisseur d’accès de gros pour passer de la plateforme cuivre à la plateforme câble. [...] Tel que le propose la CRC, ce test SSNIP pose toutefois quelques problèmes d’ordre méthodologique. [...] En fait, la Commission estime que l’analyse complémentaire et la constatation connexe d’une puissance significative conjointe constituent une approche plus appropriée et plus plausible pour analyser le marché de gros de l’accès central.” Vrije vertaling: “[D]e CRC schijnt niet afdoende rekening gehouden te hebben met het meest concrete bewijs van substitueerbaarheid, namelijk dat Orange, de belangrijkste vrager van toegang, in het verleden is veranderd van wholesale-serviceprovider om van het koperplatform naar het kabelplatform over te stappen. [...] Zoals aangehaald door de CRC, doet deze SSNIP-test enkele methodologische problemen rijzen. [...] De Commissie is van mening dat de aanvullende analyse en de daarmee samenhangende vaststelling van gezamenlijke AMM een meer geschikte en plausibele benadering is voor het analyseren van de wholesalemarkt voor centrale toegang.”

<sup>118</sup> Cf. D. MAREEN, “Het Motiveringsbeginsel”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Die Keure 2006, p. 158, nrs. 212-213.

platform-specifieke markten) “afdoend” is en op zich volstaat om de beslissing te schragen. De Commissie heeft namelijk duidelijk te verstaan gegeven dat zij tegen de ontwerpbeslissing bezwaar zou gemaakt hebben indien de CRC deze “aanvullende” motivering niet had toegevoegd en de CRC is verplicht om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Commissie. De twee motiveringen zijn echter tegengesteld en kunnen dus ook niet samen de beslissing wettigen. Slechts één van de twee kan juist zijn.

120. De (formele) motivering van de bestreden beslissingen moet Uw Hof toelaten om een rechterlijke controle uit te oefenen over de (inhoudelijke) motieven van deze beslissingen, in het bijzonder ook wat betreft de evenredigheid van de opgelegde verplichtingen.<sup>119</sup> Op basis van een dubbelzinnige of zelfs tegenstrijdige motivering is dit echter niet mogelijk. Ook om die reden is de CRC tekortgeschoten aan haar motiveringsplicht.
121. Het middel is derhalve gegrond.

**5.5 Vierde middel: Manifeste beoordelingsfout, schending van de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Europese Commissie (artikel 7(7) Kaderrichtlijn), miskenning van de doelstellingen van het regelgevend kader en van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC in haar zgn. “hoofdanalyse” de markt voor centrale toegang ten onrechte opdeelt in platformspecifieke markten en hieruit ten onrechte besluit dat de kabeloperatoren als operatoren met AMM moeten aangeduid worden**

*5.5.1 Korte weergave van het middel*

122. De definitie van de productmarkt voor centrale toegang op wholesaleniveau, waarbij deze opgesplitst wordt in twee afzonderlijke, platform-specifieke markten, is manifest ongegrond. Zoals de Europese Commissie heeft opgemerkt, heeft de CRC het meest concrete voorbeeld van substitutie genegeerd (nl. de overstap van Orange van het DSL- naar het kabelplatform) en is de SSNIP-test die de CRC heeft uitgevoerd methodologisch gebrekkig, in het bijzonder omdat deze bijna uitsluitend focust op de overstapkosten waarmee een bestaande begunstigde (zoals Orange) zou geconfronteerd worden, terwijl de analyse in de eerste plaats moet uitgevoerd worden vanuit het standpunt van een nieuwkomer op de markt, die geen overstapkosten heeft.
123. Ondanks de ernstige bezwaren van de Commissie heeft de CRC niettemin deze marktdefinitie en de erop gebaseerde AMM-analyse gehandhaafd in de definitieve beslissing, in strijd met de verplichting om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Commissie (artikel 7(7) van de Kaderrichtlijn).
124. Bovendien, zelfs indien de CRC terecht zou besloten hebben dat de kabel noch op basis van directe substitutie, noch op basis van indirecte prijsdruk tot de relevante productmarkt kon gerekend worden, betekent dit nog niet dat de CRC dan een afzonderlijke markt voor centrale toegang tot de kabel op wholesaleniveau moest definiëren en analyseren. In dat geval moet de NRI enkel rekening houden met de competitieve druk die uitgaat van de kabelinfrastructuur in de AMM-analyse van de (tot de koper- en glasvezelinfrastructuur beperkte) markt 3b.

---

<sup>119</sup> Brussel (18<sup>de</sup> k.) 3 december 2014, 2011/AR/2421, pt. 139.

### 5.5.2 Uiteenzetting van het middel

125. In de Toelichting bij de Aanbeveling van 2014 stelt de Commissie dat *“when a commercial wholesale offer is provided or could technically and commercially be provided over CATV networks, NRAs should first assess whether such an access is substitutable to a copper or fibre-based WCA product”*.<sup>120</sup> De Commissie stelt vast dat een groeiend aantal NRI's geconcludeerd hebben tot *“direct or indirect constraints from CATV-based WCA”*<sup>121</sup> en dat bijgevolg *“it may become increasingly appropriate to include CATV bitstream in the relevant product market”*.<sup>122</sup> De omschrijving van de wholesalemarkten die op de lijst staan van de Aanbeveling van 2014 werd in vergelijking met de Aanbeveling van 2007 trouwens aangepast om deze meer technologisch neutraal te maken.
126. Het uitgangspunt van de analyse van de CRC is dat een via de kabel geleverd product voor centrale toegang op wholesaleniveau inderdaad technisch en commercieel kan verschaft worden en dat zulk product ook een functioneel substituut zou zijn voor op koper of glasvezel gebaseerde centrale toegang op wholesaleniveau.<sup>123</sup> Toch besluit de CRC dat centrale toegang tot de kabel niet direct substitueerbaar is met centrale toegang tot het koper- en glasvezelplatform van Proximus, op basis van de overstapkosten waarmee een *bestaande* afnemer van wholesaletoeegang geconfronteerd zou zijn bij de migratie van zijn klantenbestand naar het andere platform.
127. Uit de reactie van de Europese Commissie van 25 mei 2018 blijkt duidelijk dat de Commissie het fundamenteel oneens is met deze analyse, en een fase II-onderzoek zou geopend hebben indien dit de enige motivering van de regelgeving zou zijn geweest (zie de bespreking van het derde middel):
- De Commissie merkt onder meer op dat *“la CRC ne semble pas tenir dûment compte de la plus concrète des preuves de substituabilité, à savoir le fait qu’Orange, le principal demandeur d’accès, a dans le passé changé de fournisseur d’accès de gros pour passer de la plateforme cuivre à la plateforme câble”*.<sup>124</sup> Dit vormt volgens de Commissie *“un indicateur fort de substitution au*

<sup>120</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2014, p. 46. Vrije vertaling: *“wanneer een commercieel groothandelsaanbod aangeboden wordt of technisch of commercieel zou kunnen geleverd worden via de kabelnetwerken, moeten de NRI's eerst onderzoeken of zulk een toegang substitueerbaar is met een op koper of glasvezel gebaseerd wholesaleproduct voor centrale toegang”*.

<sup>121</sup> Het zijn in het bijzonder de NRI's van lidstaten waar de kabelnetten, net als in België, een ruime dekking hebben die de kabel tot markt 3b gerekend hebben, zoals Malta, Nederland, Portugal, Denemarken, Estland en Hongarije). In landen waar de kabel slechts een beperkte dekking heeft, kan de kabel precies om die reden niet als een volwaardig substituut beschouwd worden (maar niet wegens functionele of economische niet-substitueerbaarheid van het product op zich). Recent nog (op 31 juli 2018) heeft de Nederlandse regulator ACM een ontwerpbesluit aangemeld bij de Europese Commissie, waarin ACM één grote markt voor “wholesale fixed access” (toegang tot vaste netwerken op wholesaleniveau) definieert, waartoe ACM zowel het kopernetwerk, de glasvezelnetwerken en de kabelnetwerken rekent. Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/notificatie-bij-europese-commissie-van-marktanalysebesluit-toegang-tot-vaste-telecomnetwerken-wholesale-fixed-access>.

<sup>122</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2014, p. 47. Vrije vertaling: *“directe of indirecte prijsdruk van op de kabel gebaseerde centrale toegang op wholesaleniveau”*; *“het kan in toenemende mate gepast zijn om bitstream via de kabel in de relevante markt op te nemen”*.

<sup>123</sup> Zie o.a. bestreden beslissing, randnrs. 1575-1576.

<sup>124</sup> Vrije vertaling: *“de CRC lijkt niet naar behoren rekening gehouden te hebben met het meest concrete bewijs van substituabiliteit, namelijk het feit dat Orange, de voornaamste verzoeker om toegang, in het verleden van toegangsleverancier veranderd is door over te stappen van het koperplatform naar het kabelplatform”*.

*niveau de la demande entre les deux types de produits d'accès*".<sup>125</sup> Het wijst erop dat de overstapkosten niet zo onoverkomelijk zijn als de CRC ze voorstelt in de ontwerpbeslissing.

- Bovendien beschouwt de Commissie dat de door de CRC uitgevoerde SSNIP-test<sup>126</sup> "*pose quelques problèmes d'ordre méthodologique*"<sup>127</sup>, niet in het minst omdat de CRC enkel rekening houdt met de situatie van een bestaande afnemer van de toegang (Orange) en niet met die van een nieuwkomer op de markt, die nog geen keuze heeft gemaakt tussen de twee platformen en dus niet geconfronteerd wordt met overstapkosten.

128. Het correcte uitgangspunt voor toepassing van de SSNIP-test in een toekomstgerichte "*modified greenfield*"-benadering is inderdaad dat van een nieuwkomer die nog geen keuze heeft gemaakt tussen de twee platformen en die dus ook nog niet met overstapkosten te maken heeft. De toelichting bij de Aanbeveling van 2014 benadrukt dat

*"In order to include a CATV-based wholesale access offer in the [WCA] market, NRAs should [...] analyse whether a potential entrant into the retail broadband market would switch to a CATV-based WCA product in case of a SSNIP test of the other WCA product"*.<sup>128</sup>

De nieuwe AMM-richtsnoeren stellen in dit verband het volgende:

*"De SSNIP-test moet worden toegepast om te bepalen of verschillende wholesaleplatforms zoals koper, glasvezel en kabel moeten worden opgenomen in één wholesalemarkt. Gezien de toekomstgerichte aard van de analyse moet er bij deze beoordeling rekening mee worden gehouden dat potentiële toegangsvragende partijen die nog geen op toegang gebaseerde diensten aanbieden, geen overschakelingskosten in aanmerking moeten nemen bij de keuze van hun toegangsplatform"*.<sup>129</sup>

De CRC heeft dus een manifeste beoordelingsfout begaan door de SSNIP-test enkel van uit het perspectief van een bestaande begunstigde uit te voeren, of toch minstens een overdreven gewicht toe te kennen aan de overstapkosten waarmee een bestaande begunstigde zou geconfronteerd worden en te weinig aandacht te besteden aan de situatie van een nieuwkomer die geen overstapkosten heeft.

129. De CRC overdrijft overigens de overstapkosten van een bestaande afnemer. Een bestaande afnemer van wholesaletoeegang die wenst over te stappen naar het andere

---

<sup>125</sup> Vrije vertaling: "*een sterke aanwijzing van substitutie aan de vraagzijde tussen deze twee types toegangsproducten*".

<sup>126</sup> SSNIP staat voor "*small but significant non-transitory increase in price*" of een kleine maar significante prijsstijging die niet van voorbijgaande aard is. De SSNIP test strekt ertoe na te gaan of afnemers van een product of dienst bij een kleine maar significante prijsstijging die niet van voorbijgaande aard is, van het ene product of dienst op het andere zouden overstappen. Het is een manier om de substitueerbaarheid van producten en diensten te beoordelen.

<sup>127</sup> Vrije vertaling: "*doet problemen van methodologische aard rijzen*".

<sup>128</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2014, p. 46 (wij onderlijnen). Vrije vertaling: "*Om een op de kabel gebaseerd wholesaleaanbod in de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau op te nemen, moeten de NRI's analyseren of een potentiële toetredster tot de retailmarkt zou kunnen overstappen naar een op de kabel gebaseerd product voor centrale toegang op wholesaleniveau in geval van een SSNIP van het ander product voor centrale toegang op wholesaleniveau*".

<sup>129</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, randnr. 40. Wij onderlijnen.

platform moet namelijk niet noodzakelijk zijn hele klantenbestand in één keer naar dat nieuwe platform te migreren. De meeste overstapkosten houden verband met de CPE<sup>130</sup> die zouden moeten vervangen worden. De begunstigde heeft echter de mogelijkheid om zijn bestaande klantenbestand geleidelijk te migreren, op het ogenblik dat de CPE afgeschreven zijn. Het is trouwens waarschijnlijk dat een groot deel van de CPE's van een bestaande afnemer op het ogenblik van de overstap reeds afgeschreven zijn. De CRC heeft daar in haar SSNIP-analyse geen rekening mee gehouden.

130. Door ondanks de ernstige bezwaren van de Europese Commissie de analyse op basis van afzonderlijke, platformspecifieke markten in de definitieve beslissing als de "hoofdanalyse" te handhaven en hiervoor slechts een summiere en oppervlakkige verantwoording toe te voegen, is de CRC tekortgeschoten aan zijn verplichting krachtens artikel 7(7) van de Kaderrichtlijn om zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de Commissie.
131. De analyse van indirecte concurrentiedruk in de bestreden beslissing is overigens evenzeer methodologisch gebrekkig en gebaseerd op weinig plausibele veronderstellingen. Telenet heeft deze analyse zeer uitvoerig besproken en bekritiseerd in haar antwoord op de openbare raadpleging en in het bijgevoegde deskundigenverslag van e-Conomics.<sup>131</sup>
132. Hoe dan ook, zelfs indien centrale toegang tot de kabel op wholesaleniveau onvoldoende substitueerbaar is om samen met centrale toegang tot koper en glasvezel in markt 3b opgenomen te worden, betekent dit nog niet dat de NRI dan maar een afzonderlijke "markt 3b bis" voor op kabel gebaseerde centrale wholesaletoeegang moet definiëren en analyseren. Dit is namelijk strijdig met de doelstellingen van het regelgevend kader daar het leidt tot zelfbestendige regulering. De Toelichting bij de Aanbeveling van 2014 is duidelijk over de te volgen methodologie:

*"When indirect constraints are found to exist but are not strong enough to constrain the price of other WCA products, they should be taken into account when assessing whether the incumbent operator has SMP on the relevant market, as well as alternatively in the assessment of the appropriate remedies."<sup>132</sup>*

In dezelfde trant heeft de Commissie in haar commentaar op de vorige marktanalyse van de CRC het volgende gesteld:

*"Even if cable networks are not part of the relevant WBA market, [...] cable operators exert, at retail level, a certain degree of competitive pressure" and invited CRC "to consider whether such competitive pressure, in conjunction with the proposed physical access remedies, could warrant reducing the intensity of downstream regulation in certain areas."<sup>133</sup>*

133. De vaststelling dat op kabel gebaseerde centrale wholesaletoeegang onvoldoende concurrentiedruk uitoefent op de producten voor centrale toegang tot koper of glasvezel, betekent dus niet dat de NRI een afzonderlijke markt voor centrale toegang tot de kabel moet definiëren, maar dat hij de concurrentiedruk die daarvan uitgaat in aanmerking moet nemen bij de AMM-analyse van de markt voor centrale toegang tot

<sup>130</sup> CPE: "Customer Premises Equipment", uitrusting bij de klant thuis (bv. modem, decoder, enz.).

<sup>131</sup> Administratief dossier (deel BIPT), rijnummers 16 en 20 van het Excel-bestand met de inventaris.

<sup>132</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2014, p. 47.

<sup>133</sup> Brief van de Europese Commissie van 20 juni 2011 in zaak BE/2011/1227-1228 (stuk 36).

koper en glasvezel, of eventueel bij de beoordeling van de gepaste correctiemaatregelen, als een factor die mogelijk een (gedeeltelijke) verlichting van de aan de historische operator opgelegde verplichtingen zou kunnen verantwoorden. Dit ligt in lijn met één van de voornaamste principes van het regelgevend kader, namelijk dat de *ex ante* reglementering geleidelijk moet opgeheven worden naarmate de infrastructuurconcurrentie zich ontwikkelt, teneinde alternatieve operatoren ertoe aan te sporen om te investeren in eigen infrastructuur. De benadering van de CRC daarentegen leidt tot het paradoxale resultaat dat toegenomen infrastructuurconcurrentie vanwege alternatieve netwerkinfrastructuren zoals de kabel leidt tot meer in plaats van minder regulering. Dit is strijdig met de doelstellingen van het regelgevend kader (zoals de doelstelling om op infrastructuur gebaseerde concurrentie te bevorderen, artikel 8(5)(c) van de Kaderrichtlijn) daar het leidt tot zichzelf bestendige regulering en een duurzame afhankelijkheid van de alternatieve operatoren van toegang tot de netwerkinfrastructuur van de gevestigde operatoren.

134. Bijgevolg is het middel gegrond.

**5.6 Vijfde middel: Manifeste beoordelingsfout, miskenning van de verplichting om de analyse op mededingingsrechtelijke principes te baseren en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC in haar zgn. “aanvullende” analyse van gezamenlijke AMM vertrekt van een onjuiste geografische marktafbakening en de *Airtours*-criteria niet correct toepast**

*5.6.1 Korte weergave van het middel*

135. Eerste onderdeel: In de zgn. “aanvullende” motivering die als hoofdstuk 28 werd toegevoegd aan de bestreden beslissing, definieert de CRC een technologieneutrale markt voor centrale toegang op wholesaleniveau, die zowel het platform van Proximus (koper en glasvezel) als het platform van de kabeloperatoren omvat. De CRC concludeert dat deze markt geografisch opgedeeld moet worden volgens de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren. Dit is kennelijk onjuist aangezien de vraag op wholesaleniveau nationaal is en de aanwezigheid op de markt van Proximus, dat nationaal uniforme voorwaarden hanteert, zorgt voor een ketensubstitutie-effect tussen de kabeloperatoren.

136. Tweede onderdeel: Hoe dan ook, ongeacht de geografische afbakening van de markt, is de analyse van gezamenlijke AMM op markt 3b niet gefundeerd, want de criteria van de *Airtours/Impala*-rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU om te bepalen of een markt neigt naar stilzwijgende coördinatie tussen oligopolisten zijn niet voldaan. In het bijzonder toont de CRC niet aan dat er een plausibel afschrikkingsmechanisme bestaat om het collusieve evenwicht op de markt in stand te houden.

*5.6.2 Uiteenzetting van het middel*

*Eerste onderdeel*

137. In de vorige marktanalyses van de breedbandmarkten (van het BIPT in 2006 en van de CRC in 2011) heeft de regulator steeds geconcludeerd dat zowel de retailmarkt als de corresponderende wholesalemarkten (nl. de markt voor ontbundelde/lokale toegang en de markt voor “bitstream”/centrale toegang) nationale markten waren. In de bestreden beslissing daarentegen laat de CRC de geografische afbakening van de retailmarkt open en besluit zij dat de markt voor centrale toegang, zelfs indien zowel het platform van Proximus als het platform van de kabeloperatoren tot dezelfde markt gerekend worden, gesegmenteerd moet worden volgens de dekkingsgebieden van de

kabeloperatoren. De stroomopwaartse markt 3a en de platformspecifieke markt 3b-1, die zich beperken tot het Proximus-platform, zijn beide uiteraard nationaal, aangezien Proximus een nationale speler is die nationaal uniforme voorwaarden hanteert. Volgens de CRC volstaat het echter dat de kabeloperatoren in markt 3b opgenomen zouden worden, om tot een andere conclusie te komen over de geografische afbakening van de markt.

138. Dit is kennelijk onjuist. Om te beginnen is het niet terecht dat de CRC (voor het eerst) de geografische afbakening van de retailmarkt open laat. Proximus heeft op de retailmarkt een nationale commerciële strategie en prijzenpolitiek. Hetzelfde geldt voor Orange, terwijl de retailsaanbiedingen van Orange nochtans gebaseerd zijn op toegang tot de verschillende kabelnetwerken. Dit zijn sterke indicaties van het feit dat de retailmarkt nationaal is.
139. De geografische afbakening van de wholesalemarkt hangt nauw samen met die van de retailmarkt, omdat het uiteindelijk de vraag op retailniveau is die de vraag op wholesaleniveau dicteert. De CRC beging dan ook een manifeste beoordelingsfout en komt tekort aan haar motiveringsplicht door de definitie van de retailmarkt open te laten.
140. Het feit dat Orange op retailniveau een nationaal uniform productaanbod met dito prijzen heeft, hoewel dit aanbod gebaseerd is op een combinatie van de dekkingengebieden van de kabeloperatoren, bewijst dat alternatieve operatoren niet geïnteresseerd zijn om regionale aanbiedingen te doen. Ook het huidige of vroegere aanbod van alternatieve DSL-operatoren bevestigt dit.<sup>134</sup> Met andere woorden, de vraag op wholesaleniveau is nationaal omdat de alternatieve operatoren een nationaal retailsaanbod op de markt willen brengen.<sup>135</sup> Derhalve is ook de wholesalemarkt nationaal.
141. Proximus kan op basis van haar nationale netwerk voldoen aan de vraag naar nationaal uniforme oplossingen voor wholesaletoeegang. Door de geografische fragmentatie van de kabelnetwerken kunnen de kabeloperatoren dit niet, maar de combinatie van toegang tot de verschillende kabelnetwerken biedt een vergelijkbare dekking (zoals het geval van Orange aantoont). De verschillende kabelnetwerken hebben weliswaar geen volledig homogene eigenschappen, maar de verschillen zijn niet onoverkomelijk en bovendien bestaan er ook verschillen *binnen* de dekkingengebieden van de kabeloperatoren, als gevolg van het feit dat de kabelnetwerken oorspronkelijk gebouwd zijn door verschillende intercommunales. Deze variaties hebben Orange niet belet om een aanbod te lanceren met een nationale dekking.
142. Het is weliswaar juist dat toegang tot het netwerk van een kabeloperator geen *direct* substituuft is voor een toegang tot dat van een andere kabeloperator, aangezien de kabelnetwerken geen overlappende dekking hebben. De aanwezigheid van de

---

<sup>134</sup> Bijvoorbeeld EDPnet vandaag of Orange en BASE in het verleden of nog Scarlet voor de overname door Proximus. Dat kleinere alternatieve DSL-operatoren zoals Schedom of (in het verleden) Billi geen nationaal aanbod hebben of hadden, is toe te schrijven aan de beperkte investeringscapaciteit van deze operatoren en niet aan een bewuste "regionale" strategie. De dekkingengebieden van deze operatoren vallen hoe dan ook niet samen met die van de kabelnetwerken.

<sup>135</sup> De CRC erkent dit zelf in de bestreden beslissing, randnr. 252: "Zo worden ook de tarieven voor de 'carrier DSL'-aanbiedingen van Proximus vastgesteld op nationale basis. Carrier-DSL is een breedbandaanbod op wholesaleniveau en geen retailsaanbod. Het feit dat dit niet-gereguleerde wholesaleaanbod wordt gekenmerkt door een nationaal tarief wijst er echter op dat Proximus op de doorverkoopmarkt te maken krijgt met kopers die op het hele grondgebied actief willen zijn op de retailmarkt".

nationale aanbieder Proximus op zowel de retail- als de wholesalemkt zorgt echter voor een uniforme prijsdwang in de markt, die leidt tot een ketensubstitutie-effect<sup>136</sup> tussen de kabelnetwerken. De nieuwe AMM-richtsnoeren van de Europese Commissie zeggen hierover het volgende:

*“De grenzen van de relevante markten kunnen worden verruimd om producten of geografische gebieden in aanmerking te nemen die weliswaar niet direct substitueerbaar zijn, maar toch in de marktdefinitie moeten worden opgenomen vanwege de ketensubstitutie. Er is sprake van ketensubstitutie wanneer kan worden aangetoond dat, hoewel de producten A en C geen directe substituten zijn, product B toch een substituum is voor zowel product A als product C, en dat product A en C dus binnen dezelfde productmarkt kunnen vallen aangezien hun respectievelijke prijsstelling kan worden begrensd door de substitueerbaarheid van product B. Dezelfde redenering geldt ook voor het definiëren van de geografische markt.”<sup>137</sup>*

In dit geval wordt de prijsstelling van de kabeloperatoren begrensd door de substitueerbaarheid van de kabeltoegang met de toegang tot het Proximus-platform, zowel op retail- als op wholesaleniveau.

143. In de bestreden beslissing wimpelt de CRC de hypothese van een ketensubstitutie-effect al te gemakkelijk af. Ten eerste is het uitgangspunt van de CRC, namelijk dat er geen ketensubstitutie is op wholesaleniveau, omdat er in afwezigheid van ex ante regelgeving geen wholesaleaanbiedingen zouden zijn, feitelijk onjuist, aangezien Proximus ook niet-gereguleerde wholesaleaanbiedingen aanbiedt, namelijk Carrier DSL en “commerciële” bitstreamtoegang.
144. De studies van Analysys Mason en TERA waar de CRC zich op baseert onderzoeken enkel ketensubstitutie via het retailniveau en spreken elkaar trouwens onderling tegen. Analysys Mason concludeert namelijk dat bij een prijsdaling van 10% door Proximus de kabeloperatoren er belang bij hebben deze prijsdaling te volgen en dat deze vaststelling *“weinig gevoelig is aan de aanname inzake prijselasticiteit”*.<sup>138</sup> De TERA-studie daarentegen concludeert dat in geval van een prijsdaling door Proximus, geen van de kabeloperators deze prijsdaling zou volgen. TERA schrijft deze verschillende conclusie toe aan... een verschillende aanname inzake elasticiteit.<sup>139</sup> Hoe dan ook capteren deze studies niet hoe de interacties tussen de operatoren op wholesaleniveau zouden verlopen. Zij kunnen het standpunt van de CRC over de geografische marktafbakening dan ook onmogelijk onderbouwen.
145. De interacties tussen operatoren op wholesaleniveau zijn niet gebaseerd op punctuele transacties maar op onderhandelingen over meerjarige overeenkomsten. Concreet

---

<sup>136</sup> Zie Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *Pb. EU C 372* van 09 december 1997, p. 5, punt 57.

<sup>137</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, pt. 43.

<sup>138</sup> Analysys Mason, *Analyses économiques en vue du réexamen des marchés de la large bande et de la radiodiffusion*, 19 mei 2015 (administratief dossier (deel BIPT), rijnummer 343 van het Excel-bestand met de inventaris), p. 26. Vrije vertaling van *“L'intérêt du câblo-opérateur à suivre la baisse de Belgacom est donc peu sensible à l'hypothèse d'élasticité-prix”*.

<sup>139</sup> TERA, *Analyses économiques en vue du réexamen des marchés de la large bande et de la radiodiffusion*, 13 juni 2017 (administratief dossier (deel BIPT), rijnummer 352 van het Excel-bestand met de inventaris), p. 65: *“Cette conclusion diffère de celle de la précédente étude préliminaire. Cela s'explique par le différentiel d'élasticité entre les deux études”*. Vrije vertaling: *“Deze conclusie verschilt van deze van de vorige preliminaire studie. Dit is te verklaren door het verschil tussen de twee studies wat betreft de elasticiteitscijfers”*.

betekent dit dat wanneer een alternatieve operator A ervoor kiest om in zee te gaan met aanbieder van wholesaletoeegang B, aanbieder van wholesaletoeegang C aanzienlijke wholesale-inkomsten aan zijn neus ziet voorbijgaan en dat verlies waarschijnlijk niet snel zal kunnen goedmaken. Een verlies aan retailklanten van operator C aan alternatieve operator A vertaalt zich dan in een zuiver inkomstenverlies, dat niet (minstens gedeeltelijk) gecompenseerd wordt door wholesale-inkomsten (in tegenstelling tot wat het geval is voor operator B). Een dergelijke situatie kan het best geanalyseerd worden door middel van een speltheoretisch model. In het kader van de openbare raadpleging over de ontwerpbeslissing heeft e-Conomics op vraag van Telenet een dergelijke analyse uitgevoerd.<sup>140</sup> Daaruit blijkt dat, in de hypothese dat de kabeloperatoren een wholesaleaanbod zouden doen, significante strategische interacties zouden ontstaan tussen de kabeloperatoren die via Proximus zouden verlopen. E-Conomics concludeert dat deze interacties sterk genoeg zouden zijn om te concluderen dat de wholesalemarkt nationaal is.<sup>141</sup>

146. De benadering van de CRC wijkt overigens af van de algemene beslissingspraktijk van de NRI's van de andere lidstaten. De NRI's die de kabel tot de relevante markt voor centrale toegang op wholesaleniveau (markt 3b) hebben gerekend, hebben algemeen aangenomen dat de relevante markt nationaal was, zelfs waar de kabelnetwerken slechts een deel van het nationale grondgebied dekken.<sup>142</sup> Alleen waar het (de) netwerk(en) van de historische operator(en) niet het volledige nationale grondgebied dekken, en zij dus niet via een nationale prijszetting een prijsdwang kunnen uitoefenen op de andere operatoren over het gehele nationale grondgebied, hebben de NRI's subnationale markten weerhouden.<sup>143</sup> In sommige gevallen hebben de NRI's wel lokale markten gedefinieerd voor zones met een hogere graad van (infrastructuur)concurrentie, onder meer als gevolg van de aanwezigheid van kabelnetwerken in die zones.<sup>144</sup> Deze zones werden dan geheel of gedeeltelijk gedereguleerd (er werden m.a.w. geen verplichtingen opgelegd of slechts lichtere verplichtingen), terwijl er voor de rest van het grondgebied van de lidstaat een nationale marktdefinitie werd weerhouden. De benadering van de CRC vormt dus een geïsoleerd geval in de Europese Unie.
147. De geografische marktdefinitie van de hypothetische technologie-neutrale markt voor centrale toegang op wholesaleniveau (markt 3b) is dus manifest ongegrond, of minstens niet afdoend gemotiveerd. Om die reden is het vijfde middel, eerste onderdeel, gegrond.

*Tweede onderdeel*

148. Ongeacht hoe de markt geografisch wordt afgebakend, is de stelling van het CRC dat Proximus en de kabeloperatoren in een technologie-neutrale markt gezamenlijke AMM zouden hebben en dus beide zowel het vermogen als de drijfveer zouden hebben om hun gedrag stilzwijgend op elkaar af te stemmen, ongegrond.
149. Het begrip "gezamenlijke AMM" heeft dezelfde inhoud als het begrip "gezamenlijke

---

<sup>140</sup> E-Conomics, Market Analysis of the Belgian broadband and Broadcasting Markets 2017, 28 september 2018 (bijlage 2 bij het antwoord van Telenet op de openbare raadpleging, administratief dossier (deel BIPT), rijnummer 20 van het Excel-bestand met de inventaris).

<sup>141</sup> E-Conomics, *l.c.*, p. 28.

<sup>142</sup> Bijvoorbeeld Denemarken, Estland, Frankrijk, Malta, Nederland, Portugal en Zweden.

<sup>143</sup> Bijvoorbeeld in Finland, Hongarije en het Verenigd Koninkrijk.

<sup>144</sup> Bijvoorbeeld Duitsland, Polen en Spanje.

dominantie” in het mededingingsrecht.<sup>145</sup> De rechtspraak van het Gerecht en het Hof van Justitie van de EU in verband met het begrip gezamenlijke dominantie kunnen dus als leidraad dienen bij de beoordeling van gezamenlijke AMM in de markten voor elektronische communicatienetwerken en –diensten. Volgens deze rechtspraak betreft het begrip collectieve dominantie *“de relatie van onderlinge afhankelijkheid van de leden van een hecht oligopolie - waarbinnen zij op een markt met de desbetreffende kenmerken, waaronder concentratie van de markt, transparantie en producthomogeniteit, hun wederzijdse gedragingen kunnen voorzien en er dus sterk toe worden aangezet hun gedragingen op de markt onderling af te stemmen”*.<sup>146</sup> De test om dergelijke collusieve oligopolies te identificeren werd voor het eerst uiteengezet in het *Airtours* arrest van het Gerecht. Volgens deze test moeten er drie voorwaarden vervuld zijn: ten eerste, moet de markt *“voldoende doorzichtig zijn om elk lid van de oligopolide machtspositie in staat te stellen voldoende nauwkeurig en snel de ontwikkeling van het marktgedrag van elk van de overige leden te kennen”*; ten tweede moet er sprake zijn van *“voldoende factoren met afschrikkende werking om duurzaam een stimulans te vormen om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken, wat betekent dat elk lid van de oligopolide machtspositie moet beseffen dat, wanneer hij een concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten, anderen soortgelijke stappen zullen ondernemen, zodat zijn initiatief hem geen voordeel zal opleveren”*; ten derde moet ook bewezen worden dat werkelijke en potentiële concurrenten en consumenten niet in staat zijn om *“de van de gemeenschappelijke gedragslijn verwachte resultaten aan het wankelen [te brengen]”*.<sup>147</sup> Samengevat moeten er dus drie elementen aangetoond worden: (i) dat de markt transparant is (of, anders gezegd, dat er een controlemechanisme is waardoor de leden gemakkelijk en snel afwijkingen van de gecoördineerde strategie kunnen detecteren) ; (ii) dat er een afschrikingsmechanisme (of vergeldingsmechanisme) voorhanden is om het collusief evenwicht duurzaam te maken en (iii) dat reacties van buitenstaanders ook het collusief evenwicht niet kunnen verstoren. De eerste twee hebben betrekking op de interne stabiliteit van het coördinatiemechanisme, de derde en laatste op de externe stabiliteit ervan. In de zaak *Impala II* heeft het Hof van Justitie bovendien benadrukt dat *“bij de toepassing van deze criteria [...] een mechanische benadering [dient] te worden vermeden die erin bestaat dat elk van deze criteria afzonderlijk wordt gecontroleerd en voorbij wordt gegaan aan het algemene economische mechanisme dat achter een hypothetische stilzwijgende coördinatie schuilgaat”*.<sup>148</sup>

150. Bijlage II bij de Kaderrichtlijn somt een aantal criteria op die NRI's kunnen gebruiken bij de beoordeling van gezamenlijke AMM. Daarnaast besteden ook de nieuwe AMM-richtsnoeren veel aandacht aan gezamenlijke AMM. De richtsnoeren hernemen de principes van de hierboven aangehaald rechtspraak en benadrukken daarbij het belang van een toekomstgerichte analyse:

*“Bij een prospectieve analyse moet rekening worden gehouden met in de loop van de volgende beoordelingsperiode te verwachten of te voorziene marktontwikkelingen om na te gaan of stilzwijgende collusie de waarschijnlijke marktuitskomst is. Er moet worden nagegaan in hoeverre de elementen van de door het Hof geformuleerde economische test aannemelijk zijn, met inachtneming van de marktstructuren en eventueel beschikbaar bewijsmateriaal over marktgedragingen die bevorderlijk zijn voor het ontwikkelen van het*

<sup>145</sup> Zie artikel 14(2) en overweging 26 van de Kaderrichtlijn en afdeling 3.2 van de nieuwe AMM-richtsnoeren.

<sup>146</sup> Ger. EU 25 maart 1999, zaak T-192/96, *Gencor*, EU:T:1999:65.

<sup>147</sup> Ger. EU 6 juni 2002, zaak T-342/99, *Airtours*, EU:T:2002:146, r.o. 60.

<sup>148</sup> HvJ 10 juli 2008, zaak C-413/06 P, *Bertelsmann en Sony*, EU:C:2008:392, r.o. 125.

*mechanisme van hypothetische coördinatie en voor het bereiken van een evenwicht op het vlak van stilzwijgende collusie. Enig mechanisme moet worden geanalyseerd in het kader van een plausibele theorie van stilzwijgende coördinatie, inclusief overwegingen over de beschikbare bewijzen en gegevens, en hypothetische overwegingen. Zoals kan worden afgeleid uit de hierboven vermelde rechtspraak moet het gebruik van een checklist worden vermeden.*<sup>149</sup>

De NRI moet dus een “geïntegreerde” analyse uitvoeren en kan er niet mee volstaan de in de AMM-richtsnoeren of bijlage II van de Kaderrichtlijn opgesomde algemene kenmerken van markten die zich lenen tot stilzwijgende coördinatie te overlopen en “af te vinken”. De NRI moet een geloofwaardige schadetheorie opbouwen en aantonen dat de markt inderdaad de kenmerken heeft die deze schadetheorie plausibel maken.

151. Op een nationale markt is het volstrekt niet plausibel dat Proximus en de kabeloperatoren een collusief evenwicht in stand zouden kunnen houden, rekening houdend met het aantal operatoren waartussen gecoördineerd zou moeten worden (4), de sterk asymmetrische marktaandelen van deze operatoren (zie Figuur 22) en het feit dat de kabeloperatoren slechts delen van de relevante markt kunnen bedienen. In die omstandigheden is een doeltreffend vergeldingsmechanisme voor afwijkingen van het collusief evenwicht niet denkbaar. Het is ongetwijfeld ook daarom dat de CRC op geforceerde wijze (en afwijkend van de vroegere beslissingspraktijk van het BIPT en de CRC zelf) de geografische markt als subnationaal definieert.
152. Echter, zelfs indien de geografische markt beperkt wordt tot de respectieve dekkingsgebieden van de kabeloperatoren is het niet plausibel dat Telenet en Proximus op duurzame wijze een strategie van stilzwijgende coördinatie zouden kunnen volgen.
153. Vooreerst zijn ook in dit geval de marktaandelen asymmetrisch (zie Figuur 23: de asymmetrie tussen Telenet en Proximus is zelfs nog meer uitgesproken). Een gecoördineerde strategie is echter moeilijk houdbaar wanneer de marktaandelen van vermeend gezamenlijk dominante ondernemingen asymmetrisch zijn. In het dekkingsgebied van Telenet heeft Proximus een (stijgend) marktaandeel van minder dan 40% en Telenet een (dalend) marktaandeel van 60%. In het dekkingsgebied van VOO (Brutélé en Nethys) zijn de verhoudingen omgekeerd en is Proximus met voorsprong de grootste operator. Asymmetrische (en instabiele) marktaandelen wijzen uiteraard niet op stilzwijgende coördinatie. Bijvoorbeeld in een hypothetische duopolistische markt met asymmetrische marktaandelen heeft de kleinere duopolist een sterke prikkel om te proberen nog marktaandeel te winnen ten koste van de grotere duopolist. Pas als de marktaandelen van beide duopolisten ongeveer in evenwicht zijn, kan het voor beide rationeel zijn om dit evenwicht te trachten in stand te houden. In de praktijk zien we dat het marktaandeel van Proximus in Vlaanderen significant kleiner is dan dat van Telenet en bovendien nog groeit. Proximus heeft er dus geen belang bij de bestaande verhoudingen te “bevriezen” door stilzwijgende coördinatie met Telenet. Bij asymmetrische marktverhoudingen heeft de kleinere operator bovendien ook een prikkel om een wholesaleaanbod te doen, omdat alle klanten die alternatieve operatoren die wholesale-afnemer zijn bij deze operator kunnen afsnoepen van de grotere operator, pure winst zijn.<sup>150</sup> Wanneer uitgaan van de

<sup>149</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, randnr. 70 (wij onderlijnen).

<sup>150</sup> Voor de eenvoud van het betoog maken we abstractie van de mogelijkheid dat de alternatieve operatoren ook een expansie van de markt teweegbrengen, wat deze wholesalestrategie nog winstgevender zou kunnen maken voor de kleinere operator. De grotere operator kan geen doeltreffende vergeldingsacties ondernemen omdat wholesalecontracten afgesloten worden voor meerdere jaren en de operator die het

.../...

(plausibele) veronderstelling dat de alternatieve operatoren klanten zullen verwerven bij de gevestigde operatoren ruwweg in verhouding tot de marktaandeelen van deze laatste, is toegang verschaffen dus een winstgevende strategie voor de kleinere operator: het verlies aan retailinkomsten wordt dan namelijk meer dan gecompenseerd door bijkomende wholesale-inkomsten. In Franstalig België zou VOO dus in principe een sterke prikkel moeten hebben om een wholesaleaanbod te doen. Dat dit niet gebeurt, wijst erop dat er andere objectieve factoren zijn die dit verhinderen (nl. het feit dat de kabelnetwerken inherent niet geschikt zijn voor het verlenen van toegang aan derden). Op nationaal niveau stellen we wel vast dat Proximus een niet-gereguleerd wholesaleaanbod heeft (Carrier DSL en "commerciële" *bitstream*).

154. Bovendien kan op basis van de *Airtours* criteria,<sup>151</sup> zoals verder verduidelijkt in de *Impala*-rechtspraak, aangetoond worden dat er geen plausibel mechanisme van stilzwijgende coördinatie bestaat in de breedbandmarkten:

- Eerste *Airtours*-criterium (markttransparantie): Een strategie van stilzwijgende coördinatie veronderstelt dat de betrokken ondernemingen elkaars gedrag kunnen controleren en snel en gemakkelijk afwijkingen kunnen detecteren. Dit veronderstelt dan weer een hoge mate van markttransparantie of toch minstens dat er een aantal duidelijke "aandachtspunten" ("*focal points*") geïdentificeerd kunnen worden op de retail- of wholesalemarkt waarrond de stilzwijgende coördinatie zich kan kristalliseren. In dit geval hebben we echter te maken met markten voor gedifferentieerde (niet-homogene) producten, aangeboden door operatoren die concurreren op basis van verschillende technologieën (elk met eigen voordelen en beperkingen) en die historisch gezien elk een verschillend "kernproduct" hadden (televisie voor de kabeloperatoren, vastelijnscommunicatiediensten voor Proximus). De complexiteit en diversiteit van de productaanbiedingen wordt bovendien nog verhoogd door het feit dat de diensten steeds meer als onderdeel van gebundelde aanbiedingen worden verkocht, met een zeer grote variëteit in de samenstelling en kenmerken van de bundels (die vaak allerlei "bijkomende diensten" bevatten, waaronder ook diensten geleverd door derden: bv. Netflix in de Proximus-bundels). De operatoren publiceren weliswaar hun prijzen, maar dit betekent niet dat de prijzen volledig transparant zijn: naast de reeds vermelde productdifferentiatie (die één-op-één prijsvergelijkingen bemoeilijkt) moet ook rekening gehouden worden met allerhande kortingen en promoties die niet noodzakelijk publiek gemaakt worden. Coördinatie rond investeringsbeslissingen is evenmin waarschijnlijk aangezien de operatoren verschillende technologieën gebruiken met verschillende innovatie- en investeringscycli, die overigens aangedreven worden door derden (internationale normeringsorganen en producenten van uitrusting).<sup>152</sup> De hoge investeringen van de Belgische telecomoperatoren en de continuë upgrades van de netwerken wijzen trouwens op sterke concurrentie op het vlak van investeringen en innovaties (zie randnrs. 31 e.v.). Coördinatie rond marktaandeelen tenslotte is niet alleen onwaarschijnlijk door de asymmetrie van de marktaandeelen (zie hoger),

.../...

eerst toegang heeft dus een "first-mover" voordeel heeft ten opzichte van een operator die dit pas in reactie op de andere operator zou doen.

<sup>151</sup> In haar "artikel 7"-commentaar vraagt de Commissie de CRC om deze criteria nader uit te werken (zie stuk 32).

<sup>152</sup> Wanneer er zich een opportuniteit aandient om een technologische voorsprong te nemen op de concurrentie, zal de betrokken operator een zeer sterke prikkel hebben om dat ook te doen. Hierdoor wordt het collusief evenwicht aan het wankelen gebracht. De prikkel om van het technologisch voordeel gebruik te maken is des te sterker, daar de operator anders het risico loopt om hopeloos achterop te geraken wanneer zijn rivaal vervolgens ook een technologische doorbraak kan maken.

maar ook omdat de marktaandelen verschillen van product tot product alsook tussen marktsegmenten (bv. particuliere versus niet-particuliere klanten).

In de bestreden beslissing besluit de CRC dan maar dat het meest waarschijnlijke “*focal point*” voor coördinatie bestaat in de weigering om (wholesale)toegang te verschaffen. Afwijkingen van een dergelijke gecoördineerde strategie zouden gemakkelijk detecteerbaar zijn. Deze theorie wordt echter gelogenstraf door de vaststelling dat, enerzijds, Proximus vrijwillig niet-gereguleerde wholesaleaanbiedingen doet (Carrier DSL en “commerciële” *bitstream*) en, anderzijds, dat de kabeloperatoren hier niet op reageren door zelf ook vrijwillig wholesaletoeegang te verschaffen. Dit wijst erop dat het voor de kabeloperatoren niet economisch rationeel is om toegang te verschaffen, zelfs als de DSL-operator dit wel doet, wat impliceert dat de weigering om toegang te verschaffen van de kabeloperatoren niet het resultaat is van stilzwijgende coördinatie, maar van een unilaterale beslissing.

- Tweede Airtours-criterium (bestaan van een plausibel vergeldingsmechanisme): Het volstaat niet dat de markt voldoende transparant is om de vermeende leden van een oligopolide machtspositie toe te laten het marktgedrag van de andere leden in de gaten te houden. Zij moeten bovendien over snelle en effectieve vergeldingsmiddelen beschikken om afwijkingen van de gecoördineerde strategie te bestraffen. Op dit punt, nog meer dan met betrekking tot het eerste Airtours-criterium, is de theorie van stilzwijgende coördinatie van de CRC kennelijk ongegrond. Op wholesaleniveau beschikken de operatoren alvast niet over doeltreffende afschrikkingsmiddelen. Wholesaleonderhandelingen worden vertrouwelijk gevoerd en leiden tot het afsluiten van meerjarige contracten. Hierdoor geniet de operator die als eerste toegang geeft een significant “*first-mover*” voordeel. De andere operator kan niet snel en doeltreffend reageren door zelf ook wholesaletoeegang te geven, niet alleen omdat hij daar operationeel en technisch wellicht niet klaar voor zal zijn, maar ook omdat transacties op de wholesalemarkt schaars zijn en de eerste (en misschien enige) verzoeker om toegang al voor enkele jaren “vast zit” op het netwerk van de andere operator (waarna het ook moeilijker wordt om hem ertoe te bewegen om van platform te veranderen wegens de migratiekosten).

De CRC beschouwt in de bestreden beslissing dat het meest doeltreffende afschrikkingsmechanisme zou bestaan in het dreigement om terug te keren naar “normale concurrentievoorwaarden” op retailniveau.<sup>153</sup> In de praktijk betekent dit de retailprijzen verlagen. Dit veronderstelt vooreerst dat de retailprijzen zich boven het concurrerende niveau bevinden, wat de CRC niet overtuigend aantoon (zie *supra*, afdeling 4.2). Bovendien is het niet doeltreffend om het afsluiten van een wholesaleovereenkomst te vergelden met een kortstondige prijsoorlog op retailniveau: wholesaleovereenkomsten worden immers voor langere duur afgesloten, zodat de vergeldingsactie ook voor langere tijd zou moeten volgehouden kunnen worden, wat de kost van de vergelding opdrijft. Bovendien beschikken de kabeloperatoren niet over een nationale dekking, terwijl Proximus een nationale commerciële politiek hanteert. Dit betekent enerzijds dat vergeldingsacties van de kabeloperatoren minder doeltreffend zijn, omdat ze Proximus maar in een deel van de markt treffen. De kabeloperatoren zouden dus ook al onderling hun vergeldingsactie moeten coördineren om Proximus op nationaal niveau te treffen of er moet sprake zijn van ketensubstitutie, maar dit is dan weer inconsistent met de marktdefinitie die de CRC heeft weerhouden.

<sup>153</sup> Bestreden beslissing, randnr. 1891.

Anderzijds zou Proximus (die een nationale prijzenpolitiek heeft) haar prijzen op nationaal niveau moeten verlagen om een afwijking door een kabeloperator te vergelden. Dit drijft de kost van de vergeldingsakte (nl. het retailinkomstenverlies) voor Proximus op.

In feite staat of valt elke theorie van gezamenlijke AMM/dominantie met de vraag of er een geloofwaardig vergeldingsmechanisme voorhanden is. Zonder dergelijk mechanisme kan het collusief evenwicht immers niet stabiel en duurzaam zijn. Het feit dat de CRC niet overtuigend het bestaan van een dergelijk mechanisme aantoonde, volstaat dus al ruimschoots om haar conclusie dat Proximus en de kabeloperatoren gezamenlijke AMM hebben volledig onderuit te halen.

- Derde Airtours-criterium (afwezigheid van externe factoren die de gecoördineerde strategie kunnen ondermijnen): Een strategie van stilzwijgende coördinatie is slechts houdbaar als buitenstaanders (niet-coördinerende concurrenten of afnemers) of andere externe factoren het collusief evenwicht niet aan het wankelen kunnen brengen. Zoals al vermeld vormen de voortdurende technologische innovaties een externe factor van instabiliteit. Daarbij moet nogmaals benadrukt worden dat de innovatie- en investeringscycli niet dezelfde zijn voor de koper- en glasvezelinfrastructuur van Proximus enerzijds en de kabelinfrastructuur anderzijds. Dit maakt het onmogelijk om de investeringen op elkaar af te stemmen.

Figuur 24 - Evolutie van de DSL-technologie in vergelijking met de kabeltechnologie<sup>154</sup>

#### EVOLUTION OF DSL TECHNOLOGY (point-to-point)

1998	2003	2008	2010	2012	2015	2018/Later
ADSL1	ADSL2+	VDSL2 – 12a				VDSL35B
		12a	17a	DLM	VECTORING	G.FAST
8/1Mbps <1 1MHz	24/1.4Mbps 1 1-2 2MHz	50/30Mbps 2 2-12MHz	100/50Mbps 2 2-17MHz	Dynamic Line Management	DS 2014 US 2015	VDSL35B Upto 300Mbps short loop G Fast Upto 1Gbps (aggregate)

#### COMPARED WITH CABLE TECHNOLOGY (shared)

ED1.1	ED2.0	ED3.0 (4x4   8x4   24x8)	ED3.1
40/4Mbps	40/25Mbps	100/50Mbps	200/50Mbps
		750/100Mbps	5Gbps/500Mbps

Andere externe factoren van instabiliteit zijn de convergentie tussen vast en mobiel breedband (zie randnrs. 40 e.v.) en de impact van de ontwikkeling van de OTT-diensten op diensten die vaak met breedbanddiensten gebundeld worden (in het bijzonder televisie, zie randnrs. 48 e.v.).

155. De aanvullende motivering<sup>155</sup> die de CRC op vraag van de Europese Commissie<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Bron: Telenet.

<sup>155</sup> Bestreden beslissing, randnrs. 1837-1842.

<sup>156</sup> Brief van de Europese Commissie aan de CRC van 25 mei 2018 in zaak BE/2018/2073-2074-2075, p. 19: "Néanmoins, afin de renforcer son analyse de la puissance significative conjointe, la Commission demande à la CRC d'étayer davantage certains éléments qui pourraient rendre le marché propice à une coordination tacite, spécialement en ce qui concerne l'homogénéité des produits, la mise en commun des éléments de réseau, la similitude des structures de coûts et le degré d'innovation observé en matière de réseaux". Vrije vertaling: "Niettemin, om de analyse van de gezamenlijke AMM te versterken, vraagt de Commissie aan de CRC om bepaalde elementen die de markt zouden kunnen doen neigen naar stilzwijgende coördinatie beter te staven, in het bijzonder wat betreft de homogeniteit van de producten,

.../...

aan de bestreden beslissing heeft toegevoegd met betrekking tot de marktkenmerken die stilzwijgende coördinatie zouden mogelijk maken beperkt zich tot enkele algemene beschouwingen en is kennelijk niet gefundeerd. De CRC stelt heel algemeen dat de producten voor centrale toegang van Proximus en Telenet "homogeen" zijn, louter en alleen omdat zij beide toelaten een dienst van NGA-niveau (> 30 Mbps) aan te bieden. De CRC gaat voorbij aan de technische beperkingen van centrale toegang tot de kabel ten opzichte van centrale toegang tot het DSL-platform (wat zoals vermeld bijzonder relevant is voor het zakelijk segment), alsook, omgekeerd, het snelheidsvoordeel van de kabel ten opzichte van DSL. Nauw daarmee samenhangend is de conclusie van de CRC dat op het vlak van technische innovatie er geen significante verschillen zouden zijn tussen de netwerken manifest onjuist. Nogmaals, elk platform gebruikt totaal verschillende technologieën, elk met eigen beperkingen en comparatieve voordelen, die bovendien verschillende innovatiecycli volgen, waarover de operatoren overigens geen enkele controle hebben aangezien ze aangedreven worden door derden (standaardiseringsorganen en producenten van uitrusting). Dit betekent zoals al gezegd dat een operator die dankzij een technische innovatie een voorsprong kan nemen op zijn rivaal, een sterke prikkel heeft om daar ook gebruik van te maken, terwijl omgekeerd de andere operator hier niet op kan reageren zolang de best beschikbare technologie voor zijn platform dit niet toelaat. Het is dus onmogelijk om een strategie van stilzwijgende coördinatie op het vlak van innovatie en investeringen in stand te houden en er is trouwens ook niets dat erop wijst dat dit zou gebeuren, wel integendeel (zie randnr. 31). Wat ten slotte de vergelijkbaarheid van de kostenstructuren betreft, komt de CRC niet veel verder dan de algemene beschouwing dat de kostenstructuur van zowel Proximus als de kabeloperatoren gekenmerkt wordt door een hoge graad van vaste kosten, wat juist is, maar tegelijk niet *in concreto* aantoont dat de kostenstructuren van Proximus en Telenet gelijkaardig zijn. Andere elementen, die tegen gezamenlijke AMM pleiten, doet de CRC dan weer af als irrelevant (zoals het feit dat Proximus en de kabeloperatoren geen netwerkelementen gemeenschappelijk maken).

156. Hoe dan ook, de vaststelling dat de markt één of zelfs meerdere kenmerken vertoont die kenmerkend zijn voor markten waarop gezamenlijke AMM/dominantie zich kan voordoen, volstaat niet om te besluiten dat de operatoren inderdaad de mogelijkheid en de drijfveer hebben om hun gedrag duurzaam op elkaar af te stemmen. Zoals het Hof van Justitie benadrukt heeft in de zaak *Impala II*, moet een mechanische of "checklist"-benadering vermeden worden en moet er een geïntegreerde analyse uitgevoerd worden die een plausibel economisch mechanisme van stilzwijgende coördinatie aantoont. Zoals hierboven aangetoond, slaagt de CRC daar niet in, in het bijzonder omdat het geen geloofwaardig vergeldingsmechanisme identificeert waarmee de operatoren afwijkingen van de gecoördineerde strategie zouden kunnen bestraffen. Bijgevolg is de aanduiding van Proximus en de kabeloperatoren als zijnde gezamenlijk dominant op de hypothetische technologie neutrale markt voor centrale toegang op wholesaleniveau kennelijk niet gefundeerd.

157. Bijgevolg is het vijfde middel, tweede onderdeel, gegrond.

#### **5.7 Zesde middel: Miskennis van de methodologische beginselen en doelstellingen van het regelgevend kader, schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn**

---

*het gemeenschappelijk maken van netwerkelementen, de vergelijkbaarheid van de kostenstructuren en de geobserveerde graad van innovatie wat betreft de netwerken".*

## **en schending van de motiveringsplicht doordat de CRC onvoldoende heeft rekening gehouden met de stroomopwaarts beschikbare wholesaleproducten**

### *5.7.1 Korte weergave van het middel*

158. *Eerste onderdeel:* De CRC toont in de bestreden beslissingen niet aan dat, rekening houdend met de reglementering die reeds wordt opgelegd op de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau (markt 3a), inclusief de nieuwe VULA-verplichting, het nog noodzakelijk en evenredig is om verplichtingen, of althans zulke zware verplichtingen, op te leggen op de stroomafwaartse markt voor centrale toegang op wholesaleniveau (markt 3b). Hierdoor miskent de CRC de “modified greenfield” benadering en past zij de “drie criteria toets” niet correct toe.
159. *Tweede onderdeel:* De CRC miskent bovendien de doelstellingen van het regelgevend kader door abstractie te maken van de verplichtingen die zij oplegt op de markt voor centrale toegang tot de koper- en glasvezelnetwerken (“markt 3b-1”) bij de beoordeling van de noodzaak en evenredigheid van verplichtingen op de markt voor centrale toegang tot de kabelnetten (“markt 3b-2”), terwijl deze laatste verplichtingen (in tegenstelling tot de eerste) de begunstigen geen perspectief bieden om de investeringsladder te beklimmen.

### *5.7.2 Uiteenzetting van het middel*

#### *5.7.2.1 Toepasselijke bepalingen en beginselen*

160. Voor de analyse van de markten schrijft de Europese Commissie de “modified greenfield” benadering voor. Deze benadering houdt in dat, indien de NRI bij afwezigheid van ex ante regelgeving op wholesaleniveau een gebrek aan daadwerkelijke concurrentie (of anders gezegd, een marktfalen) vaststelt op een relevante retailmarkt, de NRI eerst de wholesalemarkt moet analyseren die zich ten opzichte van deze retailmarkt het meest stroomopwaarts in de waardeketen bevindt en pas reglementering van de meer stroomafwaarts gelegen wholesalemarkten mag overwegen indien de reglementering op de stroomopwaartse markten nog niet volstaat om daadwerkelijke mededinging teweeg te brengen op de betrokken retailmarkt.
161. Indien de NRI daarentegen vaststelt dat de retailmarkt in de toekomst ook zonder (bijkomende) ex ante regelgeving op wholesaleniveau daadwerkelijk concurrerend zal zijn, dient de NRI te concluderen dat (bijkomende) regelgeving op wholesaleniveau niet meer noodzakelijk is en dat eventuele bestaande regelgeving moet ingetrokken worden.<sup>157</sup>

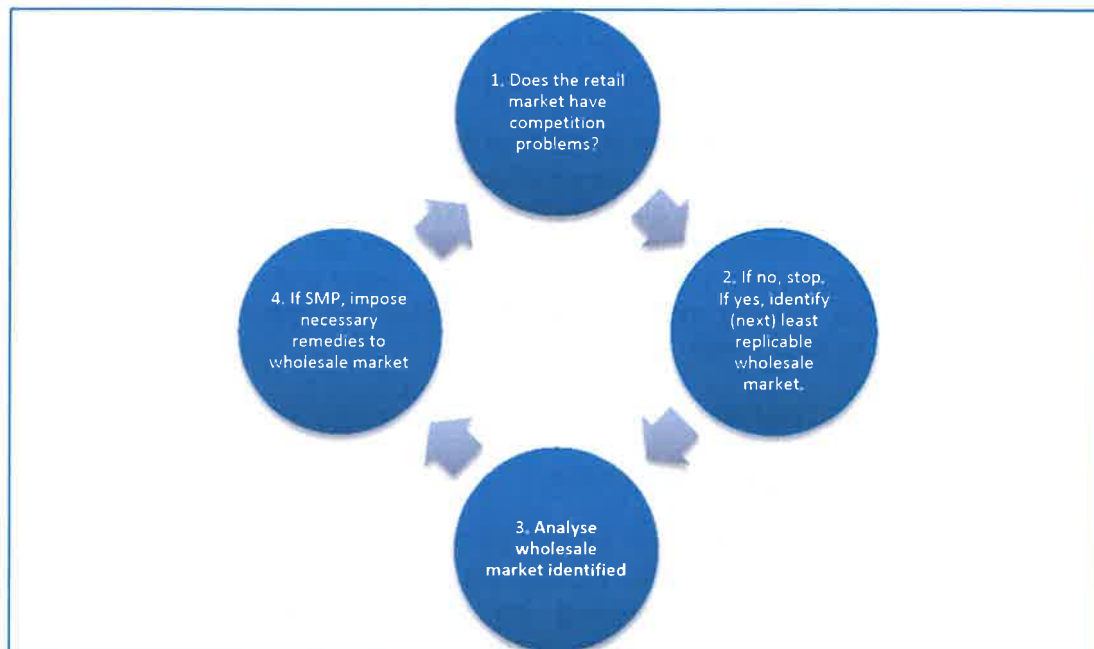
---

<sup>157</sup> Zie Aanbeveling van 2014, overweging 10: “*Als de desbetreffende retailmarkt in de toekomst bij afwezigheid van regelgeving ex ante niet daadwerkelijk concurrerend zal zijn, dient/dienen de bijbehorende wholesalemarkt(en) die overeenkomstig artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG aan regelgeving ex ante kan/kunnen worden onderworpen te worden beoordeeld. Bij het analyseren van de grenzen en de marktmacht op één of meer bijbehorende relevante wholesalemarkten om te bepalen of deze daadwerkelijk concurrerend is/zijn, dient rekening te worden gehouden met directe en indirecte concurrentiedruk, ongeacht of die druk al dan niet voortvloeit uit elektronische-communicatienetwerken, elektronische-communicatiediensten of andere soorten diensten of toepassingen die vanuit het oogpunt van de eindgebruiker vergelijkbaar zijn. Als de desbetreffende retailmarkt echter in de toekomst bij afwezigheid van regelgeving ex ante op wholesaleniveau op de bijbehorende relevante markt(en) daadwerkelijk concurrerend zal zijn, dient de nationale regelgevende instantie hieruit de conclusie te trekken dat regelgeving op wholesaleniveau niet meer noodzakelijk is. In dat geval dient er bij de beoordeling van de bijbehorende relevante wholesalemarkt(en) te worden uitgegaan van het intrekken van de regelgeving ex ante. Indien de wholesalemarkten in de toeleveringsketen verticaal met elkaar zijn verbonden, dient als eerste de wholesalemarkt te worden geanalyseerd die stroomopwaarts het verst van*

.../...

162. Wanneer de toeleveringsketen van de retailmarkt bestaat uit verschillende, verticaal met elkaar verbonden wholesalemarkten, is de analyse van de wholesalemarkten een iteratief proces, dat begint bij de meest stroomopwaartse markt en waarbij de NRI telkens, alvorens de analyse aan te vatten van een meer stroomafwaarts gelegen markt, zich de vraag moet stellen of de regelgeving die werd opgelegd op de stroomopwaartse markten niet volstaat om daadwerkelijke concurrentie teweeg te brengen op de retailmarkt:

**Figuur 25 - Iteratief marktanalyseproces<sup>158</sup>**



163. De “modified greenfield”-analyse moet prospectief of toekomstgericht zijn. Dit betekent dat de NRI moet nagaan of de (retail)markt(en) in de toekomst concurrerend zal (zullen) zijn bij afwezigheid van wholesaleregelgeving, en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend is.<sup>159</sup> De NRI moet niet alleen rekening houden met de bestaande marktsituatie, maar ook met de te verwachten of te voorspellen marktontwikkelingen in de loop van de volgende beoordelingsperiode. Met andere woorden, er is een dynamische in plaats van een statische benadering nodig bij het uitvoeren van een marktanalyse.<sup>160</sup>
164. Om in aanmerking te komen voor reglementering, moeten de wholesalemarkten ook voldoen aan drie cumulatieve criteria: (i) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn; (ii) een marktstructuur die niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de betrokken reguleringsperiode; (iii) de ontoereikendheid van het mededingingsrecht om het

.../...

de desbetreffende retailmarkt is verwijderd.” Zie ook nieuwe AMM-richtsnoeren, punt 18 en Toelichting bij de Aanbeveling van 2014, pp. 7 en 11-12.

<sup>158</sup> Bron: Ecorys, *Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation*, Final Report, 18 september 2013 (stuk 37), p. 12.

<sup>159</sup> Overweging 27 van de Kaderrichtlijn; punt 16 van de nieuwe AMM-richtsnoeren.

<sup>160</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, punt 25.

marktfalen in kwestie te verhelpen.<sup>161</sup> In de “modified greenfield” benadering moeten deze drie criteria beoordeeld worden rekening houdend met bestaande regelgeving op de stroomopwaartse markt(en), maar abstractie makend van eventuele bestaande regelgeving op de betrokken markt zelf.

165. Het beginsel van de investeringsladder houdt tenslotte in dat de NRI's de voorkeur moeten geven aan (toegangs)verplichtingen die de begunstigden toelaten om de investeringsladder te beklimmen, d.w.z. om geleidelijk hun eigen netwerkinfrastructuur uit te bouwen totdat zij uiteindelijk niet meer afhankelijk zijn van gereguleerde toegang tot het netwerk van een andere operator maar de transitie kunnen maken van concurrenten op basis van diensten naar volwaardige concurrenten op basis van infrastructuur. De NRI's moeten dus regelgeving vermijden die de begunstigden van deze regelgeving blijvend afhankelijk zouden maken van wholesalediensten geleverd door andere operatoren. Dit zou immers resulteren in een zelf-bestendigende regelgeving die de alternatieve operatoren niet aanmoedigt om zelf in eigen infrastructuur te investeren, en tegelijk de gereguleerde operatoren ontmoedigt om verder te investeren in hun netwerken. Dit zou in strijd zijn met de doelstellingen van het regelgevend kader, in het bijzonder de doelstelling om een op infrastructuur gebaseerde concurrentie te bevorderen (artikel 8(5)(c) van de Kaderrichtlijn) en om investeringen in infrastructuur aan te moedigen (artikel 8(5)(d) van de Kaderrichtlijn).

#### 5.7.2.2 Toepassing op deze zaak

##### *Eerste onderdeel*

166. Zoals de CRC in de bestreden beslissing zelf zegt, moet “*het gebruik van de producten in de markt van lokale toegang in de mate van het mogelijke voorrang krijgen*” omdat deze producten zich “*hogerop de investeringsladder*” bevinden en de alternatieve operatoren “*meer controle [bieden] over hun retailaanbiedingen en meer onafhankelijkheid ten opzichte van de operator met een sterke machtspositie bij wie deze producten worden gekocht*”.<sup>162</sup>
167. In het kader van de vorige marktanalyse van de breedbandmarkten (2011) heeft de CRC in markten 4 en 5 van de Aanbeveling van 2007<sup>163</sup> alleen aan Proximus

---

<sup>161</sup> Aanbeveling van 2014, overweging 11: “*De in de bijlage opgenomen wholesalemarkten kunnen over kenmerken beschikken op basis waarvan regelgeving ex ante gerechtvaardigd is, aangezien deze voldoen aan de hieronder genoemde drie cumulatieve criteria die ook in de vorige versies van de aanbeveling zijn toegepast om te bepalen welke markten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen. Het eerste criterium is de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Gezien het dynamische karakter en functioneren van elektronische-communicatiemarkten moet bij het uitvoeren van een prospectieve analyse voor het bepalen van de relevante markten die voor regelgeving ex ante in aanmerking komen, echter ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat toegangsbelemmeringen binnen de relevante periode worden overwonnen. Het tweede criterium is of de marktstructuur al dan niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de desbetreffende periode. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de toestand is van de op infrastructuur gebaseerde en andere mededinging die aan de toetredingsdrempels ten grondslag ligt. Het derde criterium is dat toepassing van het mededingingsrecht op zichzelf het marktfalen in kwestie niet voldoende zou verhelpen*”. Zie ook Toelichting bij de Aanbeveling van 2017, pp. 8-11.

<sup>162</sup> Bestreden beslissing met betrekking tot de bevoegdheid van het BIPT, randnr. 1916.

<sup>163</sup> Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, C(2007) 5406, Pb. EU L 344 van 28 december 2007 (“**Aanbeveling van 2007**”), p. 65. Markt 4 wordt door deze Aanbeveling gedefinieerd als de markt voor “*(fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie*” en markt 5 als

.../...

regelgevende verplichtingen opgelegd. In de nieuwe marktanalyse die thans voorligt worden er aan Proximus een aantal nieuwe verplichtingen opgelegd in markt 3a (corresponderend met markt 4 van de Aanbeveling van 2007): voor het eerst wordt er toegang tot het glasvezelnetwerk opgelegd, alsook virtuele lokale toegang (VULA, "virtual unbundled local access") tot het kopernetwerk. Ondanks deze uitbreiding van de beschikbare wholesaleproducten op de stroomopwaartse markt 3a, legt de CRC nu echter ook voor het eerst toegangsverplichtingen op aan de kabeloperatoren in de stroomafwaartse markt 3b (corresponderend met markt 5 van de Aanbeveling van 2007). In plaats van een verlichting van de regelgevende maatregelen op de stroomafwaartse markt, worden deze dus juist nog uitgebreid en worden de kabeloperatoren voor het eerst in deze markten gereguleerd.

168. De CRC was er zich blijkbaar van bewust dat de bestreden beslissing op dit vlak voor kritiek vatbaar is, want zij heeft (na de openbare raadpleging) aan de bestreden beslissing een hoofdstuk toegevoegd waarin de driecriteriatest wordt toegepast op markt 3b-2 (hoofdstuk 26) en een hoofdstuk over de "coherentie van de regulering tussen de markt van de lokale toegang en de markt van de centrale toegang" (hoofdstuk 29). In essentie komt de argumentatie in beide hoofdstukken erop neer dat de impact van de nieuwe verplichtingen niet onmiddellijk voelbaar zal zijn en dat het daarom noodzakelijk is of blijft om ook op de stroomafwaartse markt nog verplichtingen op te leggen.<sup>164</sup>
169. In tegenstelling tot wat de CRC lijkt te suggereren, vereist de Commissie echter helemaal niet dat de retailmarkt reeds tijdens de betrokken beoordelingsperiode daadwerkelijk concurrerend zou worden. In de Toelichting bij de Aanbeveling van 2014 stelt de Commissie namelijk het volgende:

*"[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."*<sup>165</sup>

Specifiek met betrekking tot de beoordeling van het tweede criterium van de driecriteriatest stelt de Toelichting bovendien het volgende:

*"A tendency towards effective competition does not necessarily imply that the market will reach the status of effective competition within the period of review. It simply means that there is clear evidence of dynamics in the market within the period of review which indicates that the status of effective competition will be*

.../...

de markt voor "wholesalebreedbandtoegang". Deze laatste markt "omvat niet-fysieke of virtuele netwerktoegang, met inbegrip van bitstreamtoegang op een vaste locatie. Het gaat om een downstreammarkt ten opzichte van de fysieke toegang die valt onder markt 4, in die zin dat wholesalebreedbandtoegang kan worden opgezet door gebruik te maken van dit uitgangspunt in combinatie met andere elementen".

<sup>164</sup> Zie bestreden beslissing met betrekking tot de bevoegdheid van het BIPT, randnrs. 1750 en 1912.

<sup>165</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2014, p. 7. Wij onderlijnen. Vrije vertaling: "De retailmarkt kan pas effectief concurrentieel worden na de beoordelingsperiode zoals gedefinieerd in artikel 16 van de Kaderrichtlijn, maar er kunnen duidelijke aanwijzingen zijn van een marktdynamiek die erop wijst dat de markt binnen afzienbare tijd daadwerkelijk concurrentieel zal worden, zelfs zonder het opleggen van ex ante regelgeving op de betrokken markt".

*reached in the foreseeable future without ex ante regulation in the market concerned.*"<sup>166</sup>

170. Het is dus evenmin vereist dat de impact van nieuwe wholesaleproducten op een stroomopwaartse markt, zoals in dit geval VULA bijvoorbeeld, zich al op korte termijn (nl. binnen de betrokken beoordelingsperiode<sup>167</sup>) vertaalt in een toeneming van de concurrentie(druk) op retailniveau zolang maar redelijkerwijs kan verwacht worden dat dit op termijn zal gebeuren. Door er kennelijk van uit te gaan dat bij de analyse van een stroomafwaartse markt (*in casu*, markt 3b) enkel rekening moet gehouden worden met wholesaleproducten op de stroomopwaartse markt(en) (*in casu*, markt 3a) die van aard zijn om de markt nog tijdens de betrokken beoordelingsperiode daadwerkelijk concurrerend te maken, neemt de CRC een te korte tijdshorizon in aanmerking. De analyse moet ook rekening houden met voorzienbare marktontwikkelingen op langere termijn, voorbij de tijdshorizon van de beoordelingsperiode.<sup>168</sup>
171. Het volstaat dus bijvoorbeeld niet te stellen dat de VULA-verplichting nog "*niet operationeel*" is en dat er nog "*een referentieaanbod voor VULA [moet] worden ontwikkeld*" om te beschouwen dat VULA in de verdere analyse genegeerd mag worden. Dezelfde overwegingen kan men immers maken over alle nieuwe correctiemaatregelen. Op die manier komt er natuurlijk nooit een einde aan de regelgeving, aangezien men dan op elk niveau in de toeleveringsketen tot de conclusie zal komen dat de maatregelen die reeds opgelegd werden op de hogere niveaus (nog) niet volstaan om het mededingingsprobleem op retailniveau op te lossen. De motivering voor het opleggen van verplichtingen op de markten 3.b is dus kennelijk gebrekkig en ontoereikend.
172. De benadering van de CRC houdt bovendien een "*self fulfilling prophecy*" in. Door de invoering/het behoud van toegangsverplichtingen op de stroomafwaartse markten (3.b-1 en 3.b.-2), of anders gezegd door het behoud van wholesaleproducten lager op de investeringsladder, worden de begunstigden van de regulering er niet toe aangezet om in eigen infrastructuur te investeren en hoger op de investeringsladder te klimmen. De CRC valt op die manier in de val waar ze zelf nochtans voor waarschuwt:

*"In het kader van het onderzoek van de gepaste correctiemaatregelen op de markten van centrale toegang (3b1 en 3b2) dient bijgevolg te worden vermeden dat de relatieve positionering van de producten van lokale toegang en van de producten van centrale toegang (3b1 en 3b2) het gebruik van de diensten van lokale toegang ontmoedigt".*<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2014. Vrije vertaling: "*Een tendens naar daadwerkelijke mededinging betekent niet noodzakelijk dat de markt binnen de beoordelingsperiode de situatie van daadwerkelijke mededinging zal bereiken. Het betekent eenvoudigweg dat er duidelijke aanwijzingen zijn van de marktdynamiek binnen de beoordelingsperiode die erop wijzen dat de situatie van daadwerkelijke mededing zal worden bereikt in de nabije toekomst zonder ex ante regelgeving op de betrokken markt*".

<sup>167</sup> Een beoordelingsperiode bedraagt in principe slechts 3 jaar, zie art. 16(6) van de Kaderrichtlijn.

<sup>168</sup> Zie ook Ecorys, *Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation: Final report for the European Commission*, 18 september 2013, p. 43, (stuk 36) die argumenteert dat dit juist een belangrijk onderscheid is tussen de driecriteriatest en de AMM-analyse: "*The [Three Criteria Test] is a medium-term test of the need for ex-ante regulation in the area; the [SMP analysis] considers more explicitly where and how such regulation should be applied over the next few years*" (wij onderlijnen). Vrije vertaling: "*De [driecriteriatest] is een test op middellange termijn van de behoefte aan ex-ante regulering in het gebied; de [SMP-analyse] gaat expliciet na waar en hoe dergelijke regelgeving de komende jaren moet worden toegepast.*"

<sup>169</sup> Bestreden beslissing, randnr. 1912.

173. In verband met de VULA verplichting moet bovendien opgemerkt worden dat de toegangsdrempel tot dit wholesaleproduct voor alternatieve operatoren niet beduidend hoger lijkt dan voor "bitstream" of vergelijkbare vormen van "centrale" toegang, in die mate zelfs dat het BIPT in de oorspronkelijke ontwerpbeslissing VULA tot markt 3b rekende (wat echter strijdig was met de aanbevelingen van de Commissie terzake en daarom terecht werd gecorrigeerd in de finale beslissing). Dit doet alleen maar de vraag toenemen naar de rechtvaardiging van bijkomende verplichtingen op de stroomafwaartse markt(-en).

*Tweede onderdeel*

174. Zoals de CRC het in de bestreden beslissingen formuleert, bestaat het principe van de investeringsladder erin "dat een operator meer kan investeren in infrastructuur nadat hij een kritische massa heeft bereikt"<sup>170</sup> (op basis van gereguleerde toegang tot de infrastructuur van een andere operator). De CRC erkent echter zelf dat het op de kabelnetten "gelet op het gebrek aan een product voor lokale toegang binnen het tijdsbestek van deze analyse, niet mogelijk [is] om te stijgen op de investeringsladder".<sup>171</sup> Dat er op de kabel geen producten voor lokale toegang bestaan, ook niet in de afzienbare toekomst, wordt ook bevestigd door recente studies van WIK Consult voor de Nederlandse regulator ACM en voor de Ierse regulator Comreg.<sup>172</sup> Dit betekent dat alternatieve operatoren die ervoor kiezen om op de retailmarkt diensten aan te bieden op basis van centrale toegang tot de kabelnetten, op deze "trede" van de ladder vastzitten, zonder de mogelijkheid te hebben om de ladder verder te beklimmen. Bovendien blijkt uit de analyse van de CRC ook dat eenmaal een alternatieve operator voor een bepaald platform gekozen heeft (bv. de kabel), hij geconfronteerd wordt met hoge overstapkosten indien hij vervolgens zijn klantenbestand zou willen migreren naar het andere platform (bv. glasvezel). Het is dan ook niet realistisch te verwachten dat alternatieve operatoren die gebruik maken van centrale toegang tot de kabel, vervolgens zouden overschakelen naar (virtuele of fysieke) lokale toegang tot de koper- en glasvezelinfrastructuur van Proximus, te meer daar de investeringen die de alternatieve operator dan al gedaan heeft in toegang tot de kabel, in dat geval verloren zouden gaan.
175. Door desondanks de kabeloperatoren te verplichten om centrale wholesaletoeegang te verschaffen, creëert de CRC een vorm van zelf-bestendige regulering, die de alternatieve operatoren blijvend afhankelijk maakt van regelgevende interventie en van toegang tot het netwerk van andere operatoren. Dit druist duidelijk in tegen de doelstelling van het regelgevend kader om op infrastructuur gebaseerde concurrentie te bevorderen (zie artikel 8(5)(c) van de Kaderrichtlijn).
176. Deze vaststelling legt meteen ook de grote paradox bloot van de voorgestelde regelgeving, namelijk dat de toegenomen concurrentiedruk uitgaand van het kabelplatform leidt tot *meer* in plaats van *minder* regelgeving. Dit is het gevolg van de afbakening van twee afzonderlijke, platform-specifieke markten op basis van een substitutieanalyse die – zoals de Commissie opgemerkt heeft – ernstige gebreken

---

<sup>170</sup> Beslissing met betrekking tot de bevoegdheid van het BIPT, randnr. 1918.

<sup>171</sup> Ibidem, randnr. 1913; zie ook randnr. 1921: "Op de kabelnetten zullen er binnen het tijdsbestek van deze analyse allicht geen producten voor lokale toegang in gelijk welke vorm bestaan. Het is dus, nu en vooruitkijkend, niet mogelijk om op de kabelnetten te stijgen op de investeringsladder" (wij onderlijnen).

<sup>172</sup> WIK Consult, Options for wholesale access to Cable-TV networks with focus on VULA, studie voor ACM, 5 februari 2015 (stuk 26); WIK Consult, Technical feasibility of providing wholesale broadband access over a cable TV infrastructure (EC Market 3), studie voor Comreg, februari 2016 (stuk 27); WIK Consult, Study into the current and future technological access options to all fixed telecommunication infrastructures in the Netherlands, studie voor ACM, 30 juni 2017 (stuk 28).

vertoont. Het is echter niet omdat het kabelplatform niet tot dezelfde markt zou behoren als het platform van Proximus, dat dit onvermijdelijk tot de conclusie leidt dat de kabeloperatoren dan ook symmetrisch gereguleerd moeten worden op hun platformspecifieke markten. Geen enkele andere NRI die geconcludeerd heeft dat de (in)directe concurrentiedruk van (de zelfbeleving van) de kabeloperatoren niet voldoende sterk was om de kabel in markt 3b op te nemen, heeft vervolgens een afzonderlijke markt voor centrale toegang tot het kabelplatform gedefinieerd om dan regelgevende verplichtingen op te leggen aan de kabeloperatoren.<sup>173</sup> Dit is trouwens ook de benadering die het BIPT en de CRC in de vorige marktanalyses hebben gevolgd. De Commissie heeft nooit bezwaar gemaakt tegen die benadering. Er is dus geen verplichting om een afzonderlijke markt "3b-2" te definiëren en te analyseren. Er is geen wettelijke verplichting op grond van artikel 16(1) van de Kaderrichtlijn om deze markt te analyseren, aangezien deze markt geen deel uitmaakt van de lijst van de Aanbeveling van 2014. Ook het arrest van Uw Hof van 3 december 2014 vereist trouwens geen volledige marktanalyse van deze markt: in dat arrest verlangt Uw Hof alleen van de regulator om de proportionaliteit van de verplichtingen opgelegd aan Proximus beter te motiveren rekening houdend met de hypothese van een notionele markt voor wholesaletaegang tot de kabel.<sup>174</sup>

177. Wanneer de competitieve druk uitgaande van de kabelnetwerken niet voldoende sterk is om deze netwerken tot de relevante wholesaemarkt te rekenen, beveelt de Commissie aan om met deze druk rekening te houden bij de AMM-analyse of nog bij de beoordeling van de gepaste verplichtingen.<sup>175</sup> Dit zou dan logischerwijze moeten leiden tot een *verlichting* van de verplichtingen van de historische operator van het kopernetwerk en dus juist tot *minder* in plaats van *meer* regelgeving. Ook in verband met de vorige marktanalyse van de breedbandmarkten door de CRC heeft de Commissie zich in die zin uitgesproken:

*"Même si les opérateurs du câble ne font pas partie du marché de la fourniture en gros d'accès à large bande, la Commission constate qu'ils exercent, au niveau de la fourniture de détail, un certain niveau de pression concurrentielle. [...] La Commission invite la CRC à considérer si cette pression concurrentielle, conjuguée aux remèdes d'accès physique proposés, pourrait justifier de réduire l'intensité de la réglementation en aval dans certaines zones géographiques."*<sup>176</sup>

178. Omgekeerd hebben de NRI's die de concurrentiedruk uitgaande van het kabelplatform wel voldoende sterk bevonden hebben om dit platform in de relevante wholesaemarkt

<sup>173</sup> De NRI's die de kabel hebben uitgesloten van markt 3b (of voordien in markt 5 van de Aanbeveling van 2007) zijn Bulgarije, Cyprus, Tsjechië, Ierland, Letland, Litouwen, Luxemburg, Nederland (in de vorige analyseronde, markt voor hoge kwaliteit breedbandtoegang en wholesale huurlijnen), Oostenrijk, Polen, Roemenië en Slovenië (alook in Griekenland en Italië, maar dat is omdat er daar geen kabelnetwerken bestaan).

<sup>174</sup> Brussel (18de k.) 3 december 2014, 2011/AR/2421, pt. 139.

<sup>175</sup> "[...] *when assessing whether the incumbent operator has SMP on the relevant market, as well as alternatively in the assessment of the appropriate remedies*" (Beslissing van de Commissie in zaak CY/2016/1883, zie ook zaak PT/2016/1889). Vrije vertaling: "*bij de beoordeling of de gevestigde exploitant aanmerkelijke marktmacht op de relevante markt heeft, of anders ook bij de beoordeling van de passende oplossingen*".

<sup>176</sup> Brief van de Europese Commissie aan de CRC d.d. 20 juni 2011 in zaak BE/2011/1227-1228 (stuk 36). Vrije vertaling: "*Ook al maken kabelexploitanten geen deel uit van de groothandelsmarkt voor breedbandtoegang, is de Commissie van oordeel dat zij een bepaald niveau van concurrentiële druk uitoefenen op het niveau van de detailhandel. [...] De Commissie verzoekt de CRC te overwegen of deze concurrentiële druk, in combinatie met de voorgestelde fysieke toegangsmogelijkheden, de verlaging van de intensiteit van stroomafwaartse regulering in bepaalde geografische gebieden zou kunnen rechtvaardigen*".

op te nemen,<sup>177</sup> hier tot dusver geen reden in gezien om aan de kabeloperatoren verplichtingen op te leggen, maar juist om de markt geheel of gedeeltelijk te dereguleren rekening houdend met het bestaan van infrastructuurconcurrentie.<sup>178</sup>

179. Zelfs in de veronderstelling dat de CRC gelijk had om te concluderen dat de zelfvoorziening van de kabeloperatoren noch op basis van directe substitueerbaarheid, noch op basis van indirecte concurrentiedruk tot dezelfde relevante markt kon gerekend worden, dan nog had de CRC pas het opleggen van verplichtingen aan de kabeloperatoren mogen overwegen na eerst vastgesteld te hebben dat de op markt 3b opgelegde verplichtingen (die dan dus enkel betrekking zouden hebben op de koper- en glasvezelinfrastructuur) prospectief nog steeds niet zouden volstaan om het op de retailmarkt vastgestelde gebrek aan effectieve concurrentie te verhelpen. De CRC stelt het ten onrechte voor alsof het markt 3b gewoon opsplitst in twee parallelle markten “3b-1” en “3b-2”, die zich op precies hetzelfde niveau in de investeringsladder zouden bevinden en dus volledig symmetrisch kunnen gereguleerd worden. Dit laat de CRC dan toe om te doen alsof zij in de “modified greenfield” benadering bij de analyse van markt “3b-2” geen rekening moet houden met de verplichtingen die opgelegd worden in markt “3b-1”, aangezien deze laatste markt zich niet hoger op de investeringsladder zou bevinden. Dit is echter onjuist, aangezien centrale toegang tot de kabelnetten de alternatieve operatoren veel minder controle bieden over hun retailaanbiedingen dan de wholesaleproducten die op de koper- en glasvezelinfrastructuur mogelijk zijn. Op basis van toegang tot de kabel kunnen de alternatieve operatoren hun retailaanbiedingen met andere woorden veel minder differentiëren van de retailaanbiedingen van de kabeloperatoren zelf.
180. De technische verklaring voor deze beperking van de kabelnetten is dat het distributienetwerk van de kabelinfrastructuur, anders dan de koper- en glasvezelinfrastructuur, een gedeeld medium is. Dit betekent dat alle eindgebruikers op hetzelfde knooppunt (“node”) van het netwerk – bij Telenet kan dit gaan over tot wel 500 huishoudens – dezelfde upload- en downloadcapaciteit delen. De kabeltechnologie laat niet toe om voor individuele gebruikers op eenzelfde knooppunt afzonderlijk een bepaalde upload- en downloadsnelheid en volume vast te stellen. De productspecificaties moeten dus gedefinieerd worden in functie van de beschikbare capaciteit en het effectieve gebruik (zowel door de abonnees van de kabeloperator als van de alternatieve operator) om te garanderen dat de gebruikerservaring aan de verwachtingen voldoet. Concreet betekent dit dat de kabelnetten niet toelaten om de gebruikers specifieke “quality of service” (QoS) garanties te geven, zoals bijvoorbeeld symmetrische download- en uploadprofielen. Op koper- of glasvezelnetwerken is dit wel mogelijk. De centrale toegang tot de koper- en glasvezelnetwerken moet daarom

---

<sup>177</sup> De lidstaten waar de kabel tot markt 3b (of voordien tot markt 5 van de Aanbeveling van 2007) is gerekend zijn Denemarken, Estland, Finland, Frankrijk, Hongarije, Malta, Nederland (vorige analyseronde, markt voor lage kwaliteit wholesalebreedbandtoegang), Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Zweden.

<sup>178</sup> Onder andere in Frankrijk, Malta, Portugal, Polen, Spanje en Zweden heeft de aanwezigheid van kabelnetwerken bijgedragen tot een gehele of gedeeltelijke deregulering van markt 3b of minstens een verlichting van de verplichtingen voor de historische operator. In Denemarken heeft de NRI in het kader van de vorige marktanalyseronde (2012) weliswaar TDC verplicht om haar kabelnetwerk open te stellen, maar dit had te maken met de unieke situatie in Denemarken, waarbij eenzelfde operator (TDC) zowel het kopernetwerk als de kabelnetwerken controleert. Hoe dan ook werden deze verplichtingen ondertussen weer opgeheven in het kader van de meest recente marktanalyse (2017). De enige NRI die tot dusver heeft voorgesteld om zowel koper als kabel te reguleren op basis van gezamenlijke AMM in één grote markt, is de Nederlandse regulator ACM in de ontwerpbeslissing die ACM pas (31 juli 2018) bij de Europese Commissie heeft aangemeld. Het is nog afwachten wat de Europese Commissie hierover te zeggen zal hebben, maar in elk geval is de situatie in Nederland helemaal niet te vergelijken met die in België, aangezien er in Nederland twee grote netwerken zijn met landelijke dekking (nl. het kopernetwerk van KPN en het kabelnetwerk van VodafoneZiggo).

beschouwd worden als een vorm van toegang die zich hoger op de investeringsladder dan de centrale toegang tot de kabelnetten.

181. Nog belangrijker dan deze technische verschillen is echter het feit dat op de kabelnetten de investeringsladder stopt bij centrale toegang. Zoals de CRC zelf erkent, is (fysieke of virtuele) lokale toegang op de kabelnetten vandaag en in de afzienbare toekomst technisch niet mogelijk. De toegang tot de kabel biedt de alternatieve operatoren dus geen enkel perspectief om geleidelijk aan onafhankelijk te worden van de operator met AMM door te investeren in eigen infrastructuur eenmaal hij een kritische massa heeft bereikt. Nochtans heeft de Commissie in haar commentaar op de ontwerpbeslissing nog eens benadrukt dat "*conformément au considérant 19 de la directive « accès », [...] le fait qu'une ARN impose un accès régulé de nature à intensifier la concurrence à court terme ne devrait pas compromettre l'efficacité des mesures qui incitent les concurrents à investir dans des réseaux de substitution, garants d'une concurrence accrue à long terme*".<sup>179</sup>
182. Daarbij komt nog dat door de geografische fragmentatie van de kabelnetten, deze ook geen "one-stop-shop" oplossing bieden voor de alternatieve operatoren, wat de implementatie van de toegang complexer en kostelijker maakt.
183. Om al deze redenen had de CRC prioritair toegangsverplichtingen moeten overwegen met betrekking tot de koper- en glasvezelnetwerken. De door de CRC voorgestelde benadering, namelijk een symmetrische regulering van beide platformen, staat haaks op zowel de methodologische principes als de beleidsdoelstellingen van het Europees regelgevend kader. In elk geval schiet de CRC tekort in zijn verplichting om de proportionaliteit van de in de zgn. "markt 3b-2" opgelegde correctiemaatregelen te verantwoorden rekening houdend met de verplichtingen die reeds in markt 3a en "markt 3b-1" worden opgelegd. De CRC heeft namelijk de impact van de nieuwe verplichtingen in markt 3a (VULA op koper en glasvezel, fysieke lokale toegang tot glasvezel) niet *in concreto* en vanuit een toekomstgericht perspectief onderzocht, en heeft met de impact van de in "markt 3b-1" opgelegde remedies zelfs helemaal geen rekening gehouden.
184. Bijgevolg is het middel in beide onderdelen gegrond.

**5.8 Zevende middel: Schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn en artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de op zichzelf staande verplichting tot breedbandtoegang en de verplichting inzake toegang tot de QoS-mechanismen in EuroDOCSIS nodig voor vaste telefonie niet noodzakelijk zijn om alternatieve operatoren toe te laten te concurreren op de retailmarkt en doordat er één tarief wordt vastgesteld voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps**

**5.8.1 Korte weergave van het middel**

185. *Eerste onderdeel*: De CRC toont niet aan dat het noodzakelijk en evenredig is om aan de kabeloperatoren een op zichzelf staande verplichting om breedbandtoegang op wholesaleniveau op te leggen, in plaats van enkel accessoir aan de verplichting om

---

<sup>179</sup> Brief van de Commissie d.d. 25 mei 2018 in zaak BE/2018/2073-2074-2075, p.19 (stuk 32). Vrije vertaling: "in overeenstemming met overweging 19 van de Toegangsrichtlijn, [...] zou het feit dat een NRI een gereguleerde toegang oplegt om de mededinging op korte termijn te intensiveren, niet ten koste mogen gaan van de effectiviteit van maatregelen die concurrenten ertoe aanzetten te investeren in substitutienetwerken, die op de lange termijn voor meer concurrentie zorgen."

toegang te verschaffen tot het digitale televisieplatform, zoals in de vorige marktanalyseronde (2011). Gelet op het nog steeds toenemend belang van gebundelde aanbiedingen op retailniveau, zou een verplichting om breedbandtoegang te verschaffen als aanvulling op wholesaletoegang tot het televisieplatform moeten volstaan om alternatieve operatoren toe te laten te concurreren op de retailmarkt. Het is onzeker of er überhaupt een reële vraag bestaat naar op zichzelf staande wholesale breedbandtoegang en het is in elk geval onwaarschijnlijk dat de eventuele vraag voor een dergelijk product in verhouding staat tot de implementatiekosten ervan.

186. *Tweede onderdeel:* De CRC toont evenmin aan dat het noodzakelijk en evenredig is om de kabeloperatoren te verplichten om toegang te verschaffen tot de QoS-mechanismen in het EuroDOCSIS-protocol (en in het bijzonder tot Europacketcable) om alternatieve operatoren toe te laten een vaste telefoniedienst in hun retailbundel op te nemen. De vaststelling dat Orange nu reeds vaste telefonie aanbiedt in haar bundel zonder gebruik te maken van Europacketcable, volstaat al om aan te tonen dat alternatieve operatoren geen toegang tot Europacketcable nodig hebben om te kunnen concurreren op de retailmarkt.
187. *Derde onderdeel:* In afwachting van het uitwerken van een kostenmodel voor de vaststelling van “billijke” wholesaletarieven, verplicht de CRC de kabeloperatoren om wholesaletarieven te hanteren gebaseerd op de (ondertussen vernietigde) “retail minus”-tarieven van Brutélé. Voor breedbandtarieven vanaf 150 Mbps wordt echter maar één tarief vastgesteld. Bijgevolg kan een begunstigde een breedbandprofiel van 400 Mbps aanvragen aan hetzelfde tarief als een breedbandprofiel van 150 Mbps, zonder dat de kabeloperatoren dit als “onredelijk” kunnen weigeren. Dit is manifest disproportioneel.

## 5.8.2 Uiteenzetting van het middel

### 5.8.2.1 Toepasselijke bepalingen en beginselen

188. Het proportionaliteitsbeginsel is een fundamenteel rechtsbeginsel (zowel van Belgisch als van Europees recht) alsook een algemeen beginsel van goed bestuur.<sup>180</sup> In de oude AMM-richtsnoeren geeft de Commissie de volgende definitie van het evenredigheidsbeginsel:

*“Het evenredigheidsbeginsel is stevig verankerd in het Gemeenschapsrecht. In feite bepaalt het dat de middelen die worden gebruikt om een bepaald doel te bereiken, zich dienen te beperken tot hetgeen passend en noodzakelijk is om dat doel te realiseren. Teneinde te bepalen of een voorgestelde maatregel in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, moet deze op een legitiem doel zijn gericht en dienen de middelen die worden gebruikt om dit doel te bereiken, niet alleen noodzakelijk maar ook zo min mogelijk belastend te zijn, d.w.z. zich te beperken tot het minimum dat noodzakelijk is om het doel te bereiken.”<sup>181</sup>*

Het evenredigheidsbeginsel houdt ook in dat, wanneer een NRI verplichtingen oplegt aan AMM-operatoren, de NRI een redelijk evenwicht moet in acht nemen tussen de last die opgelegd wordt aan de AMM-operatoren en de voordelen die alternatieve

<sup>180</sup> A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer 2017, nr. 52.

<sup>181</sup> Oude AMM-richtsnoeren, randnr. 118 (wij onderlijnen).

operatoren daaruit kunnen halen.<sup>182</sup>

189. In het Europees regelgevend kader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten vindt het proportionaliteitsbeginsel onder meer uitdrukking in artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn dat verplichtingen die naar aanleiding van een marktanalyse worden opgelegd aan operatoren met AMM, op de aard van het geconstateerde probleem moeten gebaseerd zijn en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn moeten worden toegepast en gerechtvaardigd.<sup>183</sup> Het Hof van Justitie heeft ook al meermaals benadrukt dat *ex ante* regelgevende verplichtingen die door NRI's opgelegd worden aangepast moeten zijn aan de aard van het geconstateerde probleem en evenredig en gerechtvaardigd moeten zijn in het licht van de doelstellingen van het regelgevend kader.<sup>184</sup> De NRI's moeten de evenredigheid van de opgelegde maatregelen ook uitdrukkelijk motiveren in hun beslissing.<sup>185</sup>
190. Nationale rechtsinstanties hebben al meermaals besluiten van NRI's vernietigd omdat de opgelegde correctie maatregelen niet evenredig bevonden werden<sup>186</sup> of zelfs omdat een afdoende motivering van de evenredigheid van de correctie maatregelen ontbrak.<sup>187</sup> Het Marktenhof heeft in zijn arrest van 7 juni 2017 geoordeeld dat het BIPT niet met enkele algemene beschouwingen kan volstaan om een *ex ante* verplichting te rechtvaardigen, maar *in concreto* moet aantonen dat de verplichting beantwoordt aan een specifiek probleem. Het Hof overwoog daarbij ook dat, wanneer de alternatieve operatoren nooit gevraagd hebben naar een vorm van toegang *in tempore non suspecto*, d.w.z. voordat de regulator voorstelde om een AMM-operator te verplichten dergelijke toegang te verschaffen, dit erop wijst dat de verplichting niet noodzakelijk en proportioneel is, omdat deze kennelijk niet aan een echte vraag van de markt beantwoordt.<sup>188</sup>

---

<sup>182</sup> Cf. H.G. SCHERMERS en D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6<sup>th</sup> edition, Kluwer Law International 2001, §180.

<sup>183</sup> Zie ook randnrs. 116-117 van de oude AMM-richtsnoeren: "*NRI's [moeten] een keuze [...] maken uit de wettelijke verplichtingen waarin de richtlijnen voorzien om een bepaald probleem in een markt waarop geen daadwerkelijke mededinging blijkt te bestaan, op te lossen. [...] Het Gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 8 van de kaderrichtlijn, bepaalt dat de NRI's zich ervan dienen te vergewissen dat de door hen uit hoofde van artikel 16 van de kaderrichtlijn aan exploitanten met aanmerkelijke marktmacht opgelegde maatregelen gerechtvaardigd zijn op grond van de doelstellingen van artikel 8 en in evenredigheid zijn met de realisatie van die doelstellingen. Elke door een NRI opgelegde verplichting dient dus in verhouding te staan tot het op te lossen probleem*" (wij onderlijnen).

<sup>184</sup> HvJ 3 december 2009, C-424/07, *Europese Commissie t. Duitsland*, EU:C:2009:749, r.o. 60 en 90; HvJ 19 juni 2014, C-556/12, *TDC A/S t. Teleklagenævnet*, EU:C:2014:2009, r.o. 39-45 en 53; HvJ 14 april 2016, C-397/14, *Polkomtel sp. z.o.o. t. PUKÉ*, EU:C:2016:256, r.o. 52-62.

<sup>185</sup> Oude AMM-richtsnoeren, randnr. 117: "*In hun besluiten dienen de NRI's dus niet alleen een marktanalyse op te nemen waaruit blijkt dat de betrokken ondernemingen over aanmerkelijke marktmacht beschikken, maar ook een rechtvaardiging van de voorgestelde maatregel in relatie tot de doelstellingen van artikel 8, evenals een verklaring waarin wordt uitgelegd waarom het besluit als evenredig dient te worden beschouwd*" (wij onderlijnen).

<sup>186</sup> Zie bv. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 3 september 2015, *Tele2 e.a. t. ACM*, ECLI:NL:CBB:2015:280.

<sup>187</sup> Brussel (18<sup>de</sup> k.) 3 december 2014, 2001/AR/2421 (gedeeltelijke vernietiging).

<sup>188</sup> Brussel (19<sup>de</sup> k. A - Marktenhof) 7 juni 2017, 2013/AR/2233, pt. 94: "*Il ne ressort d'aucun élément soumis à la Cour que l'IBPT aurait prévu cette obligation pour résoudre un problème donné identifié. En particulier, il n'est aucunement établi que des opérateurs établis se seraient, avant que cette nouvelle obligation ne soit discutée, plaints de l'absence d'accès à ces chambres de visite de Proximus. L'IBPT semble reconnaître qu'elle a effectivement imaginé elle-même spontanément cette mesure, laquelle ne répondrait à aucune demande du marché. Lorsque cette mesure est apparue dans le projet de Décision, les opérateurs alternatifs l'ont saluée, mais sans faire apparaître que cette mesure correspondait à un*

.../...

191. Artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn bepaalt bovendien dat de NRI's van de lidstaten bij de toepassing van het regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector de *voorspelbaarheid* van de regelgeving moeten bevorderen door te zorgen voor een *consistente* aanpak van de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden. Regelgevende voorspelbaarheid en consistentie zijn namelijk onontbeerlijk om een gunstig investeringsklimaat te scheppen. Regelgevende instabiliteit, waarbij de NRI telkens bruusk van regelgevende koers verandert, ontmoedigen investeringen in netwerkinfrastructuur en innovatie, wat uiteindelijk ook nadelig is voor de consument.

#### 5.8.2.2 Nieuwe verplichting om *standalone* centrale wholesalebreedbandtoegang te verschaffen

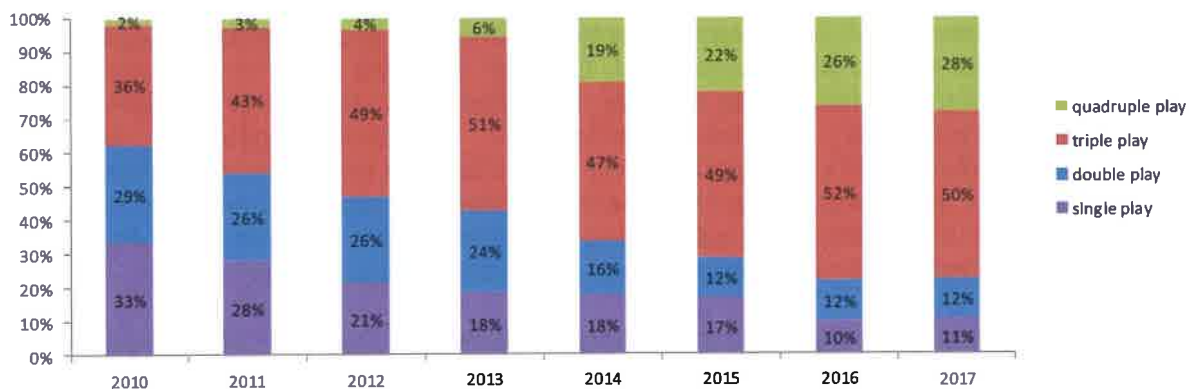
192. Uit de bestreden beslissing zelf blijkt dat vaste diensten, en in het bijzonder vast breedband, nog vrijwel uitsluitend worden afgenomen als onderdeel van een bundel. In 2017 namen 89% van het totale aantal breedbandabonnees (vaste) breedbandinternettoegang af in een bundel, terwijl dit in 2010 nog maar 67% was.<sup>189</sup> Dit betekent in feite dat vast breedband vrijwel niet meer afzonderlijk van TV wordt afgenomen.

.../...

*véritable besoin. Les justifications avancées par l'IBPT pour soutenir la mesure sont générales et ne démontrent pas non plus l'existence d'un problème concret et spécifique auquel la mesure entendrait répondre. Dans ces conditions, l'imposition de la nouvelle mesure d'accès [...] sans qu'ait été identifié un problème spécifique auquel cette mesure entendait apporter une solution proportionnée, ni qu'il ait existé une demande en ce sens, relève d'une erreur manifeste d'appréciation par l'IBPT. Il n'appartient en effet pas à l'autorité réglementaire de prévoir, au sein d'un marché réglementé, des obligations nouvelles, si celles-ci ne répondent pas à une demande ou à un problème identifié*" (wij onderlijnen). Vrije vertaling : "Uit geen van de aan het Hof voorgelegde elementen blijkt dat het BIPT in die verplichting voorzag om een bepaald vastgesteld probleem op te lossen. In het bijzonder is geenszins aangetoond dat gevestigde operatoren, voordat er van deze nieuwe verplichting sprake was, hadden geklaagd over het gebrek aan toegang tot deze Proximus-bezoekruimten. Het BIPT lijkt te erkennen dat het zelf spontaan op het idee is gekomen van deze maatregel, die niet aan enige marktvrage beantwoordde. Toen deze maatregel in de ontwerpbeslissing verscheen, verwelkomden de alternatieve exploitanten dit, maar zonder te doen blijken dat deze maatregel in overeenstemming was met een reële behoefte. De rechtvaardigingen die het BIPT heeft aangevoerd om de maatregel te ondersteunen zijn algemeen en tonen niet aan dat er een concreet en specifiek probleem is waaraan de maatregel tegemoet zou komen. In die omstandigheden vormt het opleggen van de nieuwe toegangsmaatregel [...] zonder een specifiek probleem te identificeren waarop die maatregel een evenredige oplossing tracht te bieden, noch aan te tonen dat daartoe vraag bestond, een kennelijke beoordelingsfout in hoofde van het BIPT. Het is niet de rol van de regulerende instantie om op een gereguleerde markt nieuwe verplichtingen op te leggen als ze niet aan een vraag of een geïdentificeerd probleem beantwoorden".

<sup>189</sup> Bestreden beslissing, randnr. 748 en figuren 88 en 89.

Figuur 26 - Aandeel vaste-breedbandabonnees met breedband in een bundel<sup>190</sup>



Zoals de figuur laat zien nemen de meeste breedbandabonnees (50%) deze dienst af in een “triple play” formule (breedband + televisie + vaste telefonie), maar de “quadruple play” bundels met mobiele telefonie zijn vooral sinds 2014 aan een sterke opmars bezig: in 2017 namen reeds 28% van de breedbandabonnees de dienst af als onderdeel van een “quadruple play” bundel. “Double play” bundels (breedband + TV) vertegenwoordigen nog slechts 12% van de abonnementen met vast breedband.

193. In het kader van de vorige marktanalyse van de omroepmarkten (2011) heeft de CRC aan de kabeloperatoren een verplichting opgelegd om toegang te bieden tot een aanbod voor doorverkoop van breedband, als accessorium bij de verplichting om toegang te verlenen tot hun platform voor digitale televisie. Op die manier wenste CRC te verzekeren dat alternatieve operatoren in staat zouden zijn de concurrentie aan te gaan met de bundels van de kabeloperatoren.<sup>191</sup> Het is onbegrijpelijk dat, zoveler jaren later, en terwijl de trend om vast breedband steeds meer als onderdeel van een bundel af te nemen zich ondertussen nog verder heeft doorgezet, de CRC het nu plots noodzakelijk acht om een nieuwe verplichting op te leggen om ook “standalone” breedbandtoegang te verschaffen. De evolutie van de vraag op de retailmarkt toont immers duidelijk aan dat er geen nood is aan een dergelijke bijkomende verplichting.

194. De nieuwe verplichting is om verschillende redenen disproportioneel:

- Centrale, d.w.z. “bitstream” of vergelijkbare, toegang tot de kabelnetwerken biedt echter significante meerwaarde voor alternatieve operatoren ten opzichte van de bestaande doorverkoopverplichting zoals die door Telenet en de andere kabeloperatoren werd geïmplementeerd. Ook de bestaande maatregel laat alternatieve operatoren al toe om tot op zekere hoogte eigen breedbandprofielen aan te bieden en zo hun retailproducten te differentiëren van die van de kabeloperatoren zelf. Wegens de technische beperkingen die inherent zijn aan de kabelinfrastructuur (zie hoger), kan via centrale toegang niet beduidend meer differentiatie geboden worden. De meerwaarde van de nieuwe verplichting ten opzichte van de bestaande is dus zeer gering, en weegt niet op tegen de last voor

<sup>190</sup> Bron: Bestreden beslissing, figuur 89.

<sup>191</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad, hoofdstuk 6.5. Het is logischer om de verplichting om wholesale breedbandtoegang te verschaffen op te leggen als accessorium bij een verplichting om wholesaletoegang te geven voor televisie dan omgekeerd, niet alleen omdat de kabelnetwerken oorspronkelijk werden gebouwd voor de verdeling van televisie en de kabeloperatoren als gevolg van deze erfenis nog een groter marktaandeel hebben voor televisie, maar ook omdat er wel nog een significante vraag bestaat naar “single play” televisie (29% in 2017, zie bestreden beslissing, figuur 90).

de kabeloperatoren.

- Telenet heeft nooit een toegangsverzoek ontvangen voor breedbandtoegang als op zichzelf staand wholesaleproduct. Gelet op de hoger beschreven evolutie van de retailmarkt, is het hoogst onzeker of er überhaupt vraag is bij de alternatieve alternatoren naar *standalone* wholesale breedbandtoegang.<sup>192</sup> Het is disproportioneel de kabeloperatoren te verplichten om een referentieaanbod op te stellen en zeer aanzienlijke implementatiekosten te maken als het helemaal niet vaststaat (integendeel) dat het aanbod ook beantwoordt aan een reële vraag. De kans is groot dat die investeringen een maat voor niets zullen zijn.
  - De last die wordt opgelegd aan de kabeloperatoren moet ten slotte afgewogen worden tegen het feit dat de regulator op markten 3a en 3b-1 al verplichtingen heeft opgelegd die de alternatieve operatoren in staat stellen om op de retailmarkt breedband met of zonder TV aan te bieden, die een veel grotere mate van productdifferentiëring toelaten en die (wat de verplichtingen op markt 3b-1 betreft) bovendien ook toelaten om de investeringsladder verder te beklimmen.
195. Overigens, bij de beoordeling van de proportionaliteit van de correctiemaatregelen op de markt voor centrale toegang mocht en moest de CRC wel degelijk rekening houden met de in het kader van de analyse van de omroepmarkten opgelegde verplichtingen. Zoals de Europese Commissie heeft benadrukt in haar “artikel 7”-brief aan de CRC van 5 februari 2016, moet de CRC aandacht besteden aan *“de parallellen en de linken tussen de regelgeving voor (enerzijds) de markt van de transmissie van de omroepsignalen en de toegang tot de omroepnetwerken en (anderzijds) de markt van de wholesaletoegang tot de breedband in België, meer bepaald m.b.t. de corrigerende maatregelen voor de toegang tot breedband”* want *“op de twee markten moeten gelijkaardige investeringsbeslissingen worden genomen omtrent de ontplooiing en het onderhoud van de infrastructures, en de signalen die de aankoop of bouw aansturen (“buy or build”) [...] zijn vergelijkbaar”*. Om de proportionaliteit van de correctiemaatregelen te verzekeren en efficiënte investeringen niet te ontmoedigen, moet de regulator dus rekening houden met de correctiemaatregelen in de ene markt wanneer hij correctiemaatregelen overweegt in de andere markt en vice versa.
196. Bovendien bepaalt artikel 8(5)(a) van de Kaderrichtlijn dat de NRI's van de lidstaten bij de toepassing van het regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector de *voorspelbaarheid* van de regelgeving moeten bevorderen door te zorgen voor een *consistente* aanpak van de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden. Regelgevende voorspelbaarheid en consistentie zijn namelijk onontbeerlijk om een gunstig investeringsklimaat te scheppen. Regelgevende instabiliteit, waarbij de NRI telkens bruusk van regelgevende koers verandert, ontmoedigen investeringen in netwerkinfrastructuur en innovatie, wat uiteindelijk ook nadelig is voor de consument. Ook om die reden moest de CRC rekening houden met de bestaande verplichtingen die in de vorige reguleringsperiode in het kader van de analyse van de omroepmarkten werden opgelegd en die alternatieve operatoren reeds toelaten om de bundels van de kabeloperatoren, inclusief de breedbandcomponent, te repliceren.
197. Om al deze redenen is de voorgestelde nieuwe, op zichzelf staande verplichting om centrale toegang tot de kabelnetwerken te verschaffen disproportioneel. Minstens heeft

---

<sup>192</sup> Het valt te verwachten dat Orange om opportunistische redenen zal bevestigen dat het geïnteresseerd is in dergelijk aanbod, maar dit toont nog niet aan dat Orange ook concrete plannen heeft om dergelijk product te commercialiseren, laat staan dat Orange of andere alternatieve operatoren dergelijk product nodig hebben om op retailniveau te concurreren. Orange mikt met haar huidig “LOVE” aanbod eerder op het triple of quadruple play segment.

de CRC in de bestreden beslissing de noodzaak en evenredigheid van deze verplichting niet (afdoende) gemotiveerd, rekening houdend met de hierboven aangehaalde elementen.

### 5.8.2.3 Nieuwe verplichting om toegang te geven tot de QoS-mechanismen in het EuroDOCSIS-protocol nodig om telefonie aan te bieden

198. De bestreden beslissing legt de kabeloperatoren een nieuwe verplichting op om toegang te geven tot de QoS-mechanismen in het EuroDOCSIS-protocol die nodig zijn om alternatieve operatoren toe te laten een “gelijkwaardige” vaste telefoniedienst als deze die aangeboden wordt door de kabeloperatoren. De CRC beschouwt dat de meest aangewezen methode om dit te implementeren erin bestaat toegang te verlenen tot Europacketcable (Multimedia).<sup>193</sup>
199. Het invoeren van deze nieuwe verplichting is om verschillende redenen onwettig. Vooreerst hebben de kabeloperatoren uiteraard geen AMM voor toegang tot vaste telefonie. De markt voor toegang tot het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie voor particuliere en niet-particuliere gebruikers (markt 1 van de Aanbeveling van 2007) werd bovendien niet meer opgenomen in de lijst van de Aanbeveling van 2014. In België werd de regelgeving op deze markt ingetrokken en is Proximus (de erfgenaam van het nationale vaste telefonienetwerk) niet langer verplicht om CS/CPS-toegang<sup>194</sup> te verschaffen.<sup>195</sup> De verplichtingen inzake WLR<sup>196</sup> werden eveneens ingetrokken bij gebrek aan vraag.
200. Alternatieve operatoren hebben geen vaste telefonie nodig om te kunnen concurreren op retailniveau. Vaste telefonie is een sterk afkalvende dienst, zeker in het B2C-segment: uit cijfers van Proximus (de historische operator van het vaste telefonienetwerk) blijkt bijvoorbeeld dat het aantal vaste telefoonlijnen jaarlijks met meer dan 6% daalt. In 2007 had Proximus (Belgacom) nog 3,9 miljoen abonnees voor vaste telefonie;<sup>197</sup> eind 2017 waren dat er nog slechts 580.000.<sup>198</sup> Uit de marktstudie die Profacts in opdracht van het BIPT heeft uitgevoerd blijkt dat slechts 8% van de Belgische bevolking thuis alleen een vaste telefoon heeft; in Vlaanderen is dat nog slechts 6% en in Brussel zelfs maar 3%.<sup>199</sup> Steeds meer gebruikers hebben enkel nog een mobiel telefoonabonnement: in Brussel gaat het zelfs al om meer dan 58% van de bevolking. Dit toont aan dat het ontbreken van vaste telefonie in de bundel geen significant competitief nadeel vormt. Aangezien de mobiele netwerken een haast universele dekking hebben (ook binnenshuis) voor spraaktelefonie, vormt mobiele telefonie voor zowat alle gebruikers een geschikt functioneel substituut voor vaste

<sup>193</sup> Bestreden beslissing, hoofdstuk 31.2.4.

<sup>194</sup> CS/CPS: “Carrier Select/Carrier Preselect”. Door CS/CPS kunnen gebruikers die over een telefoonaansluiting (bij Proximus) beschikken een andere aanbieder voor telefoondiensten kiezen dan voor toegang tot het telefoonnet.

<sup>195</sup> Besluit van de Raad van het BIPT van 24 september 2014 betreffende de nationale openbaar beschikbare telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere en niet-particuliere gebruikers.

<sup>196</sup> WLR: “Wholesale Line Rental”.

<sup>197</sup> Belgacom Road Show Presentation Full-year Results 2010, slide 8, beschikbaar op <https://www.proximus.com/en/investors/reports-and-results>.

<sup>198</sup> Proximus Group 2017 Results Presentation, maart 2018, slide 13, beschikbaar op <https://www.proximus.com/en/investors/reports-and-results>.

<sup>199</sup> Profacts, Marktstudie betreffende het gebruik van telecomdiensten (administratief dossier (deel BIPT), rijnummer 347 van het Excel-bestand met de inventaris), p. 34. De studie is gebaseerd op enquêtes afgenomen in augustus 2016 bij 2000 personen die verantwoordelijk zijn voor de telecomaankopen van hun gezin.

telefonie. Er zijn meer actieve SIM-kaarten dan inwoners in België, zodat vrijwel iedereen hoe dan ook een mobiel abonnement heeft. Dat belminuten voor vaste telefonie goedkoper zijn dan mobiele belminuten, zal voor de meeste gebruikers ook geen rol spelen omdat er doorgaans een gul forfait aan belminuten inbegrepen is in mobiele abonnementen. Daarnaast hebben gebruikers de mogelijkheid om via OTT-diensten te bellen over een breedbandverbinding (bv. hun WiFi-netwerk thuis).<sup>200</sup> Er bestaan dus voldoende alternatieven voor de klassieke telefoonlijn.

201. Er zijn ook geen aanwijzingen dat er concrete vraag bestond naar deze vorm van toegang voordat de verplichting voor het eerst werd voorgesteld in de ontwerpbeslissing van het BIPT van 7 juli 2017. Meer in het bijzonder heeft Telenet *in tempore non suspecto* nooit een verzoek om dergelijke toegang gekregen van Orange.
202. De vaststelling dat 86% van de gebruikers vaste telefonie afnemen als onderdeel van een bundel,<sup>201</sup> betekent nog niet dat alternatieve operatoren niet kunnen concurreren op de retailmarkt zonder vaste telefonie op te nemen in hun bundels, zoals de CRC suggereert.<sup>202</sup> De CRC gaat eraan voorbij dat wat vaste telefonie in bundels aantrekkelijk maakt voor consumenten niet zozeer de toegang tot vaste telefonie is, maar de inbegrepen belminuten. Deze belminuten kunnen echter evengoed geleverd worden over een mobiel netwerk. Alternatieve operatoren kunnen dus concurreren met het onderdeel “spraaktelefonie” van de bundels van Proximus en de kabeloperatoren door een forfait mobiele belminuten toe te voegen aan hun bundel (geleverd via een eigen mobiel netwerk of op basis van een MVNO-overeenkomst met een mobiele operator). De CRC toont niet aan dat alternatieve operatoren met mobiele telefonie alleen niet kunnen concurreren en absoluut toegang tot vaste telefonie nodig hebben. Het voorbeeld van Orange – dat in 2016 een bundel gelanceerd heeft zonder vaste telefonie – toont in feite het tegendeel aan. Niets wijst er immers op dat het ontbreken van vaste telefonie in het aanbod van Orange (tot mei 2018) een significante concurrentiehandicap is geweest.
203. Hoe dan ook, zelfs indien er bij alternatieven een concrete behoefte/vraag zou bestaan naar toegang tot vaste telefonie (*quod non*), is de opgelegde verplichting nog niet noodzakelijk en evenredig, omdat alternatieve operatoren ook zonder deze verplichting in staat zijn om vaste telefonie aan te bieden. Het beste bewijs hiervoor is dat Orange sinds mei 2018 vaste telefonie als optie aan haar bundel heeft toegevoegd, op basis van een eigen technische oplossing.<sup>203</sup> Bovendien wilde de Nederlandse NRI ACM in zijn meest recente analyse van de breedbandmarkten ook een verplichting inzake toegang tot vaste telefonie opleggen, maar in de uiteindelijk op 31 juli 2018 bij de Europese Commissie aangemelde ontwerpbeslissing heeft de ACM daarvan afgezien omdat er voldoende op VoIP gebaseerde alternatieven voorhanden zijn.<sup>204</sup>
204. Zoals het Marktenhof in zijn arrest van 7 juni 2017 heeft gesteld, komt het de regulator

---

<sup>200</sup> Aangezien consumenten hun vaste telefoonlijn vooral gebruiken om 's avonds en in het weekend familie en vrienden te bellen, zijn de in de beslissing aangehaalde functionele beperkingen van onbeheerde OTT-diensten ten opzichte van vaste telefonie (bestreden beslissing, randnr. 2364) ook van minder belang in deze context.

<sup>201</sup> Bestreden beslissing, randnr. 747.

<sup>202</sup> Bestreden beslissing, randrs. 2361-2362.

<sup>203</sup> “Orange Belgium voegt vaste telefonie en mobiele live tv toe aan Love”, *Telecompaper* 24 mei 2018. Het betreft een forfait dat aangeboden wordt als optie bij de LOVE-bundel en dat toelaat om voor 10 euro per maand onbeperkt te bellen naar vaste en mobiele nummers in België, <https://www.orange.be/nl/producten-en-diensten/fixphone>.

<sup>204</sup> Zie stuk 31.

niet toe om in een gereguleerde markt nieuwe *ex ante* verplichtingen op te leggen indien deze niet beantwoorden aan een reële vraag of aan een concreet en specifiek probleem.<sup>205</sup> Gelet op het voorgaande moet ook hier besloten worden dat de verplichting niet beantwoordt aan een concreet probleem, noch aan een reële (*in tempore non suspecto* geformuleerde) vraag vanuit de markt. Dit volstaat om te besluiten dat de verplichting niet evenredig is.

205. Bij Europacketcable, volgens de CRC “*de meest aangewezen methode om toegang te verlenen tot de QoS-mechanismen in het EuroDOCSIS-protocol*”,<sup>206</sup> moeten ook een aantal kanttekeningen gemaakt worden. Europacketcable maakt om te beginnen geen deel uit van de EuroDOCSIS standaard. Hoewel een kabelnetwerk moet opgewaardeerd zijn tot minstens DOCSIS 1.1 om Europacketcable op het netwerk te kunnen implementeren, is het omgekeerd niet noodzakelijk zo dat een kabelnetwerk dat werd opgewaardeerd tot DOCSIS 1.1 of hoger ook Europacketcable ondersteunt. Dit moet apart geïmplementeerd worden. Het is weliswaar zo dat Telenet Europacketcable 1.5 heeft geïmplementeerd op haar netwerk, maar deze implementatie is niet geschikt om gebruikt te worden in een multi-operatoromgeving. Dit betekent dat ingrijpende aanpassingen nodig zijn om toegang door derden mogelijk te maken. Bovendien was Telenet van plan deze implementatie van Europacketcable in de nabije toekomst te vervangen door een andere oplossing. Het is dan ook niet zinvol om te investeren in een oplossing voor externe toegang tot de huidige implementatie van Europacketcable.

206. De oorspronkelijke ontwerpbeslissing van het BIPT voorzag alleen in een verplichting om toegang te geven tot Europacketcable. In de definitieve beslissing heeft de CRC de toegangsverplichting weliswaar iets ruimer geformuleerd, maar dat neemt niet weg dat op de kabelnetwerken geen toegang voor derden met het oog op het aanbieden van vaste telefonie mogelijk is zonder dat dit belangrijke kosten en inspanningen van de kabeloperatoren vergt. Deze kosten en inspanningen staan gelet op het voorgaande manifest niet in verhouding tot het potentiële voordeel voor de alternatieve operatoren.

#### 5.8.2.4 Wholesaletarieven voor “zware” breedbandprofielen

207. Omdat het door de bestreden beslissing voorgeschreven “bottom-up LRIC” kostenmodel voor de verificatie van de “billijke” wholesaletarieven niet op korte termijn klaar zal zijn, voorziet de bestreden beslissing in tijdelijke wholesaletarieven die van toepassing zullen zijn tijdens de overgangperiode, gebaseerd op de (vernietigde) “retail minus”-tarieven van Brutélé. Zoals hierna nog aangetoond in het twaalfde middel, is de keuze van de tarieven van Brutélé als maatstaf voor de overgangstarieven volstrekt arbitrair. De voorgestelde wholesaletarieven zijn echter ook disproportioneel, in het bijzonder omdat slechts in één tarief wordt voorzien voor breedbandprofielen vanaf 150 Mbps:

---

<sup>205</sup> Zie *supra*, voetnoot 188.

<sup>206</sup> Bestreden beslissing, randnr. 2351.

Figuur 27 - Wholesaletarieven voor centrale toegang tijdens de overgangperiode<sup>207</sup>

	Downloadsnelheid kleiner dan 150 Mbps Onbeperkt datavolume	Downloadsnelheid groter of gelijk aan 150 Mbps Onbeperkt datavolume
Breedbandinternet en televisie	€ 20,29	€ 30,12
Breedbandinternet-only	€ 20,29	€ 30,12

Tabel 35: Tarieven voor centrale toegang tot de kabelnetwerken

208. Concreet betekent dit dat begunstigden dezelfde prijs betalen voor breedbandprofielen van 150 Mbps en voor breedbandprofielen van 200, 300, 400... Mbps. Dit is volstrekt onevenredig en had eenvoudig kunnen vermeden worden door te voorzien in een getrapte tarificatie boven 150 Mbps. Bovendien wordt evenmin rekening gehouden met het volumeverbruik door de klanten van de begunstigden. Het datavolume is immers in alle gevallen onbeperkt. De begunstigden worden er hierdoor toe aangezet om vooral “zware” breedbandprofielen af te nemen c.q. retailaanbiedingen op de markt te brengen die mikken op het segment van de zware gebruikers, wat een nadelige impact kan hebben op het netwerk van Telenet en de dienstlevering aan de eigen klanten van Telenet.
209. De voorgestelde methodiek is dus disproportioneel en druist ook in tegen de doelstelling om efficiënte investeringen in netwerkinfrastructuur aan te moedigen (artikel 8(5)(d) Kaderrichtlijn). Op Europees en Belgisch niveau verwacht men dat de telecomperatoren verdere inspanningen doen op het vlak van investeringen in hoogdebiet connectiviteit.<sup>208</sup> Door de afwezigheid van een verband tussen de evolutie van de snelheden en het volumeverbruik met de wholesaletarifiering worden de investeringen in het netwerk van Telenet echter ondermijnd.

## 5.9 **Achtste middel: Manifeste beoordelingsfout en schending van het proportionaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn en artikel 8(5) van de Kaderrichtlijn en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC geen afzonderlijke markt definieert voor het zakelijke segment en de regelgevende verplichtingen voor de kabeloperatoren niet beperkt tot het consumentensegment**

### 5.9.1 *Korte weergave van het middel*

210. De CRC begaat een manifeste beoordelingsfout door “hoogwaardige” vormen van centrale (“*bitstream*”) toegang op te nemen in markt 3b (markt voor centrale toegang voor massaproducten), terwijl deze in feite thuishoren in markt 4 (markt voor hoogwaardige breedbandtoegang op wholesaleniveau). Minstens had de CRC ook op wholesaleniveau, zoals op retailniveau, een afzonderlijke markt voor niet-particuliere (zakelijke) gebruikers moeten definiëren.
211. De CRC toont hoe dan ook niet aan dat het noodzakelijk en evenredig is om de

<sup>207</sup> Bron: bestreden beslissing, randnr. 2554.

<sup>208</sup> Zie bijvoorbeeld Communication from the European Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Connectivity for a Competitive Digital Single Market – Towards a European Gigabit Society, COM(2016) 587 final, 14 september 2016, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-connectivity-competitive-digital-single-market-towards-european-gigabit-society>.

kabeloperatoren ook te verplichten om in te gaan op verzoeken om toegang met het oog op het aanbieden van “B2B” (zakelijke) retaildiensten, terwijl Proximus de dominante aanbieder is op het zakelijke segment en de kabelnetwerken zich bovendien niet goed lenen voor diensten aan zakelijke gebruikers. Gelet op de (veel) kleinere marktaandeelen van de kabeloperatoren in het zakelijk segment, is het volstrekt disproportioneel en zelfs discriminatoir om de kabeloperatoren symmetrisch te reguleren in dit segment. Aangezien de kabeloperatoren in dit segment de uitdagers zijn van de dominante speler Proximus, druist deze symmetrische regelgeving ook in tegen de doelstelling om op infrastructuur gebaseerde concurrentie te bevorderen (artikel 8(5)(c) van de Kaderrichtlijn).

### 5.9.2 Uiteenzetting van het middel

212. Voor de bespreking van het evenredigheidsbeginsel en artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn, zie afdeling 5.8.2.1 hierboven.
213. Op het niveau van de retailmarkten besluit de CRC dat de diensten voor breedbandtoegang voor particuliere klanten en de diensten voor breedbandtoegang voor niet-particuliere klanten tot twee onderscheiden productmarkten behoren.<sup>209</sup> Op wholesaleniveau besluit de CRC echter dat de wholesaleaanbiedingen voor centrale toegang ter ondersteuning van particuliere en niet-particuliere retilaanbiedingen weliswaar niet substitueerbaar zijn aan de vraagzijde, maar wel aan de aanbodzijde, en dus tot dezelfde relevante markt kunnen gerekend worden.
214. Deze analyse gaat eraan voorbij dat markt 3b in de Aanbeveling van 2014 gedefinieerd wordt als de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie voor *massaproducten*. Daarnaast identificeert de Aanbeveling ook een markt voor *hoogwaardige* toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie (markt 4). De CRC heeft ten onrechte “hoogwaardige” aanbiedingen van centrale toegang, die typisch gebruikt worden om retilaanbiedingen voor niet-particuliere klanten te ondersteunen, tot markt 3b gerekend in plaats van tot markt 4. Dit betreft in het bijzonder bitstreamproducten aangeboden via de koper- en glasvezelnetwerken met “hoogwaardige” kenmerken zoals gegarandeerde QoS,<sup>210</sup> lage overboekingsfactoren (“*contention ratios*”), symmetrische download/uploadprofielen, enz. Door haar technische beperkingen<sup>211</sup> is de kabelinfrastructuur inherent niet geschikt om dergelijke “hoogwaardige” wholesaleproducten te verschaffen. Op de kabel is bijvoorbeeld alleen een “*best efforts*”<sup>212</sup> QoS mogelijk.<sup>213</sup> Het is dus onjuist dat de kabeloperatoren aan de aanbodzijde altijd een substituuat kunnen bieden voor de hoogwaardige aanbiedingen van centrale toegang van Proximus.

---

<sup>209</sup> Bestreden beslissing, hoofdstuk 7.2.1.

<sup>210</sup> QoS: “*Quality of Service*”, kwaliteit van de dienst.

<sup>211</sup> Zie *supra*, randnr. 180.

<sup>212</sup> Inspanningsverbintenis (letterlijk “beste inspanningen”).

<sup>213</sup> De Nederlandse regulator OPTA (de voorganger van de ACM) heeft eveneens een afzonderlijke markt voor hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en huurlijnen gedefinieerd. Zie OPTA, *Besluit marktanalyse hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en wholesale huurlijnen (HKWBT/HL)*, 28 december 2012, (stuk 38). Dit besluit werd weliswaar gedeeltelijk vernietigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (uitspraak van 3 september 2015), maar om redenen die niets te maken hadden met de marktdefinitie. De ACM heeft dezelfde benadering gevolgd in haar ontwerpbesluit hoge kwaliteit breedbandtoegang van 2017. Dit ontwerpbesluit werd weliswaar ingetrokken nadat de Europese Commissie een fase II-onderzoek had geopend, maar opnieuw om redenen die geen verband hielden met de marktdefinitie.

215. Minstens had de CRC markt 3b moeten opsplitsen in afzonderlijke markten voor wholesaleaanbiedingen ter ondersteuning van retailproducten voor particuliere en niet-particuliere klanten.
216. Ten eerste zou dit coherent geweest zijn met de marktdefinitie op retailniveau. De situatie op de retailmarkt geeft immers een indicatie van de structuur van de corresponderende wholesalemarkt.<sup>214</sup> Indien daarentegen de marktdefinitie op wholesaleniveau sterk afwijkt van die op retailniveau, bestaat het gevaar dat de AMM-analyse op wholesaleniveau niet de machtsverhoudingen op retailniveau weerspiegelt, wat hier inderdaad het geval is.
217. Ten tweede is de CRC's beoordeling van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde<sup>215</sup> niet gefundeerd. De stelling dat een aanbieder van "particuliere" of "mass market"-toegang gemakkelijk en zonder grote investeringen ook "niet-particuliere" toegang kan aanbieden, is onjuist. Het beste bewijs hiervan is dat de kabeloperatoren, zoals hoger reeds vermeld in de feitelijke uiteenzetting (randnrs. 42-43), op basis van hun eigen netwerk alleen (zonder toegang tot het Proximus-netwerk<sup>216</sup>) geen volwaardige aanbiedingen kunnen doen die beantwoorden aan de vereisten van zakelijke klanten (behalve dan misschien SOHO<sup>217</sup>/KMO-klanten met behoeften die gelijkaardig zijn aan die van particuliere klanten). Vooreerst worden de mogelijkheden van de kabeloperatoren om een substituut te bieden voor de toegang tot het Proximus-netwerk beperkt doordat zij veelal geen netwerkdekking hebben op bedrijventerreinen en omdat zij ook geen nationale dekking kunnen bieden aan zakelijke klanten met vestigingen in verschillende delen van het land. Bovendien kunnen de kabeloperatoren, zelfs waar zij netwerkdekking hebben, enkel breedbanddiensten op een "best efforts" basis aanbieden, omdat het distributienetwerk van de kabelinfrastructuur een gedeeld medium is (zie *supra*, randnrs. 43 en 180 e.v.). Dit betekent onder meer dat de kabeloperatoren geen lage overboekingsfactoren ("contention ratios") of symmetrische download- en uploadsnelheden kunnen garanderen. Dit zijn productkenmerken die de CRC bij de definitie van de retailmarkt als relevant heeft beschouwd,<sup>218</sup> maar die evengoed relevant zijn op wholesaleniveau (in een "greenfield" benadering).
218. Ten derde is de wholesalemarkt voor "zakelijke" toegang, meer nog dan het geval is voor toegang ter ondersteuning van B2C-aanbiedingen, evident nationaal, en niet beperkt tot de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren. Proximus, de dominante aanbieder, heeft immers een nationaal aanbod met nationaal uniforme voorwaarden en prijzen. Bovendien hebben veel zakelijke klanten vestigingen verspreid over de dekkingsgebieden van verschillende kabeloperatoren. Ook daarom kunnen de wholesaleproducten ter ondersteuning van B2B retailklanten niet tot dezelfde wholesalemarkt gerekend worden als aanbiedingen ter ondersteuning van B2C retailklanten, daar de CRC de B2C-markt gesegmenteerd heeft in afzonderlijke subnationale markten (corresponderend met de dekkingsgebieden van de kabeloperatoren).
219. Door enerzijds de "hoogwaardige" producten voor centrale toegang niet uit te sluiten

<sup>214</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, randnr. 21.

<sup>215</sup> Bestreden beslissing, randnrs. 1656-1663.

<sup>216</sup> In een "modified greenfield" analyse moet de marktdefinitie immers uitgaan van de situatie zonder ex ante regelgeving.

<sup>217</sup> SOHO: "Small Office, Home Office" (klein kantoor, thuishkantoor)

<sup>218</sup> Bestreden beslissing, randnrs. 161 e.v.

uit markt 3b (en op te nemen in markt 4, waar ze thuishoren), maar anderzijds markt 3b ook niet te op te splitsen tussen wholesaleaanbiedingen ter ondersteuning van particuliere en niet-particuliere klanten, en bovendien (eveneens ten onrechte) markt 3b op te splitsen in twee platform-specifieke markten 3b-1 (Proximus) en 3b-2 (kabel), wordt de CRC er vanzelf toe gebracht om symmetrische verplichtingen op te leggen aan Proximus en de kabeloperatoren.

220. Het fundamentele probleem met deze analyse is dat deze volledig ontkoppeld is van de situatie op retailniveau. Op de retailmarkt zijn de onderlinge verhoudingen tussen Proximus en de kabeloperatoren in het zakelijk (B2B) segment namelijk totaal verschillend dan in het residentieel (B2C) segment (zie *supra*, randnrs. 42 e.v.). De grote verschillen qua marktaandelen tussen de twee segmenten tonen duidelijk aan dat de mededingingsvoorwaarden tussen deze segmenten niet homogeen zijn en dus afzonderlijke markten vormen.
221. Gelet op het veel lagere marktaandeel van Telenet (en *a fortiori* van de andere kabeloperatoren) in het B2B-segment, en in het bijzonder bij de grote(re) bedrijven, is het uiteraard manifest disproportioneel om de kabeloperatoren symmetrisch te reguleren met Proximus. Het is bijvoorbeeld disproportioneel, zelfs absurd, dat Telenet, met een marktaandeel van minder dan 15% (in het segment van de bedrijven met meer dan 10 werknemers) aan dezelfde verplichtingen onderworpen wordt als Proximus, met een marktaandeel van meer dan 50%. Voor Nethys en Brutélé, elk met een marktaandeel van minder dan 5%, is dit nog flagranter.
222. Aangezien de kabeloperatoren op retailniveau de uitdagers zijn van de dominante speler Proximus in het zakelijke segment (en dus geen deel hebben aan het onderliggende probleem maar eerder bijdragen tot de oplossing ervan), is het strijdig met het proportionaliteitsbeginsel en artikel 8(4) van de Toegangsrichtlijn om hen op wholesaleniveau te onderwerpen aan symmetrische regulering. Dit druist ook in tegen de doelstelling om de op infrastructuur gebaseerde mededinging te bevorderen (artikel 8(5)(c) van de Kaderrichtlijn) en is zelfs discriminatoir te noemen (door niet-vergelijkbare situaties gelijk te behandelen). De CRC had de kabeloperatoren dus moeten vrijstellen van regelgeving in het zakelijke segment, of minstens de verplichtingen moeten moduleren rekening houdend met de aanzienlijke verschillende marktpositie van de kabeloperatoren. De (proportionaliteit van de) symmetrische behandeling van de kabeloperatoren wordt bovendien niet (afdoend) gemotiveerd in de bestreden beslissing.
223. Het middel is derhalve gegrond.

**5.10 Negende middel: Manifeste beoordelingsfout en schending van het proportionaliteitsbeginsel en, ondergeschikt, schending van de motiveringsplicht, doordat de CRC de mogelijkheden van Telenet beperkt om toegang te hebben tot het netwerk van Proximus met het oog op het verlenen van diensten aan zakelijke klanten**

*5.10.1 Korte weergave van het middel*

224. De CRC verwerpt in de bestreden beslissing drie van de zes redenen waarom Telenet toegang tot het Proximus-netwerk nodig heeft. De CRC negeert daarbij volledig dat Telenet uitsluitend toegang vraagt ter ondersteuning van diensten aan zakelijke klanten en dat Proximus dominant is in het zakelijke segment en Telenet niet. Alleen al daarom is de weigering van de CRC om de redelijkheid van Telenets redenen om toegang te vragen ongegrond. Bovendien had de consultant van het BIPT, Analysys Mason, na een diepgaande analyse geconcludeerd dat liefst vijf van de zes redenen

redelijk waren. De weigering om drie van de zes redenen niet als redelijk te erkennen is niet afdoend gemotiveerd en disproportioneel. De restricties met betrekking tot de andere redenen zijn eveneens disproportioneel.

#### 5.10.2 Uiteenzetting van het middel

225. In bijlage O bij de bestreden beslissing onderzoekt de CRC het redelijk karakter van toegangsverzoeken tussen operatoren met een grote eigen infrastructuur. In het bijzonder onderzoekt de CRC de redelijkheid van verzoeken van Proximus om toegang tot de kabelinfrastructuur en *vice versa* (eventuele verzoeken tussen de kabeloperatoren komen niet aanbod omdat er nog nooit een dergelijk concreet verzoek is geweest). In bijlage O, afdeling 2 analyseert de CRC de zes redenen waarom Telenet om toegang heeft gevraagd tot het netwerk van Proximus. Telenet is ook daadwerkelijk en sinds meerdere jaren een afnemer van toegang tot het DSL-netwerk van Proximus om die redenen, die overigens allemaal betrekking hebben op het zakelijk segment. Met andere woorden, Telenet gebruikt de toegang tot het Proximus-platform niet om residentiële klanten te bedienen, maar enkel ter ondersteuning van haar aanbiedingen aan zakelijke klanten.
226. Zoals hoger al uiteengezet (zie randnrs. 43 en 180 e.v.), is het kabelnetwerk inherent minder geschikt om zakelijke oplossingen voor breedbandinternettoegang te leveren. Bovendien heeft het netwerk van Telenet geen nationale dekking en vaak ook geen dekking in industriezones en –bedrijvenparken. Telenet heeft dus toegang tot het netwerk van Proximus nodig om tegemoet te kunnen komen aan bedrijven met vestigingen in verschillende delen van het land en/of in dergelijke niet-residentiële zones.
227. Indien de CRC de markt voor centrale toegang correct gedefinieerd had, dan zou er geen discussie mogelijk zijn over het recht van Telenet om toegang te hebben tot het netwerk van Proximus ter ondersteuning van retailaanbiedingen in het zakelijke segment. Dit segment zou dan namelijk ook op wholesaleniveau als een afzonderlijke markt gedefinieerd zijn, waarop Proximus dan evident de enige operator is met AMM. Zoals hoger al aangetoond (zie randnrs. 218 e.v.) is Proximus namelijk over de hele lijn dominant in dit segment, dominantie die nog meer uitgesproken is in de categorie van de grote(re) bedrijven. Zoals aangetoond in het vorige middel, is het absurd dat Telenet en de andere kabeloperatoren ook voor dit segment als operatoren met AMM worden aangeduid en symmetrisch worden gereguleerd – wat concreet betekent dat de duidelijk dominante operator Proximus *a priori* ook gebruik kan maken van toegang tot de kabelnetwerken ter ondersteuning van retailaanbiedingen aan zakelijke klanten. Telenet is in dit segment dus in feite een alternatieve operator zoals een andere, die zonder enige restrictie zou moeten kunnen gebruik maken van de toegang tot het netwerk van Proximus.
228. Telenet heeft om zes redenen toegang gevraagd tot het netwerk van Proximus:
- a) Om back-up DSL-dienst te leveren voor bedrijven die een back-up via een alternatieve technologie vereisen;
  - b) Om een DSL-dienst te leveren aan bedrijven die op hun vestiging geen kabeldienst wensen (bv. multisite-klanten die dezelfde dienst vereisen in alle regio's of die geen extra investeringen willen doen om DSL naar kabelverbindingen om te zetten) of het nu gaat o binnen of buiten het dekkingsgebied van Telenet;
  - c) Om de dienst aan andere operatoren door te verkopen als aggregator van de recent door Telenet bij Proximus aangekochte DSL-lijnen;

- d) Om in een hoofd-DSL-lijn te voorzien waar Telenet geen infrastructuur had om klanten te bedienen op het moment dat de klant oorspronkelijk aangesloten werd;
- e) Om in een hoofd-DSL-lijn te voorzien buiten het dekkinggebied van Telenet (bv. in Wallonië);
- f) Om in een hoofd-DSL-lijn te voorzien naar panden die gedekt zijn door Telenet, maar wel in zijn dekkinggebied liggen (bv. bedrijvenzone in Vlaanderen).

229. Analysys Mason heeft in opdracht van het BIPT de redelijkheid van deze zes redenen onderzocht en concludeert voor wat betreft vijf van deze zes redenen dat het verzoek van Telenet als redelijk kan beschouwd worden. Alleen met betrekking tot punt (c) (doorverkoop van DSL-lijnen) maakt Analysys Mason het voor behoud dat *“whilst it is desirable that there are businesses providing an aggregation service and reselling wholesale DSL in Belgium; it is not necessarily important that Telenet is one of them”*.<sup>219</sup> Niettemin stelt Analysys Mason dat, aangezien Telenet al als aggregator actief is, *“there could be disruption in de market if they could not have access anymore”*.<sup>220</sup> In feite pleit Analysys Mason er dus zelfs in dit geval voor om de toegang minstens tijdelijk in stand te houden.

230. In de bestreden beslissing (bijlage O) weerhoudt de regulator niettemin slechts drie van de zes redenen, namelijk (b), (e) en (f). In het bijzonder beschouwt de CRC dat toegangsverzoeken van Telenet tot het netwerk van Proximus als redelijk moeten beschouwd worden in de volgende gevallen:

- In geval het voor Telenet economisch niet haalbaar is om binnen zijn dekkinggebied zijn eigen kabelnetwerk uit te breiden, rekening houdende met de gestelde investeringsdrempels van de NVP-analyse.<sup>221</sup> Deze drempel (berekend door Analysys Mason) werd vastgesteld op € 2.235 per pand. Dit correspondeert met reden (f) hierboven, met dien verstande dat elk verzoek geval per geval aan een NPV-analyse onderworpen zou worden.
- In gemeenten waar Telenet niet over een toegangsinfrastructuur beschikt (d.i. buiten zijn dekkinggebied). Dit correspondeert met reden (e) hierboven.
- Waar bedrijven een DSL-dienst vereisen voor de uniformiteit tussen vestigingen en waar Telenet dus economisch niet in staat zou zijn om al die locaties te bedienen met zijn eigen netwerk, op voorwaarde dat ten minste één vestiging buiten het dekkinggebied van Telenet ligt. Dit komt overeen met reden (b) hierboven.

231. De voorwaarden die de CRC stelt met betrekking tot redenen (f) en (b) zijn kennelijk te restrictief. Wat betreft reden (f), namelijk de zones binnen het dekkinggebied van Telenet waar er geen kabel aanwezig is, dreigt de vereiste NPV-analyse een grote concurrentiehandicap te worden voor Telenet bij het beantwoorden van

<sup>219</sup> Analysys Mason, Analysis of the reasonableness of Telenet's access to Proximus's network as part of the implementation of CRC's decisions, Final report for BIPT, 16 augustus 2016, p. 16 (administratief dossier (deel BIPT), rijnummer 348 van het Excel-bestand met de inventaris). Vrije vertaling: *“hoewel het wenselijk is dat er ondernemingen zijn die een aggregatiedienst aanbieden en wholesale DSL-lijnen doorverkopen in België, is het niet noodzakelijk belangrijk dat Telenet één van die ondernemingen is”*.

<sup>220</sup> *Ibidem*. Vrije vertaling: *“de markt zou kunnen verstoord worden indien zij geen toegang meer zouden hebben”*.

<sup>221</sup> NPV: *“net present value”*.

aanbestedingen. De NPV-verificatie door de regulator neemt namelijk tijd in beslag, en het risico bestaat dus dat het resultaat pas bekend zal zijn na de uiterste datum om een bod in te dienen. De onzekerheid zou Telenet zelfs kunnen verhinderen om te bieden. Het zou daarom evenrediger zijn om een eenvoudiger criterium te hanteren, zoals de aansluitingsstatus van de klantlocatie.<sup>222</sup>

232. Wat betreft reden (b), namelijk multi-site klanten die voor al hun vestigingen DSL wensen, is het eveneens kennelijk disproportioneel om te eisen dat minstens één vestiging buiten het dekkingsgebied van Telenet ligt. Zoals hoger al vermeld, zijn er ook veel niet-residentiële zones *binnen* het “dekkingsgebied” van Telenet waar Telenet geen netwerkdekking heeft. Een verzoek van Telenet op basis van deze reden zou dan ook als “redelijk” moeten beschouwd worden, zelfs als alle vestigingen zich binnen het “dekkingsgebied” of de “voetafdruk” van Telenet bevinden (bv. in Vlaanderen), indien één of meerdere van deze vestigingen niet kunnen aangesloten worden op het kabelnetwerk. Dit is kritiek voor Telenet, aangezien minstens de helft van de aanbestedingen door klanten met meerdere vestigingen vereisen dat de bidders alle vestigingen kunnen aansluiten (bv. aanbestedingen van lokale besturen, scholengroepen, winkelketens, enz.).
233. In de ontwerpbeslissing die ter openbare raadpleging werd voorgelegd, gaf de CRC *geen enkele* motivering voor het niet-weerhouden van de drie niet-weerhouden redenen. In de uiteindelijke beslissing geeft de CRC slechts een uiterst summiere motivering.
234. Wat betreft reden (a), het gebruik van DSL als back-up, stelt het CRC “*dat het niet proportioneel is om Telenet toegang te verlenen tot het netwerk van Proximus om DSL als back-up te gebruiken omdat het niet mogelijk is voor Telenet [sic, de CRC bedoelt allicht Proximus] om dit aanbod te dupliceren*”. Dit zou namelijk de marktwerking verstoren en leiden tot “*onevenwicht in de concurrentie*”.<sup>223</sup> Deze motivering gaat natuurlijk niet op nu Proximus met ruime voorsprong dominant is op het zakelijke segment. De bezorgdheid voor een “*onevenwicht in de concurrentie*” ten nadele van Proximus is dan ook volstrekt misplaatst. Bovendien heeft de consultant van het BIPT, Analysys Mason, beschouwd dat toegang met het oog op het aanbieden van een back-up-faciliteit redelijk is, onder meer omdat mobiel breedband geen geschikt substituuat is voor het een back-up-faciliteit verstrekt over een vaste aansluiting, althans niet voor zakelijke toepassingen. De mogelijkheid om DSL als back-up te gebruiken is zeer belangrijk voor Telenet, aangezien meer dan een vierde van haar zakelijke klanten hiervan gebruik maakt. De CRC had minstens moeten aanvaarden dat verzoeken om deze reden redelijk zijn indien de NPV voor het verstrekken van een back-up met andere middelen negatief zou zijn. Dit zou coherent zijn met de algemene benadering van de redelijkheidsproblematiek door de CRC. Telenet wijst er ook op dat andere alternatieve aanbieders van telecomdiensten voor zakelijke klanten ook vaak DSL-lijnen van Proximus als back-up gebruiken. Deze operatoren zouden dus ook DSL als back-up-oplossing kunnen aanbieden aan Telenet. Het is echter disproportioneel en discriminatoir om Telenet te verbieden om dergelijke back-up-faciliteit rechtstreeks bij Proximus af te nemen.
235. Wat reden (c) betreft, namelijk het doorverkopen van DSL-lijnen als aggregator, stelt de CRC dat “*het louter opkopen van DSL-lijnen om deze opnieuw te gaan doorverkopen geen legitieme reden is om van het groothandelsaanbod gebruik te*

<sup>222</sup> Telenet hanteert intern een classificatie van klantlocaties op basis van de aansluitingsstatus (bv. of er een kabelaansluiting aanwezig is of kan voorzien worden zonder netwerkuitbreiding).

<sup>223</sup> Bestreden beslissing, randnr. 3661.

*maken*", want "het groothandelsaanbod werd zo geconstrueerd om net de concurrentie aan te scherpen ten voordelen van de retailmarkt". De CRC gaat er dus blijkbaar van uit dat het doorverkopen van DSL-lijnen niet bijdraagt tot de concurrentie op de retailmarkt. Dit houdt geen steek. Indien Telenet niet langer DSL-lijnen kan doorverkopen als aggregator, zullen de keuzemogelijkheden voor derden beperkt worden. Zij zullen namelijk alleen nog DSL-lijnen rechtstreeks van Proximus kunnen afnemen. Aangezien hun onderhandelingsmacht allicht veel zwakker is dan die van Telenet, zal de stroomafwaartse concurrentie hier juist onder lijden. Het is anderzijds absoluut niet duidelijk welk voordeel retailklanten zouden kunnen halen uit een verbod voor Telenet om DSL-lijnen door te verkopen.

236. Wat ten slotte reden (d) betreft, namelijk het verstrekken van een hoofd-DSL-lijn op plaatsen waar Telenet geen dekking had op het ogenblik dat de klant oorspronkelijk aangesloten werd, doet de CRC slechts een kleine toegift door Telenet een termijn van 12 maanden te geven om deze klanten naar de kabel te migreren. In lijn met de algemene aanpak van de CRC, zou dergelijke migratie echter enkel verplicht mogen zijn indien de NPV van dergelijke migratie positief is. Het is disproportioneel om Telenet te verplichten om de migratie uit te voeren ook wanneer de NPV negatief is.
237. Bijgevolg is het middel gegrond.

**5.11 Tiende 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 wholesalem Markt nog in aanmerking komt voor ex ante regelgeving**

*5.11.1 Korte weergave van het middel*

238. 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>224</sup> ("OTT-diensten"). Op wholesaleniveau identificeert de CRC markten voor toegang tot omroep via de netwerken van de verschillende kabelnetwerken (met uitsluiting van IPTV).
239. De definitie van de retailmarkt is te eng. De CRC sluit ten onrechte satelliettelevisie, DVB-T(2)<sup>225</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 wholesalem Markt nog in aanmerking komt voor ex ante regelgeving.

*5.11.2 Uiteenzetting van het middel*

<sup>224</sup> D.w.z. televisiediensten die over het internet worden aangeboden, via een website of een "app".

<sup>225</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 39).

240. 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 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 further increase”.<sup>226</sup> Op wholesaleniveau stelde de 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>227</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 ethernetwerk<sup>228</sup> of het FM-radio-omroepnetwerk.<sup>229</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>230</sup>

241. De door de Commissie in 2007 voorspelde evolutie naar meer concurrentie tussen

<sup>226</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 uitzendingen 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>227</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>228</sup> Bijvoorbeeld Zweden, zie brief van de Europese Commissie aan PTS van 24 juni 2016 in zaak SE/2016/1871 (stuk 40) (verplichting tot toegang tot digitale terrestrische televisie).

<sup>229</sup> Bijvoorbeeld in Duitsland, zie brief van de Europese Commissie aan de Bundesnetzagentur van 17 maart 2017 in zaak DE/2017/1966 (stuk 41).

<sup>230</sup> OPTA, *Definitief oordeel Analyse Televisie*, 20 december 2011 (stuk 42).

transmissieplatformen is zeker ook werkelijkheid geworden in de Belgische context. Zoals aangegeven in de feitelijke uiteenzetting hierboven (*supra*, afdeling 4.3), 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 sindsdien nog aanzienlijk gestegen.<sup>231</sup>

242. 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. Ook hier leidt deze (te) enge marktdefinitie, die doorwerkt op wholesaleniveau, tot de paradoxale uitkomst dat de regelgevende intensiteit verhoogd in plaats van verlaagd wordt, ondanks duidelijke bewijzen van toegenomen concurrentie sinds de vorige marktanalyse.

243. 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 Commissie, moet de retailmarkt voor (betaal)televisie niet verder gesegmenteerd worden in functie van het distributieplatform.<sup>232</sup> Ook de Raad voor de Mededinging (de voorganger van de BMA) heeft beschouwd dat de verschillende omroeptransmissieplatformen tot dezelfde markt behoren.<sup>233</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>234</sup> De Deense NRI heeft een wholesalemarkt voor televisieomroep gedefinieerd die zowel de kabel als IPTV en satelliet omvat.<sup>235</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,

---

<sup>231</sup> Zie afdeling 4.3.

<sup>232</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>233</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>234</sup> Zie bv. Brief van de Europese Commissie aan Office of Communications van 28 januari 2005 in zaak UK/2004/0111 (stuk 43).

<sup>235</sup> Zie Brief van de Europese Commissie aan ITST van 30 april 2007 in zaak DK/2007/0618 (stuk 44).

kabel, glasvezel, satelliet en digitale ether), behalve de mobiele netwerken.<sup>236</sup>

244. 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 beschouwen.<sup>237</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>238</sup>
245. 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. TV Vlaanderen heeft met “Antenne TV” recent nog een nieuw aanbod gelanceerd dat de meest bekeken Vlaamse (openbare en commerciële) zenders omvat. In Franstalig België biedt Télésat met “Vacances TV” een vergelijkbaar aanbod aan.
246. Wat het online kijken (OTT)<sup>239</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>240</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

---

<sup>236</sup> OPTA, *Definitief oordeel Analyse Televisie*, 20 december 2011, p. 3, punt 4 (stuk 42).

<sup>237</sup> Profacts studie (administratief dossier (deel BIPT), rijnummer 347 van het Excel-bestand met de inventaris), p. 23.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>239</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>240</sup> Profacts studie, pp. 25-26.

liefst 29,4% van de regelmatige televisiekijkers in Vlaanderen nog uitsluitend online kijkt en 39,3% traditionele televisie met online kijken combineert.<sup>241</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 leeftijdscategorie is dit zelfs 46,2%.<sup>242</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>243</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>244</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>245</sup> Zij bieden weliswaar geen lineaire televisiediensten aan,<sup>246</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 wordt ook steeds lager: volgens de IMEC-studie bezaten 42% van de Vlamingen in 2017 al een “smart TV” met internettoegang.<sup>247</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>248</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. De Vlaamse kijker heeft (gratis) toegang tot zowel lineaire als niet-lineaire uitzendingen van de Vlaamse en Franstalige openbare en commerciële

---

<sup>241</sup> IMEC, Digimeter 2017, <https://www.imec-int.com/digimeter>, p. 88 (stuk 24) (exclusief niet-regelmatige kijkers en niet-kijkers).

<sup>242</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 94 (stuk 24).

<sup>243</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 96 (stuk 24).

<sup>244</sup> “US cord cutters to reach 33 million this year faster than expected”, *TechCrunch* van 25 juli 2018 (stuk 45).

<sup>245</sup> Zie bv. “Netflix plots \$1bn investment drive”, *Financial Times* van 18 april 2018 (stuk 46).

<sup>246</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 47).

<sup>247</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 33 (stuk 24).

<sup>248</sup> IMEC, Digimeter 2017, p. 82 (stuk 24).

zenders via VRT Nu (Een, Canvas, Ketnet, Sporza), RTBF Auvio (La Une, La Deux, enz.), Stievie Free van Medialaan (VTM, Q2, Vitaya, CAZ), RTLplay (RTL-TVI, Club RTL, Plug RTL, enz.) en de websites van de SBS (Vier en Vijf). Daarnaast kan hij ook online kijken naar NPO, ARTE, enz. Samen vertegenwoordigen de beschikbare zenders ruim  $\frac{3}{4}$  van de kijkcijfers.<sup>249</sup> De bewering van de CRC dat gratis OTT-diensten geen toegang bieden tot de meest bekeken zenders, is dus manifest onjuist.<sup>250</sup>

247. Ondanks dit alles beschouwt de CRC dat er vooralsnog onvoldoende aanwijzingen zijn dat OTT-diensten een substituuft vormen voor traditionele televisie en dat deze diensten eerder als complement, dus bovenop, traditionele televisiediensten gebruikt worden. 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>251</sup> Deze evolutie kan echter evenzeer uitgelegd worden door het feit dat gezinseenheden steeds kleiner worden en het aantal eenpersoonshuishoudens sterk stijgt.<sup>252</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>253</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>254</sup>
248. 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>255</sup>
249. 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

---

<sup>249</sup> Zie <https://www.cim.be/nl/televisie/openbare-resultaten>.

<sup>250</sup> Bestreden beslissing, randnr. 440-441.

<sup>251</sup> Bestreden beslissing, randnr. 645

<sup>252</sup> Federaal Planbureau, *Demografische vooruitzichten 2016-2060*, maart 2017, p. 26.

<sup>253</sup> Zie voetnoot 244.

<sup>254</sup> "Geen dominante marktmacht bij online video-streaming platforms", ACM van 22 augustus 2017 (stuk 22). 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>255</sup> Zie afdeling 4.3.

bestreden beslissing manifest tekortschiet.

250. *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 wholesalem Markt in aanmerking komt voor *ex ante* regelgeving, maar in feite is dit criterium evenzeer en zelfs in de eerste plaats toepasbaar op de retailmarkt. Zoals de CRC zelf benadrukt, hangt de mate van effectieve concurrentie op de wholesalem Markt immers nauw samen met de concurrentiële situatie op de retailmarkt.<sup>256</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>257</sup> Dit betekent immers dat er geen marktfalen is op retailniveau, of dat zulk marktfalen slechts van voorbijgaande aard is. Zoals hoger al uiteengezet is het bestaan van een marktfalen op de retailmarkt een *conditio sine qua non* voor *ex ante* regelgevende interventie.<sup>258</sup> 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>259</sup>
251. Daarnaast werd hoger ook al uiteengezet dat de tijdshorizon waarin de evolutie naar daadwerkelijke mededinging moet beoordeeld worden niet beperkt is tot de beoordelingsperiode.<sup>260</sup> 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>261</sup>*

252. 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 “zijdelingse” druk van producten “buiten de markt”. De Europese Commissie verwijst in dit verband uitdrukkelijk naar de concurrentiedruk die

---

<sup>256</sup> Bestreden beslissing, randnr. 2779.

<sup>257</sup> Cf. Ecorys, *Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation*, Final Report, 18 september 2013, p. (stuk 37).

<sup>258</sup> Zie *supra*, randnrs. 160-161.

<sup>259</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, randnr. 16. Zie ook overweging 27 van de Kaderrichtlijn.

<sup>260</sup> Zie *supra*, randnrs. 169-170.

<sup>261</sup> Toelichting bij de Aanbeveling van 2014, p. 7 (wij onderlijnen). Vrije vertaling: “[...] een kleinhandelsmarkt 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.”

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), moeten potentiële belemmeringen nog steeds worden geëvalueerd in de fase van de AMM-beoordeling.”<sup>262</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>263</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.

253. Zowel bij de beoordeling van de mededingingsvoorwaarden op de retailmarkt (hoofdstuk 8.5 van de bestreden beslissing) als bij de toepassing van de driecriteriatest op de wholesalemarkt (hoofdstuk 37.2 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.
254. De analyse is ten eerste onvoldoende toekomstgericht omdat de CRC te veel gewicht geeft aan het zgn. “voordeel” dat de kabeloperatoren zouden ontleen 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

<sup>262</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, randnr. 64 (wij onderlijnen).

<sup>263</sup> Nieuwe AMM-richtsnoeren, voetnoot 36.

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 Vlaanderen (> ¾ van de kijkcijfers) al *gratis* “over the top” beschikbaar. Bovendien geeft het aanbod “Stevie Premium” toegang tot een pakket van 18 zenders (waaronder alle meest bekeken zenders) voor slechts € 9,99 per maand. Dit aanbod is in alle opzichten een volwaardig alternatief voor een zuiver analoge televisieabbonement.<sup>264</sup> Dat de oudste bevolkingscategorieën misschien minder vatbaar zijn voor dergelijk “modern” aanbod is geen reden om dit te verwaarlozen in een prospectieve analyse.

255. De CRC vermeldt dat 62% van de klanten voor televisieomroep nog steeds analoge televisie ontvangen.<sup>265</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>266</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.
256. 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>267</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.
257. 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-abbonement, kan hij niet meer besteden aan een kabelabbonement. 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

---

<sup>264</sup> Men kan zowel lineair als uitgesteld kijken in HD-kwaliteit (720p).

<sup>265</sup> Bestreden beslissing, randnr. 688. Zoals blijkt uit de bestreden beslissing, figuur 68 en randnr. 449, 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>266</sup> Profacts (administratief dossier (deel BIPT), rijnummer 347 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>267</sup> Zie bestreden beslissing, randnrs. 661 en 2784.

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*”).

258. In haar analyse van de mededinging op de retailmarkt bespreekt de CRC weliswaar de mogelijkheid om de retailmarkt te betreden via OTT-diensten.<sup>268</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 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, Stieve 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>269</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>270</sup> Dit toont opnieuw het gebrek aan toekomstgerichte analyse aan, gelet op het feit dat er vandaag een ander aanbod op de markt is (Stieve) en er ook in het buitenland voorbeelden legio zijn van gelijkaardige aanbiedingen (bv. Videoland in Nederland).

259. 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

<sup>268</sup> Bestreden beslissing, randnrs. 693-694.

<sup>269</sup> <https://www.nlziet.nl/nl/>.

<sup>270</sup> Bestreden beslissing, randnrs. 660 en 2785.

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>271</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 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>272</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>273</sup> Om televisie in hoge definitie te “*streamen*” volstaat overigens een bandbreedte van 5 Mbps.<sup>274</sup> In Nederland is met Youfone zelfs al een aanbod gelanceerd dat gebruik maakt van mobiel breedband.<sup>275</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.).

260. 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”.* Zoals ook al benadrukt in verband met de wholesalem Markt voor centrale toegang (zie randnr. 169 e.v.), is dit niet de correcte benadering. 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>276</sup>
261. 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.

<sup>271</sup> Bestreden beslissing, randnr. 694.

<sup>272</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 BIPT), rijnummer 352 van het Excel-bestand met de inventaris), p. 73 (vrije vertaling van het BIPT).

<sup>273</sup> “How Netflix Works With ISPs Around the Globe to Deliver a Great Viewing Experience”, *Netflix* van 17 maart 2016 (stuk 48).

<sup>274</sup> Zie <https://help.netflix.com/nl/node/306>.

<sup>275</sup> <https://www.youfone.nl/>.

<sup>276</sup> Bestreden beslissing, randnr. 2787.

262. Het middel is derhalve gegrond.

## **5.12 Elfde 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**

### *5.12.1 Korte weergave van het middel*

263. 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.

264. 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.

### *5.12.2 Uiteenzetting van het middel*

265. 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>277</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 opleggen.<sup>278</sup>

266. Omgekeerd concludeert de CRC bij de analyse van de wholesalemakten 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>279</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.

267. Deze inconsistentie in de analyse resulteert in een discriminatie van de kabeloperatoren ten opzichte van Proximus, die hierdoor volledig ontsnapt aan reglementering op de wholesalemakten 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 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.

268. 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

---

<sup>277</sup> Bestreden beslissing, hoofdstuk 22.2.

<sup>278</sup> Bestreden beslissing, hoofdstuk 25.

<sup>279</sup> Bestreden beslissing, hoofdstuk 34.2.

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.

269. 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.
270. Uw Hof heeft in een vergelijkbaar geval bovendien geoordeeld dat uit de motivering 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>280</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>281</sup> (markt voor wholesalebreedbandtoegang) tot de conclusie gekomen dat de relevante markt niet de kabelnetten omvatte.<sup>282</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."*

271. *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.

272. Het middel is derhalve gegrond.

---

<sup>280</sup> Brussel (18<sup>de</sup> k.) 3 december 2014, 2011/AR/2014, pt. 139.

<sup>281</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten, hoofdstuk 6.3.1.8 (stuk 25).

<sup>282</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten, p. 281 (stuk 25).

### 5.13 Twaalfde middel: Schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsprincipe doordat de tarieven wholesaletoeegang tot de kabel steunen op een ongerechtvaardigde afstemming op de tarieven van Brutélé en vergelijking met de tarieven van SFR in Frankrijk

#### 5.13.1 Korte weergave van het middel

273. 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 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.

#### 5.13.2 Uiteenzetting van het middel

##### 5.13.2.1 Toepasselijke bepalingen en beginselen

274. Elke administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven die in feite en in rechte juist, pertinent en toelaatbaar zijn<sup>283</sup>. In de rechtspraak van Uw Hof luidt het dat de ingeroepen motieven kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig moeten zijn<sup>284</sup>. De administratieve overheid moet de feitelijke elementen waarop haar beslissing steunt op minutieuze wijze vaststellen<sup>285</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>286</sup>*

275. 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

<sup>283</sup> SALMON, J., *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Brussel, Bruylant, 2012, p. 816.

<sup>284</sup> Brussel (18<sup>e</sup> k.), 7 september 2010, 2009/AR/1871, p. 22-25, randnrs. 47-51.

<sup>285</sup> RvSt, 16 februari 2009, n° 190.516, *Pyra*.

<sup>286</sup> RvSt, 8 april 2011, n° 212.579, p. 84.

beslissing kunnen beïnvloeden<sup>287</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>288</sup>*

276. Elke beslissing die steunt op materieel onjuiste feiten is behept met een motiveringsgebrek en een bevoegdheidsoverschrijding<sup>289</sup>.

#### 5.13.2.2 Toepassing in casu

277. 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.

278. In de bestreden beslissing koos de CRC echter voor nog een andere optie, met name het afstemmen van de groothandelstarieven van Telenet op de (ondertussen vernietigde) “retail minus”-tarieven van kabeloperator Brutélé.

279. De afwijzing van de bestaande groothandelstarieven van Telenet en de keuze voor de groothandelstarieven van Brutélé wordt door de CRC als volgt gemotiveerd<sup>290</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.

280. Deze motivering en de daarvoor ingeroepen feitelijke onderbouw is kennelijk ontoereikend.

281. Vooreerst is de motivering van de afwijzing van de bestaande wholesaletarieven van Telenet gebrekkig.

---

<sup>287</sup> R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 264-265.

<sup>288</sup> RvSt, 8 april 2011, n° 212.579, p. 85.

<sup>289</sup> J. SALMON, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Brussel, Bruylant, 2012, p.1026.

<sup>290</sup> Bestreden beslissing, randnummers 3143-3150.

- 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 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.

282. 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>291</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.
283. 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

<sup>291</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.

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.

284. 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.
285. 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>292</sup>. Ter 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.
286. Het middel is bijgevolg gegrond.

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

##### *5.14.1 Korte weergave van het middel*

287. 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 “boeket”, 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.

##### *5.14.2 Uiteenzetting van het middel*

288. 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 boeket 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>293</sup>), zou het echter volstrekt disproportioneel zijn om de begunstigen toe te laten om een volledig ander boeket 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.

---

<sup>292</sup> Numericable, *Offres de référence - Annexe 1 Tarifs*, 1 april 2017 (stuk 49).

<sup>293</sup> Randnr. 2982.

289. De verplichtingen mogen niet verder gaan dan wat nodig is om de begunstigden toe te laten om te concurreren op de retailmarkt. Het boeket van Telenet bevat al meer dan 100 televisiekanalen, inclusief alle meest bekeken kanalen. Dit boeket 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 begunstigden. 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>294</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 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>295</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>296</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>297</sup>
290. Zoals uitgelegd in de feitelijke uiteenzetting (zie Figuur 1), neemt de vraag naar bandbreedte 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>298</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.
291. 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 retailmarkt.

<sup>294</sup> Bestreden beslissing, randnr. 2975.

<sup>295</sup> Bestreden beslissing, voetnoot 1340.

<sup>296</sup> Bestreden beslissing, randnr. 2982.

<sup>297</sup> *Ibidem*.

<sup>298</sup> Zoals vermeld investeren de Belgische vaste operatoren aanzienlijk meer dan het Europese gemiddelde, en de kabeloperatoren proportioneel het meest van allemaal, zie randnrs. 31 ev.

292. Bijgevolg is het middel gegrond.

**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:

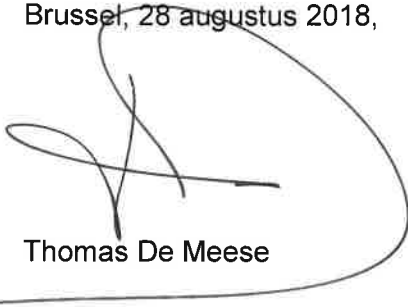
In hoofdorde: de bestreden beslissing in haar geheel te vernietigen;

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 van de beslissing rechtvaardigt;

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

Voor Telenet,  
Haar raadslieden,

Brussel, 28 augustus 2018,



Thomas De Meese



Karl Stas

## INVENTARIS

1. Besluit van de CRC van 29 juni 2018 betreffende de analyse van de markten voor breedband en televisieomroep
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 het BIPT aan Telenet van 24 augustus 2018
7. Brief van Telenet aan het BIPT van 24 augustus 2018
8. "Resultaten eerste kwartaal 2016", *Telenet* van 28 april 2016.
9. Europese Commissie, Digital Economy and Society Index (DESI) report 2018 - Connectivity.
10. Europese Commissie, Index van de digitale economie en maatschappij (DESI) 2018 - Landverslag België.
11. Arthur D. Little, Cable Operator's Contribution to the European Digital Landscape, mei 2016.
12. "New Worldwide Broadband Speed League Unveiled – UK Ranks 31", persbericht van Cable UK d.d. 8 augustus 2017.
13. Van Dijk Management Consultants, Broadband internet access cost (BIAC) Autumn 2015, Studie voor de Europese Commissie, 2016.
14. Telenet, Additional observations regarding the joint dominance analysis mentioned in Chapter 28 of the draft CRC analysis for the broadband and broadcasting market as notified to the European Commission, juni 2018.
15. "Proximus gains ground with super-fast 45G network", Proximus persbericht van 11 augustus 2017.
16. Jaarverslag Orange Belgium 2017.
17. "Proximus and Huawei team up for first successful 5G outdoor trial in Belgium speeds of up to 294 Gbps reached, end-to-end latency down to 1.81 milliseconds", Proximus persbericht van 26 april 2018.
18. "Orange lanceert het eerste volledig onbeperkte mobiele abonnement in België", persbericht van Orange van 7 februari 2018
19. BEREC, Report on impact of fixed-mobile substitution in market definition, BoR (12) 52, 24 mei 2012.
20. Brief van de Europese Commissie aan RTR van 30 juni 2017 in zaak AT/2017/1987-1988.

21. Belgian Association of Digital Technology Leaders (Beltug), ICT Market Trends Survey, februari 2017
22. "Geen dominante marktmacht bij online video-streaming platforms", persbericht van de ACM van 22 augustus 2017.
23. ACM, Rapportage Online videoplatforms onder de loep, 22 augustus 2017.
24. IMEC, Digimeter 2017.
25. Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten
26. WIK Consult, Options for wholesale access to Cable-TV networks with focus on VULA, studie voor ACM, 5 februari 2015.
27. WIK Consult, Technical feasibility of providing wholesale broadband access over a cable TV infrastructure (EC Market 3), studie voor Comreg, februari 2016.
28. WIK Consult, Study into the current and future technological access options to all fixed telecommunication infrastructures in the Netherlands, studie voor ACM, 30 juni 2017.
29. European Regulators Group, Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG(06)33, mei 2006.
30. ARCEP, Analyse des marchés pertinents - Projet de décision soumis à consultation publique et notifié à la Commission européenne et aux autres régulateurs européens sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public, april 2005.
31. ACM, Marktanalysebesluit Wholesale Fixed Access, zaaknummer ACM/17/019945, 31 juli 2018.
32. Brief van de Europese Commissie aan de CRC van 25 mei 2018 m.b.t. zaak BE/2018/2073-2074-2075.
33. Brief van de Europese Commissie aan ACM van 10 februari 2017 in zaak NL/2017/1960.
34. Brief van de Europese Commissie aan KommAustria van 10 november 2017 in zaak AT/2017/2020.
35. Brief van de Europese Commissie aan Urząd Komunikacji Elektronicznej van 12 maart 2008 in zaak PL/2007/0593.
36. Brief van de Europese Commissie aan de CRC d.d. 20 juni 2011 in zaak BE/2011/1227-1228.
37. Ecorys, Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation, Final Report, 18 september 2013.
38. OPTA, Besluit marktanalyse hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en wholesale huurlijnen (HKWBT/HL), 28 december 2012.
39. "TV Vlaanderen kiest Norkring België om tv-abonnement via DVB-T2 te lanceren", persbericht van Norkring van 9 november 2017.

40. Brief van de Europese Commissie aan PTS van 24 juni 2016 in zaak SE/2016/1871.
41. Brief van de Europese Commissie aan de Bundesnetzagentur van 17 maart 2017 in zaak DE/2017/1966.
42. OPTA, Definitief oordeel Analyse Televisie, 20 december 2011.
43. Brief van de Europese Commissie aan Office of Communications van 28 januari 2005 in zaak UK/2004/0111.
44. Brief van de Europese Commissie aan ITST van 30 april 2007 in zaak DK/2007/0618.
45. "US cord cutters to reach 33 million this year faster than expected", *TechCrunch* van 25 juli 2018.
46. "Netflix plots \$1bn investment drive", *Financial Times* van 18 april 2018.
47. "Met YouTube TV gaat Google concurrentie aan met kabeltelevisie", *DataNews* van 2 maart 2017.
48. "How Netflix Works With ISPs Around the Globe to Deliver a Great Viewing Experience", persbericht van Netflix van 17 maart 2016.
49. Numericable, Offres de référence - Annexe 1 Tarifs, 1 april 2017.

