

Nº: 1199

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL
18^{de} kamer,

A.R Nr: 2011/AR/2289
Conn. 2011/AR/2290
Conn. 2011/AR/2291

zitting houdend in burgerlijke zaken,

na beraad wijst volgend arrest :

Nº rep.: 2012/5326

I : 2011/AR/2289

IN ZAKE VAN :

Arrest van 4
september 2012

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

Eiseres,

vertegenwoordigd door Meester Thomas DE MEESE, advocaat te
1000 Brussel, Koningstraat 71.

TEGEN :

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

Verweerster,

Vertegenwoordigd door Meester Sébastien DEPRÉ, advocaat te
1050 BRUSSEL, Flageyplein 7, Mter Hendrik VIAENE, Bram
Hoorelbeke en Delphine Gillet, advocatenkantoor Stibbe,
gevestigd te 1000 Brussel, Loksumstraat 25.

TUSSENKOMENDE PARTIJEN

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

Tussenkomenende partij,-

Vertegenwoordigd door Meester Dirk VAN LIEDEKERKE, Mter Joëlle Froidmont, Mter Katrien Meire, Mter Jasper De Fauw, Mter Alexis Laes, advocaten te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26.

2. MOBISTAR N.V., met maatschappelijke zetel te 1140 BRUSSEL, Bourgetlaan 3, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomenende partij,

vertegenwoordigd door Meester Yves VAN GERVEN en Mr. Anne VALLERY, advocaten te 1000 BRUSSEL, Barricadenplein 13.

3. AIESH C.V. intercommunale vereniging, met maatschappelijke zetel te 6460 Chimay, Grand Place, Hôtel de Ville, ingeschreven in de KBO onder nummer 0201.712.587,

Tussenkomenende partij

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. Jean BOURTEMBOURG, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

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

Tussenkomenende partij

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. BOURTEMBOURG Jean, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

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

Tussenkommende partij,

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Mter Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. BOURTEMBOURG Jean, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

II : 2011/AR/2290

IN ZAKE VAN:

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

Eiseres,

vertegenwoordigd door Mr. Thomas DE MEESE, advocaat te 1000 Brussel, Koningstraat 71.

TEGEN:

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

Verweerster,

Vertegenwoordigd door Meester Sébastien DEPRÉ, advocaat te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7, Mter Hendrik VIAENE, Bram Hoorelbeke en Delphine Gillet, advocatenkantoor Stibbe, gevestigd te 1000 Brussel, Loksumstraat 25.

TUSSENKOMENDE PARTIJEN

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

Tussenkomenende partij,

vertegenwoordigd door Meester Dirk VAN LIEDEKERKE, Mter Joëlle Froidmont, Mter Katrien Meire, Mter Jasper De Fauw, Mter Alexis Laes, advocaten te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26.

2. MOBISTAR N.V., met maatschappelijke zetel te 1140 BRUSSEL, Bourgetlaan 3, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810,

Tussenkomenende partij,

vertegenwoordigd door Meester Yves VAN GERVEN & Mter Anne VALLERY, advocaten te 1000 BRUSSEL, Barricadenplein 13.

3. AIESH C.V. intercommunale vereniging, met maatschappelijke zetel te 6460 Chimay, Grand Place, Hôtel de Ville, ingeschreven in de KBO onder nummer 0201.712.587,

Tussenkomenende partij,

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. Jean BOURTEMBOURG, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

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

Tussenkomenende partij,

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. BOURTEMBOURG Jean, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

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

Tussenkomende partij

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Mter Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. BOURTEMBOURG Jean, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

III : 2011/AR/2291

IN ZAKE VAN :

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

Eiseres,

vertegenwoordigd door Mr. Thomas DE MEESE, advocaat te 1000 Brussel, Koningstraat 71.

TEGEN:

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

Verweerster,

Vertegenwoordigd door Meester Sébastien DEPRÉ, advocaat te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7, Mter Hendrik VIAENE, Bram Hoorelbeke en Delphine Gillet, advocatenkantoor Stibbe, gevestigd te 1000 Brussel, Loksumstraat 25.

TUSSENKOMENDE PARTIJEN :

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

Tussenkomenende partij,

Vertegenwoordigd door Meester Dirk VAN LIEDEKERKE, Mter Joëlle Froidmont, Mter Katrien Meire, Mter Jasper De Fauw, Mter Alexis Laes, advocaten te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26.

2. MOBISTAR N.V., met maatschappelijke zetel te 1140 BRUSSEL, Bourgetlaan 3, ingeschreven in de KBO onder nummer 0456.810.810.

Tussenkomenende partij,

Vertegenwoordigd door Meester Yves VAN GERVEN en Mter Anne VALLERY, advocaten te 1000 BRUSSEL, Barricadenplein 13.

3. AIESH, C.V. intercommunale vereniging, met maatschappelijke zetel te 6460 Chimay, Grand Place, Hôtel de Ville, ingeschreven in de KBO onder nummer 0201.712.587.

Tussenkomenende partij,

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. Jean BOURTEMBOURG, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

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

Tussenkomenende partij,

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. BOURTEMBOURG Jean, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

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

Tussenkomende partij

Vertegenwoordigd door Meester Alexandre VERHEYDEN, Mter Yvan DESMEDT en Mter Karl STAS, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165 en Mter. BOURTEMBOURG Jean, advocaat te 1060 BRUSSEL, Zwitserlandstraat 24.

A. Beknopt overzicht van de rechtspleging voor het hof.

1. De voorliggende zaken betreffen drie vorderingen die werden ingesteld door de eiseres NV Telenet, waarbij ze de vernietiging vordert van drie beslissingen die door de Conferentie der Regulators van de Elektronische Communicatiesector (CRC) werden genomen op 1 juli 2011. Tegelijk vordert ze ook de schorsing van deze beslissingen.

Het betreft de beslissingen houdende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Franse taalgebied, de analyse van de markt voor de televisieomroep in het Nederlandse taalgebied en de analyse van de markt voor de televisieomroep in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, hierna 'de bestreden beslissingen' genoemd.

2. Omdat elk van de vermelde gebieden, die samenvallen met drie van de vier taalgebieden die bepaald zijn in artikel 4 van de Grondwet, door de CRC als een relevante markt werd aangewezen, maar het geografische dekkinggebied van de kabelistributienetwerken van de verschillende operatoren en van de aanbieder van diensten voor televisieomroep via een IPTV (internet protocol television) platform meer dan één van die relevante markten bestrijkt, heeft het hof bij een arrest van 15 november 2011 beslist om de drie zaken te voegen.

3. Met de verzoekschriften die op 26 en 27 september 2011 werden ingediend, zijn drie andere betrokken exploitanten van een kabel distributienetwerk -de partijen Tecteo, AIESH, en Brutele-, evenals Belgacom -die exploitant is van een IPTV platform- en Mobistar tussengekomen in de door Telenet aangespannen procedures.

Tecteo, AIESH en Brutele enerzijds en Coditel Brabant (operationeel onder de benaming Numéricable) anderzijds hebben eveneens een vordering tot schorsing ingesteld tegen de boven vermelde beslissingen binnen het kader van een beroep tot vernietiging dat in het Frans werd ingeleid.

Ook Belgacom heeft een beroep ingesteld tegen die beslissingen, maar geen vordering tot schorsing ervan.

4. De vorderingen tot schorsing van de vermelde marktanalysebesluiten werden in staat gesteld en met onderhavig arrest worden enkel de vorderingen van Telenet behandeld.

5. De partijen hebben conclusies genomen binnen de termijnen die door het hof werden vastgesteld en hebben ieder een dossier ingediend met overtuigingsstukken.

Ze werden gehoord op de terechtzittingen van 21, 22, 28 en 29 februari evenals van 6, 7, 13 en 14 maart 2012. Op deze laatste datum werden de zaken in beraad gesteld.

B. Situering van de beroepen en de bestreden beslissingen.

6. De auteur van de drie voorliggende bestreden beslissingen is de Conferentie der Regulators van de Elektronische Communicatiesector (afgekort CRC).

De CRC is een rechtspersoon naar publiekrecht die is opgericht bij het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006, dat werd gesloten tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap om te voldoen aan de verplichting tot samenwerking die door het Grondwettelijk Hof werd verplicht gesteld (G.H, arrest van 14 juli 2004, zaak nr. 132/2004 en navolgende arresten van 13 juli 2005, zaak nr. 128/2005 en

8 november 2006 zaak nr. 163/2006) op grond van de redenen die uitgebreid zijn aangegeven in de preambule tot het akkoord.

De samenwerking betreft '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'.

7. Volgens het Samenwerkingsakkoord neemt de CRC beslissingen als collectieve regulerende instantie in de gevallen waarin één van deze regulerende instanties met toepassing van artikel 3 alinea's 2 en 3 van het Samenwerkingsakkoord erom verzoekt dat een ontwerpbeslissing of gewijzigde ontwerpbeslissing van een andere regulerende instantie bij haar aanhangig wordt gemaakt.

Volgens artikel 6 van het Samenwerkingsakkoord staat de regulerende instantie die de ontwerpbeslissing had voorgelegd in voor de verdere uitvoering van de beslissing van de CRC. Deze laatste regulerende instantie informeert de andere regulerende instanties die zijn opgesomd in artikel 2, 2° van dit samenwerkingsakkoord over de maatregelen die genomen werden ter uitvoering van de beslissing van de CRC.

8. Om te voldoen aan de Europese regelgeving en met name de Aanbeveling van de Europese Commissie van 17 december 2007 (2007/879/EG), die zelf de detailmarkt voor de levering van televisiesignalen niet als een ex ante reguleerbare markt aanwijst, hebben de regulatoren op grond van de resultaten van de 'drie criteriatest' die vervat is in punt 2 van de vermelde aanbeveling besloten dat er reden was om die markt ex ante te reguleren.

De beslissingen betreffen in essentie de verplichtingen die opgelegd worden aan de eigenaars of erfpachthouders van een kabelnetwerk om andere operatoren toegang te verlenen tot hun netwerk om ze in de mogelijkheid te stellen om er concurrerende diensten aan te bieden.

De drie regulatoren van de drie taalgebieden die door de bestreden beslissingen worden bestreken -Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) voor het Franse taalgebied, Vlaamse Regulator voor de Media (VRM) voor het Vlaamse taalgebied en Belgisch Instituut voor de Postdiensten en de Telecommunicatiediensten (BIPT) voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, wat de instellingen betreft die niet uitsluitend tot één der taalgemeenschappen behoren- hebben ieder een ontwerpbeslissing van marktanalyse genomen en die vervolgens meegedeeld aan de andere regulatoren, die ieder op 5 mei 2011 hebben gevraagd dat de ontwerpbeslissingen aanhangig zouden worden gemaakt bij de CRC.

9. De notificatie van de ontwerpbeslissingen aan de Europese Commissie, zoals voorgeschreven bij artikel 7 van de Kaderrichtlijn 2002/21/CE van het Europese Parlement en de Raad van 7 maart 2002, werd door deze op 28 mei 2011 ontvangen en ze heeft er na een vraag om inlichtingen van 31 mei 2011 haar mening erover meegedeeld bij een brief van 20 juni 2011.

Onder punt III. van die brief bespreekt de Europese Commissie vijf aandachtspunten: (i) de ontstentenis van analyse van samenhangende groothandelsmarkten (ii) de test van de drie criteria (iii) het proportioneel karakter van de verplichting tot doorverkoop van de toegang tot hoog debiet internet (iv) het proportioneel karakter van de verplichting tot doorverkoop van de toegang tot analoge televisie en (v) het risico dat het behoud van uitzendingen voor analoge televisie potentieel investeringen in digitale infrastructuur en de ontwikkeling van innoverende diensten zou kunnen belemmeren.

Voor die punten vraagt ze hetzij om nadere verantwoording in de definitieve beslissing (punten i, iii en iv), hetzij om nauwgezette opvolging en heroverweging van de marktsituatie (punt ii), hetzij om intrekking van de maatregel wanneer de structuur van de markt competitiever is geworden (punt v).

10. Ieder van de drie vermelde regulatoren had voordien zijn ontwerpbeslissing in januari 2011 ook voor advies overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging, die op 21 februari 2011 een advies heeft verstrekt waarin de drie ontwerpbeslissingen werden betrokken.

Voor het BIPT was het verzoek aan de Raad voor de Mededinging gebaseerd op artikel 40/11 van de wet van 30 maart 1995 betreffende de elektronische communicatienetwerken en -diensten en de uitoefening van omroepactiviteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad evenals op artikel 55 paragrafen 4, 4/1 en 5 uit artikel 55 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de Elektronische communicatienetwerken, die het BIPT opleggen om dit advies te vragen wanneer het gaat om een ontwerpbeslissing inzake marktanalyse.

Voor de VRM ging het om toepassing van artikel 218, § 6 van het Vlaams decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, dat samenwerking voorschrijft met ondermeer de Raad voor de Mededinging wanneer het gaat om een marktanalyse inzake televisieomroep.

Voor de CSA was het verzoek gesteund op het gecoördineerde decreet van de Franse Gemeenschapsraad van 26 maart 2009 betreffende de audiovisuele diensten in samenhang met artikel 16 §1 van de reeds vermelde Kaderrichtlijn.

De Raad voor de Mededinging heeft als conclusie enige bedenkingen geformuleerd omtrent de concurrentievoorwaarden als gevolg van het toenemend belang van de gegroepeerde aanbiedingen inzake toegang tot breedband internet (multiplay) en de digitale televisie. Hierover suggereerde hij dat de regulatoren informatie zouden kunnen verzamelen betreffende de indicatoren die tot de identificatie zouden kunnen leiden van een afzonderlijke markt inzake multiplay-aanbiedingen.

Hij gaf te kennen geen bezwaar te zien tegen de analyse van de kleinhandelsmarkt met remedies op een groothandelsmarkt, en oordeelde verder dat de voorgestelde remedies, die beogen de mededinging te stimuleren door het aanbod van diensten op de kabel, daartoe effectief zouden bijdragen.

Kritiek op de hem meegedeelde beslissingen werd als zodanig niet geformuleerd.

11. Vervolgens heeft de CRC op 1 juli 2011 de bestreden beslissingen aangenomen.

Ze treden in werking op 1 augustus 2011, tenzij anders is aangegeven voor bepaalde opgelegde verplichtingen.

Op 7 februari 2012 heeft de CRC nog drie besluiten aangenomen waarbij ze materiële vergissingen corrigeert in de beslissingen van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in de drie taalgebieden waarop de bestreden beslissingen betrekking hebben.

De bestreden beslissingen geven ook aan -in overeenstemming met de voorschriften van de Europese regelgeving (Kaderrichtlijn)- dat de analyse in de regel geldingskracht heeft gedurende drie jaar, maar tegelijk dat de respectieve regulatoren in functie van de ontwikkelingen die zich zouden voordoen op de relevante markt desgevallend de beslissing van jaar tot jaar eerder zouden kunnen herzien.

C. Het weren van conclusies en de grief betreffende de toegang tot stukken uit het administratief dossier.

12. Vooraf vordert Telenet dat de conclusies van Mobistar uit de debatten worden geweerd omdat zij deze in een niet-vertrouwelijke versie kreeg meegedeeld, maar die partij bij het hof een vertrouwelijke versie heeft ingediend.

Ook heeft Mobistar een aantal dossierstukken als vertrouwelijk bestempeld en deze niet meegedeeld.

Verder maakt ze voorbehoud bij het gegeven dat de CRC een aantal dossierstukken die ten grondslag liggen aan de verschillende bestreden beslissingen als vertrouwelijk kwalificeert en ze zodoende aan de toegang onttrekt.

13. In de vertrouwelijke versie van haar conclusies heeft Mobistar lokaal aangegeven dat een gegeven niet wordt meegedeeld aan de andere procespartijen omdat het informatie aangaande haar strategie betreft. Overigens heeft Telenet zelf ook in de niet-vertrouwelijke versie van haar conclusies aangegeven dat bepaalde informatie niet wordt meegedeeld aan derden wanneer ze zakengeheimen betreft.

In de voorliggende procesvoering, die onder de toepassing valt van de wet van 17 januari 2003 betreffende de geschillenregeling naar aanleiding van de wet betreffende het statuut van het BIPT, heeft de wetgever het hof opgedragen om het vertrouwelijk karakter van gegevens uit het administratief te verzekeren (artikel 2 §5). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft al geoordeeld dat in een burgerlijke

procedure de tegenspraak uitzonderlijk moet wijken voor het vertrouwelijke karakter van stukken (EHRM, 21 juni 2007, Antunes & Pires t. Portugal, nr. 35).

Deze vertrouwelijkheid strekt zich noodzakelijk ook uit tot de inhoud van conclusies die worden ingediend voor zover daarin die vertrouwelijke gegevens uit het administratief dossier worden verwerkt.

Telenet heeft tijdens de instaatstelling van de rechtspleging evenwel niet aangevoerd dat Mobistar onterecht de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen voor gegevens die zij niet aan tegenspraak wenste te onderwerpen en zij heeft met name ook het hof niet gevraagd om te beslissen over het noodzakelijk karakter van die vertrouwelijkheid en de proportionaliteit ervan.

Zodoende dient haar grief, die enkel gesteund wordt op het feit dat niet alle vermeldingen in de conclusies van Mobistar aan tegenspraak zijn onderworpen, te worden verworpen.

14. In zoverre bezwaar wordt gemaakt tegen de vertrouwelijkheid die door de CRC voor een aantal dossierstukken wordt aangevoerd, dient eveneens te worden overwogen dat Telenet tijdens de instaatstelling van de rechtspleging het hof niet heeft verzocht om een incident hierover te beslechten.

Het hof kan zich vooralsnog beperken tot de vaststelling dat Telenet enkel voorbehoud formuleert, maar verder niet vraagt dat de bedoelde dossierstukken uit de beraadslaging zouden worden geweerd.

D. De feitelijke context en de draagwijdte van de beslissingen.

15. Over de materie die de CRC aan analyse onderwerpt, wordt vooreerst aangegeven dat het leveren van omroepinhoud, de levering van wholesalediensten voor doorgifte van omroepsignalen en wholesaletoeegang tot het omroepnetwerk niet tot het voorwerp van de analyse behoren, maar enkel de retaildiensten voor het leveren van omroepinhoud, omroepsignalen en toegang tot het omroepnetwerk worden geanalyseerd.

Daarbij wordt als een omroepnetwerk beschouwd 'een elektronisch-communicatienetwerk (vast of draadloos) via hetwelk omroepsignalen kunnen worden doorgestuurd naar een aansluitpunt van de eindgebruiker'.

16. De VRM, de CSA en het BIPT zagen redenen om de marktomgeving te analyseren op grond van het gegeven dat in België de levering van omroepdiensten aan eindgebruikers bijna uitsluitend beperkt is tot kabeltelevisie van de kabeloperatoren en IPTV van Belgacom. In 2008 heeft de VRM, in samenwerking met de CSA en de Medienrat, een marktbevraging gedaan betreffende wholesalebreedband/netwerktoegang en omroepdiensten en uit de antwoorden op deze bevraging is gebleken dat er redenen waren om de markten met betrekking tot omroep verder te onderzoeken.

De betrokken regulatoren vroegen zich met name af of in geval van problemen op de markt een ex-anteregulering gerechtvaardigd kon zijn en zo ja, welke reguleringsaanpak daarbij het meest geschikt voorkwam.

Die analyse bleek relevant vanuit het gegeven dat de omroepmarkt steeds meer verweven raakt met de markt voor breedbandinternet en telefonie, in het bijzonder door de stijgende opname van de "multiple play"-aanbiedingen. Omroepproducten worden uitgebreid met levering van breedbandinternetdiensten en telefonieproducten.

17. Voorts wordt vastgesteld dat de televisieomroepmarkt in België gebruik maakt van verschillende platformen om televisieomroepdiensten aan eindgebruikers aan te bieden: platform voor kabel-tv, het IPTV-platform en de 'overige platformen': satelliet-tv, terrestrische tv, mobiele tv en web-tv.

Kabeltelevisie is het grootste televisieplatform in België. Meer dan 95% van de Belgische bevolking heeft toegang tot kabeltelevisie en de penetratie van kabeltelevisie bedraagt ongeveer 80% van het aantal huishoudens in België.

De IPTV-dekking wordt geraamd op ongeveer 88% van de huishoudens. Die dekking kan nog verder toenemen met de uitrol van VDSL 2.

De algemene tv-penetratie van kabel-tv-abonnees en IPTV-abonnees tezamen bedraagt 96% van het totale aantal Belgische huishoudens.

18. Er zijn in België momenteel vijf operatoren te onderscheiden die kabeltelevisiediensten aanbieden.

Telenet is actief in het Nederlandse taalgebied, delen van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en één gemeente in het Franse taalgebied.

Tecteo is actief in meer dan 75% van het Franse taalgebied, het Duitse taalgebied en één gemeente in het Nederlandse taalgebied.

Brutélé is actief in 24 gemeenten van het Franse taalgebied en in 6 gemeenten van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

Numéricable dekt delen van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en twee gemeenten in het Nederlandse taalgebied.

AIESH dekt een klein deel van het Franse taalgebied in de provincie Henegouwen (zeven gemeenten).

Brutélé en Tecteo hebben hun televisieactiviteiten gegroepeerd onder de commerciële naam VOO en samen dekken zij bijna 95% van het Franse taalgebied en 100% van het Duitse taalgebied.

AIESH heeft beslist om haar kabelnetwerk en de ermee verbonden activiteit over te dragen aan Brutélé met ingang van 2013.

19. Het IPTV-platform verwijst naar tv-diensten die over een tweedradig telecomnetwerk op basis van xDSL (koperdraden) worden aangeboden. Dit platform is het tweede belangrijkste tv-platform in België in termen van abonnees.

Er zijn twee aanbieders van IPTV-diensten in België: Belgacom biedt een IPTV-dienst aan onder de productnaam "Belgacom TV". Dit product werd gelanceerd in 2005 en heeft sindsdien een nationaal karakter verkregen. Scarlet, een dochteronderneming van Belgacom, biedt zijn abonnees eveneens het "Belgacom TV"-product aan.

Verder biedt Alpha Networks, dat diensten aanbiedt onder de merknaam "Billi", als enige alternatieve operator IPTV-diensten aan. Billi werd opgestart in februari 2010 en biedt momenteel tv-diensten aan in 19 gemeenten in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en in het Franse taalgebied.

20. Naast kabel-tv en IPTV, die de twee grootste platformen zijn, zijn ook nog een aantal andere platformen beschikbaar in België.

Vooreerst is er satelliet-tv die kan worden onderscheiden in twee types: betalende satelliet-tv (SATV), waarbij de eindklant televisiesignalen ontvangt via satelliet door middel van een betalend abonnement en 'free-to-air satelliet-tv (FTA SATV), waarbij de eindklant televisiesignalen ontvangt zonder betalend abonnement (doorgaans publieke zenders).

Digitale satelliet-tv vereist de plaatsing van een satellietontvanger (doorgaans een satellietparabool) en een decoder. Net als IPTV en digitale kabel-tv biedt SATV *high definition*-tv voor zowel beeld als geluid. Digitale satelliet-tv biedt eveneens themakanalen à la carte. De dekking van satelliet-tv in België is vrijwel nationaal.

21. De voornaamste satellietprovider is de M7 Group die twee verschillende aanbiedingen voor SATV heeft, met name TV Vlaanderen (voor de Nederlandstalige kijkers) en TéléSAT (voor de Franstalige kijkers). Beide aanbiedingen bieden digitale tv en omvatten Belgische televisiekanalen en ongeveer 700 televisie- en radiokanalen (in het bijzonder kanalen vanuit Frankrijk in het TéléSAT-aanbod en kanalen vanuit Nederland in het aanbod van TV Vlaanderen).

Begin oktober 2010 lanceerde Mobistar eveneens een televisieaanbod dat gebaseerd is op satellietsignalen, in combinatie met telefonie en breedbandinternet.

Mobistar biedt twee taalgebonden bundels aan met ofwel overwegend Nederlandstalige, ofwel overwegend Franstalige kanalen. Bovenop dit basisaanbod zijn er meer dan 700 televisie- en radiokanalen te ontvangen, plus een ruim gamma aan thematische kanalen mits betaling van een bijkomende vergoeding.

22. Vervolgens is er digitale terrestrische tv. Het betreft televisiesignalen die via de ether verspreid worden met zendmasten. Thans gebeurt dit enkel nog digitaal via *Digital Video Broadcast Terrestrial* (DVB-T) met uitzondering van de lokale Franstalige Brusselse televisie "Télé Bruxelles" die zijn programma's nog analoog uitzendt.

Via DVB-T kan slechts een beperkt aantal programma's worden uitgezonden (ten opzichte van de kabel, IPTV en satelliet) omdat de spectrumruimte beperkt is. Voor DVB-T is een decoder vereist (die doorgaans ingebouwd is op nieuwe tv-toestellen) en een DVB-T-antenne die binnen- of buitenshuis kan bevestigd worden.

De bestaande DVB-T platformen zenden enkel free-to-air uit en volledig gratis.

In de Franse Gemeenschap zendt RTBF (de Franstalige publieke zender) zijn 3 televisiezenders en Euronews uit, met daarnaast ook de publieke Franstalige en Duitstalige radiozenders.

In Vlaanderen werd een licentie toegekend aan Norkring50, dat de signalen van de VRT (de Nederlandstalige publieke zender) mag uitzenden. Enkel de televisie- en radiozenders van de VRT worden uitgezonden via DVB-T.

In de Duitstalige Gemeenschap zendt de BRF (de Duitstalige publieke zender) zijn dagelijkse televisiejournaal en de radiozender BRF1 uit.

23. De 'mobiele tv' is het vijfde platform. Het stelt mobiele gebruikers in staat om tv te kijken op hun draagbare toestel (gsm, laptop, smartphone, handy, ...). De eindgebruiker dient zich daartoe binnen het dekkingsgebied van het mobiele netwerk van een provider met dergelijke diensten te bevinden. Er zijn momenteel twee mobiele tv-aanbiedingen op basis van het 3G-netwerk van Proximus en Mobistar.

Belgacom Mobile biedt mobiele tv aan sinds september 2005. Haar aanbod omvat live tv (30 tv-kanalen waaronder 12 in het Frans, 5 in het Nederlands en 5 in het Engels) en video-op-aanvraag (VoD).

Mobistar biedt ook een mobiele-tv-dienst. Haar aanbod omvat 24 tv-kanalen.

24. In laatste instantie zijn er de omroepdiensten die geleverd worden via een breedbandinternetverbinding. Het betreft 'web-tv' en 'geconnecteerde tv-omroepdiensten'.

Web-tv wordt aangeboden aan de eindgebruiker via het internet (kabel of DSL) rechtstreeks, zonder specifieke prioriteit op andere internetinhoud en zonder dat andere dan de gewone internetrandapparatuur (modem, computer) is vereist. Het wordt meestal aangeboden via video streaming (bvb. youtube en programma's van nieuwsredacties die kunnen worden (her)bekeken).

Geconnecteerde televisie ("Connected TV"-toepassingen) is een verzamelnaam van toepassingen waarbij traditionele omroepdiensten (geleverd door bv. kabel- en IPTV operatoren) worden gecombineerd met andere media- en randapparatuur, via het breedbandinternet. Het gaat om een uitbreiding van de traditionele omroepdiensten met interactieve toepassingen. Omroepinhoud die gewoonlijk via televisie wordt bekeken kan worden ontvangen op een computer of i-pad en omgekeerd kan inhoud die normaal via internet wordt ontvangen ook via televisie worden bekeken (Yelo bij Telenet en TV on PC bij Belgacom).

25. Bij de zoektocht naar de relevante productmarkt en geografische markt is uitgegaan van zes aanbiedingen van omroepdiensten: digitale tv via kabelnetwerken (CATV); digitale tv via kopernetwerken (IPTV); digitale betaal satelliet-tv (SATV), digitale terrestrische tv (DVB-T), digitale mobiele tv en web-tv via breedbandnetwerken.

De analyse op het vlak van de levering van televisiesignalen verliep verder in functie van:

- de substitueerbaarheid van betaal-tv en gratis tv;
- de substitueerbaarheid van analoge- en digitale kabel-tv-aanbiedingen;
- de substitueerbaarheid van digitale kabeltelevisie- en DSL-tv-aanbiedingen;
- de substitueerbaarheid van digitale kabeltelevisie- en betalende satelliet-tvaanbiedingen;
- de substitueerbaarheid van digitale kabeltelevisie- en DVB-T-aanbiedingen;
- de substitueerbaarheid van digitale kabeltelevisie- en mobiele-tv-aanbiedingen;
- de substitueerbaarheid van digitale kabeltelevisie- en web-tv-aanbiedingen.

26. De conclusie betreffende de relevante productenmarkten luidt dat de relevante productenmarkt overeenstemt met de retailmarkt voor de levering van tv-signalen, inclusief analoge en digitale signalen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV).

27. Over de relevante geografische markt overwegen de bestreden beslissingen dat een geografische segmentering volgens het dekkingsgebied van de kabelnetwerken aangewezen is in België voor de relevante retailmarkt van de omroepmarkt voornamelijk omwille van de volgende redenen: de ontstentenis van substitutie aan vraag- en aanbodzijde tussen de omroepaanbiedingen van kabelnetwerken onderling en van een ketensubstitutie-effect tussen kabelnetwerken die zich in verschillende geografische dekkingsgebieden bevinden.

Verder wordt in dit verband aangegeven dat er heterogeniteit bestaat in de marktaandelen en de technologische kenmerken van kabelnetwerken, in consumentenvoorkeuren en televisieaanbiedingen in de verschillende dekkingsgebieden van kabeloperatoren, in de prijzen in de verschillende dekkingsgebieden van kabeloperatoren en qua historische regels en regulering.

28. De conclusie luidt dat voor de levering van tv-signalen de relevante geografische markt overeenstemt met de individuele dekkingsgebieden van de kabeloperatoren.

Het kabelnetwerk van Wolu TV wordt gerekend tot het dekkingsgebied van Telenet.

29. Met het oog op beantwoording van de vraag of er operatoren zijn met een sterke machtspositie (SMP) is de marktafbakening voor het onderzoek toegespitst op: de retailmarkt voor de levering van analoge- en digitale-tv-signalen geleverd via kabelnetwerken en IPTV-platformen in het dekkingsgebied van Telenet, de retailmarkt voor de levering van analoge- en digitale-tv-signalen geleverd via kabelnetwerken en IPTV-platformen in het dekkingsgebied van Tecteo en de retailmarkt voor de levering van analoge- en digitale-tv-signalen geleverd via kabelnetwerken en IPTV-platformen in het dekkingsgebied van Numéricable.

30. De conclusie over de aanwezigheid van ondernemingen met een sterke machtspositie in het dekkingsgebied van Telenet luidt dat zulks voor deze laatste effectief het geval is.

De conclusie wordt gesteund op het grote marktaandeel en de relatief grote prijsafhankelijkheid die Telenet in zijn dekkingsgebied bezit, hetgeen een vermoeden oplevert van een sterke machtspositie op de relevante retailmarkt in het betrokken dekkingsgebied.

Verder wordt in aanmerking genomen dat Telenet eveneens beschikt over de volgende voordelen ten opzichte van Belgacom TV en/of potentiële toetreders op de relevante retailmarkt in zijn dekkingsgebied: controle over niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, waarbij vooral de analoge functionaliteit een voordeel is; het bestaan van overstapdrempels die de overstap naar andere operatoren bemoeilijken; schaalvoordelen en breedtevoordelen; een zeer geringe mate aan kopersmacht; een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk en ten slotte verticale integratie.

31. Over de noodzaak om een markt die door de Europese Commissie zelf niet als te reguleren is geïdentificeerd en de in dit verband voorafgaand uit te voeren 'drie criteriatest' op basis waarvan tot regulering kan worden beslist voor het dekkingsgebied van het kabelnetwerk van Telenet geven de beslissingen het volgende aan.

De VRM, de CSA en het BIPT oordelen dat de relevante retailmarkt in het dekkingsgebied van Telenet gekenmerkt wordt door hoge toetredingsdrempels, aangezien Telenet en Belgacom TV over een niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur beschikken en aanzienlijke kostenvoordelen kunnen genieten. Die regulerende instanties zijn ook van oordeel dat deze elementen de komende jaren een blijvende hoge drempel voor toegang tot de relevante retailmarkt zullen blijven vormen in het dekkingsgebied van Telenet.

Zodoende wordt het eerste criterium vervuld geacht.

Voorts oordeelt die regulator dat de relevante retailmarkt voor levering van tv-signalen niet neigt naar daadwerkelijke concurrentie. Analoge televisie blijft een aanzienlijk deel van de markt bedienen en kan enkel geleverd worden door Telenet.

Ondanks het feit dat Belgacom TV sinds zijn lancering een niet-verwaarloosbaar marktaandeel heeft bemachtigd (ruim 20%), is het marktaandeel van Telenet slechts gestaag gedaald

en blijft het hoger dan 70%. Door de mogelijkheid om analoge naar digitale klanten te transformeren en klanten voor lange tijd vast te houden door middel van multiple play aanbiedingen, wordt het dynamisme van de markt verder verzwakt, zo meent de regulerende instantie.

Aldus wordt ook het tweede criterium vervuld geacht.

Ten slotte wordt gesteld dat het mededingingsrecht niet volstaat, omdat het de concurrenten niet in staat stelt om toegang te krijgen tot de kabelnetwerkdiensten en -infrastructuur. Zelfs al zou worden aangetoond dat die toegang een essentiële faciliteit betreft, dan nog zouden de mededingingsautoriteiten niet in staat zijn om een prijs voor de toegang vast te stellen en te waarborgen dat tijdig toegang wordt verleend, luidt het oordeel.

Ook het derde criterium is dan vervuld: het mededingingsrecht is niet toereikend om de problemen op de relevante retailmarkt voor levering van tv-signalen in het dekkingsgebied van Telenet te verhelpen.

32. Met het oog op de vaststelling van inhoudelijke regulering, worden dan de belemmeringen voor de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt voor omroepdiensten geïdentificeerd.

Daarbij worden volgende belemmeringen aangegeven.

Over buitensporige prijzen voor de eindgebruiker: er wordt aangegeven dat het prijsniveau van omroepproducten aangeboden door partijen met aanmerkelijke marktmacht de laatste jaren significant is gestegen, al wordt er aan toegevoegd dat de mate waarin het prijsniveau een buitensporig karakter vertoont, moeilijk is in te schatten. De VRM, CSA en het BIPT nemen geen stelling in nopens de vraag of er buitensporige prijzen worden toegepast op de omroepmarkt.

Met betrekking tot de mogelijkheid voor prikkels om buitensporige prijzen aan te rekenen wordt het risico reëel geacht omdat over het algemeen de operatoren met sterke marktmacht de mogelijkheid en prikkel hebben om hun prijzen naar een excessief niveau te verhogen.

Het risico is hoog wanneer de markt waarin de SMP operator bedrijvig is, gekenmerkt wordt door hoge toetredingsdrempels en een beperkte dynamiek, hetgeen als kenmerk van de omroepmarkt werd vastgesteld, zo luidt de overweging.

33. Om tot een toestand van daadwerkelijke concurrentie te komen en de vastgestelde marktproblemen te verhelpen, dient volgens de bestreden beslissingen toetreding tot de relevante markt mogelijk te zijn voor operatoren die momenteel gehinderd worden door hoge toetredingsdrempels.

In verband met de toe te passen remedies kiezen de beslissingen ervoor om wholesaleverplichtingen op te leggen om de problemen te verhelpen die geïdentificeerd zijn op de relevante retailmarkten.

Er wordt immers vastgesteld dat er in België geen wholesalehandelsmarkt voor omroep bestaat, waarbij de operatoren toegangsdiensten bieden tot het betrokken platform voor televisieomroep en transmissie van televisieomroepsignalen. Andere diensten voor toegang tot het platform dan diegene die operatoren leveren voor de eigen levering op de relevante retailmarkten zijn niet voorhanden.

34. Betreffende de ontstentenis van analyse van wholesalemarkten, had de Europese Commissie in haar standpunt van 20 juni 2011 evenwel opgemerkt dat aangezien er geen wholesalehandelsmarkt is, volgens punt (4) van de Aanbeveling over de relevante markten, de nationale regulerende instantie een stroomopwaartse notionele markt zou moeten definiëren en analyseren en moeten bepalen of het zou volstaan om gepaste correctiemaatregelen op wholesaleniveau op te leggen teneinde het op de retailmarkt vastgestelde gebrek aan concurrentie te verhelpen.

Volgens dit standpunt diende te worden onderbouwd dat de gekozen remedies niet anders zouden zijn indien een groothandelsmarkt was gedefinieerd en geanalyseerd.

Om hieraan tegemoet te komen hebben de regulatoren aan de ontwerpbeslissingen redengeving toegevoegd waarbij werd gesteld dat onderzoek naar een te definiëren en te analyseren notionele stroomopwaartse wholesalemarkt tot de conclusie leidde dat er verschillende notionele wholesalemarkten bestaan voor het wholesaleaanbod van televisiesignalen via kabel waarvan de geografische dimensie overeenstemt met de dekkingszones van de netwerken van Telenet, Tecteo, Brutélé, Numéricable en AIESH.

Hun bevindingen op het vlak van aanwezigheid van SMP-operatoren en op het vlak van de toepassing van de drie criteriatest op die notionele markten, brachten hen niet tot andere conclusies wat de op te leggen remedies aangaat.

35. Op de televisieomroepmarkt in de dekkingszone van Telenet, kiezen de VRM, de CSA en het BIPT ervoor om de volgende verplichtingen op te leggen aan Telenet als "SMP-operator":

- toegang verlenen tot een doorverkoop aanbod om analoge televisie te kunnen aanbieden;
- toegang verlenen tot het digitale televisieomroepplatform;
- toegang verlenen tot een doorverkoop aanbod om breedbandtoegang te kunnen aanbieden.

Met betrekking tot het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe heeft het BIPT de verplichtingen van Telenet gemoduleerd naar de bijzondere toestand die er heerst wegens de overeenkomst tussen Wolu TV en Telenet.

Tevens worden verplichtingen tot non-discriminatie, transparantie en prijscontrole opgelegd voor zover deze noodzakelijk zijn om die toegangsverplichtingen effectief te maken. Voor elk van die verplichtingen wordt dan nadere motivering verstrekt.

Ook wordt gepreciseerd dat de verplichting niet inhoudt dat de operator met een machtspositie tegen zijn wil een retailaanbod voor analoge tv dient te behouden. De verplichting tot doorverkoop van het analoge-televisieaanbod vervalt automatisch wanneer het retailaanbod ophoudt.

36. Aan Telenet wordt opgelegd om een referentieaanbod inzake de doorverkoop van het analoge aanbod te publiceren. Daarover wordt verder gepreciseerd dat het referentieaanbod de alternatieve operatoren dient in staat te stellen enkel die prestaties te kopen die ze nodig hebben en een contract te tekenen binnen een redelijke periode van drie weken wanneer ze geen bijkomende aanvragen hebben.

Verder wordt gesteld dat uiterlijk 6 maanden na de inwerkingtreding van de bestreden beslissing aan de VRM, de CSA en het BIPT een voorstel voor een referentieaanbod moet worden bezorgd en dat de VRM vervolgens een of meer besluiten zal aannemen met betrekking tot de kwalitatieve en kwantitatieve aspecten van het voorstel voor een referentieaanbod. Het referentieaanbod zal operationeel moeten zijn ten laatste 6 maanden na de inwerkingtreding van het besluit van de VRM, de CSA en het BIPT betreffende ten minste de kwalitatieve aspecten van het voorstel.

37. Over de toegang tot het platform voor digitale televisie wordt aangegeven dat de operator een aanbod zal moeten doen om zijn digitale-tv-signalen te delen, zodat de begunstigde van de toegang zelf het systeem voor de voorwaardelijke toegang van zijn klanten kan beheren, alsook zijn decoders en interfaces 'mens-machine'.

De begunstigde die toegang heeft tot het digitale platform zal vrij de samenstelling van zijn boeket moeten kunnen definiëren, namelijk bepaalde zenders die de SMP-operator aanbiedt weglaten, of zenders toevoegen die de SMP-operator niet uitzendt. Het houdt ook in dat de begunstigde de signalen van de betreffende zenders tot aan het digitale-televisieplatform van de operator met een sterke machtspositie dient te brengen.

Ook wordt aangegeven dat Belgacom geen toegang zal kunnen hebben tot het digitale-televisieplatform van Telenet.

38. Wat ten slotte de toegang tot een doorverkoop aanbod van het aanbod voor breedbandtoegang betreft overwegen de beslissingen dat de doorverkoop van het aanbod is bedoeld om de alternatieve operatoren de mogelijkheid te bieden om de aanbiedingen van interactieve en geconnecteerde tv-omroepdiensten te reproduceren evenals de multiplay-aanbiedingen omroep/breedband van de SMP-operator en om zelf de contacten met de eindklant van de betrokken SMP-operator te kunnen onderhouden

Ook hier wordt beslist dat Belgacom geen toegang zal kunnen hebben tot dit doorverkoop aanbod voor breedbandinternet.

39. In de beslissingen voor het Franse taalgebied, voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en het Nederlandstalige taalgebied, wordt mutatis mutandis telkens hetzelfde overwogen ten aanzien van dezelfde operatoren.

Inzonderheid geldt zulks ten aanzien van Telenet die als enige operator in de drie taalgebieden actief is, maar niet ten aanzien van Tecteo, die niet in Brussel actief is.

De drie beslissingen hebben eenzelfde opbouw en benadering en verstrekken ook eenzelfde redengeving voor de verplichtingen, waarvan ook het detail niet verschilt, wat de noodzaak en de proportionaliteit ervan betreft, met dien verstande dat voor elk van de beslissingen de specifiek voor het betrokken taalgebied vigerende regelgeving wordt in aanmerking genomen.

Verder worden de verplichtingen ten aanzien van AIESH beperkt, wegens het specifieke van haar toestand verbonden aan het gegeven dat ze op haar kabelnetwerk enkel analoge televisie aanbiedt.

40. In het dictum van elk van de drie besluiten betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep beslist de CRC voor de respectieve relevante markten:

(i) in het Nederlandse taalgebied:

“1. voor elke individuele dekkingszone van de kabeloperatoren in het Nederlandse taalgebied [ontbrekende woorden: ‘de markt’] voor televisieomroep te definiëren als de retailmarkten voor de levering van televisiesignalen, analoge en digitale signalen inbegrepen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV);

2. als operator met een sterke machtspositie op deze markten respectievelijk Numéricable, Tecteo en Telenet aan te wijzen;

3. aan de operatoren met een sterke machtspositie de verplichtingen op te leggen inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, gescheiden boekhouding, prijscontrole, kostentoerekening in de hierboven beschreven omstandigheden, om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die geïdentificeerd zijn op de markten voor televisieomroep in het Nederlandse taalgebied.”

(ii) in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad:

“ - voor elke individuele dekkingszone van de kabeloperatoren in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad [ontbrekende woorden: ‘de markt’] voor televisieomroep te definiëren als de retailmarkten voor de levering van televisiesignalen, analoge en digitale signalen inbegrepen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV);

- als operator met een sterke machtspositie op deze markten respectievelijk Telenet, Brutélé en Numéricable aan te wijzen;

- aan de operatoren met een sterke machtspositie de verplichtingen op te leggen inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, gescheiden boekhouding, prijscontrole, kostentoerekening in de hierboven beschreven omstandigheden, om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die geïdentificeerd zijn op de markten voor televisieomroep in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad.”

(iii) voor het Franse taalgebied: (vertaling door het hof)

“1. voor elke individuele dekkingzone van de kabeloperatoren in het Franse taalgebied worden de markten voor televisieomroep gedefinieerd als de retailmarkten voor de levering van televisiesignalen, analoge en digitale signalen inbegrepen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV);

2. als operator met een sterke machtspositie op deze markten respectievelijk Tecteo, Brut  , AIESH en Telenet aan te wijzen:

3. aan de operatoren met een sterke machtspositie de verplichtingen op te leggen inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, gescheiden boekhouding, prijscontrole, kostentoerekening in de hierboven beschreven omstandigheden, om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die geïdentificeerd zijn op de markten voor televisieomroep in het Franse taalgebied.”

41. De CRC heeft op 1 juli 2011 ook een beslissing genomen betreffende de markt van de televisieomroep in het Duitse taalgebied, maar dit besluit wordt door Telenet niet bestreden omdat Tecteo als enige operator met een sterke machtspositie op die markt werd aangewezen.

Nog op 1 juli 2011 heeft de CRC een beslissing genomen met betrekking tot de analyse van de breedbandmarkten (markten 4 en 5 bedoeld in de bijlage bij de Aanbeveling van de Europese Commissie van 17 december 2007).

Daarbij heeft ze Belgacom aangewezen als operator met een sterke machtspositie op die markten en haar de verplichtingen opgelegd om de tekortkomingen inzake concurrentie te verhelpen die op de breedbandmarkten geïdentificeerd zijn. Tot die verplichtingen behoort het referentieaanbod voor levering van multicasting.

E. De vordering van Telenet.

42. Telenet formuleert het dictum van haar conclusie als volgt:

“(…)

In hoofdorde: de bestreden beslissingen van de CRC integraal te schorsen;

Subsidiair: de bestreden beslissingen te schorsen met betrekking tot die verplichtingen en aspecten waaromtrent wordt vastgesteld dat de middelen ernstig zijn.

In elk geval:

- de bestreden beslissingen integraal te schorsen indien het hof beslist om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk en/of het Hof van Justitie van de Europese Unie;

- de bestreden beslissingen te schorsen in zoverre zij Belgacom het voordeel verlenen van de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie;

- de beslissing van de CRC betreffende het 2-talig gebied Brussel Hoofdstad te schorsen in zoverre ze aan Telenet de verplichtingen oplegt inzake analoge televisie en/of het digitale basisaanbod in het verzorgingsgebied van WoluTV;

“(…)”

43. Ter staving van die vordering voert zij in haar conclusies 19 middelen aan, waarvan 13 volgens haar een volledige vernietiging van de bestreden beslissingen en zodoende ook de schorsing ervan kunnen verantwoorden.

De 6 overige -in volgorde het veertiende tot en met het negentiende middel- die de verschillende verplichtingen betreffen, kunnen dan volgens Telenet een gedeeltelijke schorsing van die beslissingen wettigen in zoverre de betrokken verplichting betreft.

De middelen betreffen gebreken in de totstandkoming van de bestreden beslissingen, schending van de formele motiveringsplicht, manifeste beoordelingsfouten en schendingen van Europese regelgeving en het materiële recht uit het Vlaamse Mediadecreet, de Omroepwet en het Vlaamse Decreet Audiovisuele Mediadiensten.

Ze kunnen als volgt worden gegroepeerd en betreffen:

(1) schending van het onpartijdigheidsbeginsel en de zorgvuldigheidsplicht,

(2) schending van de taalwetgeving in bestuurszaken,

(3) artikel 4,6° van de Bijzondere Wet tot hervorming der Instellingen (BWHI) **(a)** doordat de CRC beslissingen nam in de plaats van de VRM, CSA en BIPT, en

(b) indien en voor zover verplichtingen zouden worden opgelegd die zich niet beperken tot de regulering van elektronische communicatiewerken- en diensten;

(4) het beginsel dat de retailmarkt voor omroepdiensten buiten het toepassingsgebied valt van het regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector;

(5) een manifeste beoordelingsfout met betrekking tot de verplichtingen die worden opgelegd in het verzorgingsgebied van Wolu TV (Brussel Hoofdstad);

(6) de hoorplicht en de raadpleging- en notificatieverplichtingen uit de Kaderrichtlijn, het Mediadecreet, de Omroepwet en het Decreet Audiovisuele Mediadiensten;

(7) tekortkoming aan de formele motiveringsplicht: **(a)** inzake de verplichting om maximaal rekening te houden met de opmerkingen en aanbevelingen van de Europese Commissie en de vereisten van een correcte en volledige mededingingsrechtelijke analyse, doordat geen methodische, volledige en feitelijk onderbouwde analyse werd gemaakt van de stroomopwaartse wholesalemakten, evenals inzake de motivering van de verplichting tot doorverkoop van breedbandinternet,

(b) inzake de verplichting tot een gescheiden boekhouding;

(8) de principes van een correcte mededingingsrechtelijke analyse van de relevante productenmarkten;

(9) de principes van een correcte mededingingsrechtelijke analyse inzake de geografische afbakening van de relevante kleinhandelsmarkt;

(10) de noodzaak van een correcte prospectieve analyse bij de toepassing van de drie criteriatest en de beoordeling van de vraag of de omroepmarkten daadwerkelijk concurrerend zijn;

(11) de noodzaak van een correcte prospectieve benadering bij de SMP analyse;

(12) de verplichting tot doorverkoop van breedband internet, die wordt opgelegd zonder analyse van de relevante breedbandmarkten en die noodzakelijk noch proportioneel is;

(13) de toegangsverplichting tot het digitale televisieplatform die niet noodzakelijk, noch proportioneel is;

(14) de doorverkoopverplichting inzake analoge televisie, als zelfstandige verplichting los van de toegang van het digitale televisieplatform, die niet noodzakelijk en proportioneel is;

(15) de mogelijkheid die de historische operator Belgacom krijgt om gebruik te maken van de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie.

44. Zou het hof van oordeel zijn dat er geen reden bestaat om de beslissingen in hun geheel te schorsen, dan vraagt Telenet dat ze in elk geval zouden worden geschorst in zoverre Belgacom niet wordt uitgesloten van de verplichting tot analoge doorverkoop.

Ze benadrukt in dit verband de kritiek die de Europese Commissie hierover formuleerde en het ongerechtvaardigde voordeel dat de historische operator hierdoor toevallt.

45. Telenet gaat er overigens van uit dat artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord aldus zal worden uitgelegd dat de schorsing van de bestreden beslissingen slechts zal worden bevolen indien zij aantoonbaar dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ernstige gevolgen kan hebben voor haar.

Ze voert drie elementen aan die volgens haar ernstige schadelijke gevolgen vormen en die niet enkel een financieel aspect vertonen: de voorbereiding van het referentieaanbod, het klaarmaken van haar netwerk om wholesalediensten aan te bieden en de effectieve levering van die diensten aan alternatieve operatoren vanaf 1 oktober 2012.

Verder meent ze dat de belangenafweging in haar voordeel doorweegt.

F. Het standpunt van de CRC.

46. In het algemeen geeft de CRC aan dat de kabeloperatoren tot dusver beschikken over een absoluut monopolie op het gebruik van hun netwerk en dat ze de enige zijn die tegelijk analoge en digitale televisie kunnen aanbieden. In hun dekkingsgebied beschikken ze over een audiovisueel cliënteel dat veruit groter is dan het gecombineerde cliënteel van alle andere operatoren samen en ze zijn ook de enige die kunnen genieten van de migratie van analoge naar digitale televisie.

De motivering betreffende rechtvaardiging en proportionaliteit van de opgelegde verplichtingen dient te worden beoordeeld rekening houdend met die bijzondere situatie.

De regulering van de omroepdiensten, naast deze van de breedbandmarkt, is vereist voor de ontwikkeling van de mededinging, zo luidt de stelling, opdat de keuze inzake internet en televisie zou toenemen voor de consument.

47. Verder geeft ze aan dat de Raad voor de Mededinging en de Europese Commissie zich niet tegen de voorgenomen beslissingen hebben verzet, terwijl in het voorliggende geval de EC nochtans met een veto de regulering kon verhinderen.

Over de opgelegde verplichtingen benadrukt ze dat de wederverkoop van het aanbod inzake analoge televisie bijzonder belangrijk is aangezien 78% van de televisiekijkers nog steeds analoge televisie ontvangen en 40% van alle televisiekijkers uitsluitend op analoge televisie zijn geabonneerd, terwijl 70 tot 90% van deze kijkers niet overwegen om over te stappen naar digitale televisie. In dit verband geeft ze ook nog aan dat deze verplichting geen enkele technische of operationele wijziging met zich brengt voor de SMP-operator.

Voor de toegang tot het digitale televisieplatform geeft ze aan dat dit wel technische en operationele ingrepen vergt, maar dat zulks vereist wordt door de noodzaak om alternatieve operatoren de markt te laten dynamiseren en om de eindgebruiker alternatieven te bieden in termen van keuze, prijs en kwaliteit.

De wederverkoop van het breedbandaanbod is volgens de CRC een noodzakelijke aanvulling op de toegang tot het digitale televisieplatform om de alternatieve operatoren in staat te stellen een gecombineerd aanbod te dupliceren en te beconcurreren.

48. Betreffende het ernstige en moeilijk te herstellen nadeel wijst ze er op dat de verplichting om een referentieaanbod te bezorgen diende nageleefd te zijn tegen 1 februari 2012 - hetgeen werd nageleefd- maar dat het effectief aanbieden van gereguleerde diensten aan derden niet eerder dan zes maanden na de beslissing van de regulatoren over het referentieaanbod kan ingaan. De facto betekent zulks dat het effectieve aanbod ten vroegste tijdens het vierde trimester van 2012 voor de alternatieve operatoren beschikbaar zal moeten zijn.

Ze wijst er ook op dat de aan het referentieaanbod verbonden financiële nadeel voor Telenet niet zwaar weegt en dat de betrokken kost, die ook een marge zal inhouden, zal worden opgenomen in toegangstarieven. Verder is volgens haar de technische impact op het netwerk verwaarloosbaar en vergen de bestreden beslissingen geen specifieke investeringen inzake het verhogen van de bandbreedte die enkel aan de regulering te wijten is.

In die aangegeven zin is volgens haar het door Telenet aangevoerde nadeel verbonden aan het gegeven van de regulering zelf, niet aan de beslissingen als zodanig.

49. De cumulatief vereiste voorwaarden om de bestreden beslissingen te schorsen zijn volgens haar niet vervuld.

De middelen zijn volgens de CRC ook niet ernstig omdat een summier onderzoek niet toelaat te besluiten dat de beslissingen op het eerste gezicht onwettig zijn.

Ze leidt dit ondermeer ook af uit het feit dat een veelheid van middelen door Telenet worden aangevoerd en uit de standpunten die ingenomen werden door de Raad voor de Mededinging en de Europese Commissie.

Er is ook geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel omdat volgens de CRC het beweerde nadeel zich niet voordoet tijdens de periode die het hof in aanmerking kan nemen, een schorsing van de bestreden beslissingen niets aan de toestand van Telenet zou veranderen en het merendeel van de aangevoerde schadeposten enkel van financiële aard zijn, zonder dat zij een ernstige impact hebben op de werking van Telenet.

50. In het bijzonder ten aanzien van de middelen die formele aspecten van de bestreden beslissingen aangaan, meent ze dat geen enkel ervan doel kan treffen.

Vooreerst meent ze dat er van partijdigheid geen sprake kan zijn omdat (i) er geen precieze vastgestelde feiten zijn die een verdenking van partijdigheid kunnen wettigen, (ii) er evenmin omstandigheden zijn waaruit kan worden afgeleid dat de vermeende partijdigheid de Conferentie heeft kunnen beïnvloeden, (iii) Telenet het betrokken lid van het college ook niet heeft gewraakt.

Over de schending van de taalwet werpt ze tegen dat de geïncrimineerde passages geen motieven met draagwijdte betreffen. Zou er een schending van de taalwet zijn, dan kan dit retroactief worden rechtgezet.

Verder betoogt ze dat over de grief inzake bevoegdheidsoverschrijding die door de CRC zou zijn begaan – die impliciet het Samenwerkingsakkoord als ongrondwettelijk beschouwt – duidelijk niet door het hof en al zeker niet op het eerste gezicht uitspraak kan worden gedaan. Ook geeft ze aan dat het door Telenet aangevoerde punt, met name dat de beslissingen oordelen over een verplichting tot toegang inzake breedbandinternet die niet louter beperkt is tot het overbrengen van signalen van radio-omroep en televisie, precies de reden vormt voor de gemeenschapsregulators en het IBPT om de zaak bij de CRC aanhangig te maken.

Het middel inzake de schending van het Europese regelgevende kader ten slotte, acht ze kennelijk ongegrond gelet op de houding van de Europese Commissie aan wie de ontwerpbeslissingen werden genotificeerd.

51. Over de middelen die een inhoudelijke kritiek formuleren verwerpt de CRC vooreerst de kritiek betreffende de marktdefinitie.

Hierover stelt ze vooreerst dat ze niet gehouden was om een stroomopwaartse wholesalemarkt te analyseren, aangezien het Europese regelgevende kader zulks niet oplegt.

De relevante productenmarkt die werd gedefinieerd als de retailmarkt voor de levering van TV-signalen, inclusief analoge en digitale signalen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV) met uitsluiting van de satelliet-TV en DVB-T, is volgens haar correct en ze wijst er op dat de Raad voor de Mededinging en de Europese Commissie hierbij geen kritiek hadden.

De relevante geografische markt, die bepaald werd als het dekkingsgebied van de netwerken van de kabeloperatoren, werd evenmin door die instanties bekritiseerd, zo luidt het argument.

52. De SMP-analyse en de drie criteriatest werden correct uitgevoerd, zo stelt de CRC en ze wijst ook in dit verband op de ontstentenis van kritiek vanwege de Raad voor de Mededinging en de Europese Commissie.

Ze wijst verder op het marktaandeel van 80% van Telenet, op een beslissing van ons hof, waarin werd gesteld dat Telenet over een machtspositie beschikt, en op het feit dat Telenet herhaald haar prijzen kon verhogen zonder marktaandeel te verliezen.

De drie criteria die behoren te worden getoetst vooraleer regulerend kan worden opgetreden, zijn eveneens voorhanden: er zijn op de markt toetredingsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn, er is geen daadwerkelijke mededinging en de enkele toepassing van het mededingingsrecht volstaat niet om het marktfalen te verhelpen.

53. Elk van de opgelegde verplichtingen zijn volgens de CRC ook behoorlijk gemotiveerd en proportioneel. In dit verband wijst ze ondermeer op het feit dat de bestreden beslissingen verdere uitvoeringsbeslissingen vergen, die de proportionaliteit van de in het algemeen opgelegde verplichtingen nader zullen verzekeren.

Met haar kritiek valt Telenet in wezen het beginsel van de regulering zelf aan, terwijl het regelgevend kader de nationale reguleringsinstantie hiertoe nochtans verplicht in de voorliggende omstandigheden, zo luidt het verweer.

Hierover geeft de CRC nog aan dat de verplichting inzake analoge televisie en de toegang tot breedband beperkt blijft tot doorverkoop van de retailaanbiedingen die Telenet aan eigen klanten biedt en dat de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie aan Belgacom gedetailleerd wordt gemotiveerd. Overigens zou dit laatste aspect niet doorwegen in een schorsingsprocedure, aangezien de verplichting overeind zou blijven voor de andere alternatieve operatoren.

Ook wijst ze er op dat Telenet zelf de architectuur zal kiezen die het beste past bij de uitvoering van de verplichtingen en dat de regulatoren navolgend desgevallend zullen te oordelen hebben of in het geval Telenet toegang weigert, zij hiervoor al dan niet reden heeft op basis van het goedgekeurde referentieaanbod.

Wel geeft ze aan dat de opgelegde verplichting inzake gescheiden boekhouding berust op een materiële vergissing en geen bestaansreden heeft. Hierover zijn corrigerende beslissingen genomen op 7 februari 2012.

54. Ten slotte geeft de CRC nog aan dat de belangenafweging in elk geval in het voordeel moet zijn van de handhaving van de bestreden beslissingen.

Ze wijst er in dat verband op dat in geval van latere vernietiging van de bestreden beslissingen, het door Telenet ingeroepen nadeel geheel herstelbaar zal zijn via eventuele schadevergoeding. Worden de beslissingen geschorst, dan wordt ook de voortgang met de nodige uitvoeringsbeslissingen opgeschort totdat over de vernietiging zal zijn beslist, terwijl hierdoor meer dan een jaar vertraging zou optreden, hetgeen bij een latere verwerping van de vorderingen niet herstelbaar zou zijn.

G. De standpunten van de tussenkommende partijen.

a) *Tecteo, AIESH, Brutélé en Numéricable.*

55. Deze tussenkommende partijen hebben in de gevoegde zaken die door Telenet werden ingeleid geen conclusies ingediend.

Ze geven in hun verzoekschrift tot tussenkomst enkel aan dat ze het standpunt en de vordering van Telenet ondersteunen en dat de bestreden beslissingen dienen te worden geschorst.

b) *Mobistar.*

56. Deze partij besluit in het algemeen dat het verzoek om de bestreden beslissingen te schorsen moet worden verworpen.

Ze geeft aan dat ze tussenkomt om de bestreden beslissingen te ondersteunen en om de rechten die ze eraan ontleent te beschermen: de beslissingen beogen haar toegang te verlenen tot het netwerk van Telenet en haar in staat te stellen een volwaardig concurrerend tv- en multiple-play aanbod te doen.

Bij de meeste van de aangevoerde middelen geeft ze aan waarom ze niet als ernstig kunnen worden beschouwd en met de uitvoering van de beslissingen zou er ook geen concreet aanwijsbare onherstelbare schade gemoeid zijn.

In elk geval neigt de belangenafweging volgens haar naar het overwegend belang van de handhaving van de gevolgen van de beslissing in afwachting van de beslissing over het verzoek tot vernietiging.

De wettelijke voorwaarden die gesteld zijn om tot schorsing te beslissen, zijn naar haar inzien niet vervuld.

57. Wat de retailmarkt voor levering van analoge en digitale tv-signalen betreft wijst ze er op dat Telenet voor ieder van de afgebakende geografische markten een marktaandeel heeft van 70% tot 90%, terwijl Belgacom een aandeel heeft van 10% tot 20% en er slechts één andere alternatieve operator (Alpha Networks) is. Zelf heeft ze een aanbod voor televisieomroepdiensten gedaan via satelliet.

Verder wijst ze er op dat de bestreden beslissingen aangeven dat er voor Telenet prikkels zijn om potentieel excessieve prijzen aan te rekenen en dat die onderneming tot dusver alternatieve operatoren elke toegang tot haar kabelnetwerk heeft ontzegd.

Ook wijst ze op het grote belang voor de alternatieve operatoren om een multiplay aanbod te kunnen doen, inzonderheid van televisie en breedband.

Voor wat de analyse van de breedbandmarkten betreft, en meer bepaald de retailmarkt voor breedbandinternettoegang, geeft ze aan dat Belgacom en Telenet samen meer dan 80% van de markt bezitten en dat Belgacom en alle overige kabeloperatoren samen meer dan 90% van de markt hebben. De alternatieve operatoren, waaronder Mobistar, hebben niet méér dan 8%.

58. Ten aanzien van haar eigen toestand geeft ze aan dat ze vooral gekend is als operator die mobiele telefoondiensten aanbiedt, maar dat ze via de referentieaanbiedingen van Belgacom ook een bescheiden marktaandeel heeft op de markten van vaste telefonie en van breedbandinternettoegang. Die weg stelt haar evenwel niet in staat om de vraag te ontmoeten naar multiple play aanbiedingen, waardoor de klant slechts één operator hoeft te kiezen.

Die mogelijkheid is volgens haar nochtans niet enkel belangrijk om nieuwe klanten aan te trekken en bestaande te behouden, maar evenzeer om inkomstenstromen uit de mobiele en vaste telefonie in stand te houden.

Een volwaardig televisieaanbod vereist dat ze toegang krijgt tot de kabel van Telenet en het IPTV-netwerk van Belgacom. Het BROBA-referentieaanbod biedt nochtans geen oplossing omdat de multicastfunctie ervan uitgesloten is en het BRUO-referentieaanbod is niet interessant omdat langs die weg slechts een klein deel van de huishoudens kan worden bereikt.

Over haar televisieaanbod dat ze sedert oktober 2010 deed op basis van satelliet-tv -waarvoor ze tegelijk het BROBA-referentieaanbod van Belgacom nodig heeft met het oog op interactieve dienst- stelt ze dat het is geflopt: in september 2011 telde ze minder dan 27.000 klanten.

Haar thesis luidt dat enkel toegang tot de kabel en de multicastfunctie voor de alternatieve operatoren een oplossing kunnen bieden voor het doorbreken van de marktmacht van de historische operatoren op de retailmarkten van televisie en breedbandinternet.

59. Over de desbetreffende middelen van Telenet ontwikkelt ze verder argumentatie om aan te geven dat de CRC zijn bevoegdheid niet heeft overschreden, dat de opgelegde regulering geen diensten betreft die door de Europese regelgeving uit het toepassingsgebied van de richtlijnen is gesloten en dat de notificatie- en raadplegingverplichtingen geheel werden nageleefd.

60. Ook op het vlak van de analyse van de stroomopwaartse wholesalemarkten –of de ontstentenis hiervan- en de analyse van de relevante retailproductmarkten en de relevante geografische markten treedt ze het standpunt van de CRC bij.

Wat de retailmarkt betreft treedt ze bij dat er substitueerbaarheid bestaat van analoge en digitale TV en van kabel-TV en IPTV en dat SATV en DVB-T uit de relevante productmarkt dienen te worden geweerd.

Inzonderheid de analyse omtrent ontstentenis van substitueerbaarheid aan de vraagzijde tussen kabel-TV en betalende SATV, waarbij functionele gelijkenissen en verschillen en prijszetting worden behandeld, met de ingesloten prospectieve analyse, wordt nader beargumenteerd.

Ze verwijst in dit verband ondermeer ook naar haar eigen weinig succesvol TV-aanbod waarbij twee technologieën moeten worden gecombineerd (ontvangst van satelliet TV-kanalen gecombineerd met breedbandverbinding ADSL voor interactieve televisiediensten) tegenover de situatie waarbij de aanbieders van kabel-TV en IPTV met één technologie onmiddellijk in de huiskamers van de eindgebruikers aanwezig zijn. Haar recentste cijfers bevestigen volgens haar de analyse van de CRC.

Voorts treedt ze bij dat DVB-T uit de relevante markt dient te worden gesloten aangezien ze geen substituut kan vormen voor kabel-TV wegens de beperking van het aantal kanalen, het beperkt aantal residentiële gebruikers (nichemarkt) en de beperkte mogelijkheid tot interactiviteit.

Betreffende de relevante geografische markt bestrijdt ze de grief van Telenet volgens dewelke er slechts één nationale markt bestaat, hetgeen hoofdzakelijk zou blijken uit de aanwezigheid van Belgacom met één nationale prijzenpolitiek, de onrechtstreekse concurrentiedruk uitgaande van de gemeenschappelijke concurrent Belgacom (ketensubstitutie) en de geringe verschillen in concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de verschillende kabeloperatoren.

61. Over de drie criteriatest is ze van oordeel dat hij globaal werd uitgevoerd in overeenstemming met de voorschriften van de Europese Commissie en dat elk van de drie componenten ervan correct in toepassing werden gebracht.

Inzonderheid inzake de toegangsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard, meent ze dat de volgende vier factoren correct werden afgewogen: de toetreding tot de markt door Belgacom TV, Alpha Networks en Mobistar, de onmogelijkheid om analoge televisie aan te bieden, het gereguleerde wholesaleaanbod (ontbundeling) en de afwezige toegang tot multicast, en ten slotte de schaal- en breedtevoordelen en verticale integratie.

Ook in dit verband geeft ze aan dat de door de Europese Commissie voorgestane toepassing van de 'modified greenfield' benadering niet kan ingeroepen worden door een dominante operator op de retailmarkt (Telenet) die volgens haar probeert om een wholesaletoegangsverplichting op een stroomopwaartse markt te ontwijken door zich te beroepen op een wholesaletoegangsverplichting die aan een andere dominante operator (Belgacom) op een parallelle stroomopwaartse (multicast) markt wordt opgelegd.

Er bestaat ook geen reden om de historische operatoren verschillend te behandelen in zake een toegangsverplichting, zodat de alternatieve operatoren vrij kunnen kiezen welk technologieplatform ze zullen gebruiken om de mededinging aan te gaan, zo luidt de stelling.

Wat de ontbrekende neiging van de markt naar daadwerkelijke mededinging betreft, onderschrijft Mobistar het significant belang van het feit dat enkel Telenet analoge TV kan aanbieden en het gegeven dat ondanks de intrede van Belgacom TV het marktaandeel van Telenet maar traag afneemt en dat Telenet door die komst ook geen significante prijsdruk ondergaat, terwijl ze het klantenverloop ook kan afremmen door de multiple play-aanbieding.

Over de ontoereikendheid van het mededingingsrecht, dat ex post het probleem (niet) kan oplossen, betoogt ze ten slotte dat de invulling van de 'essential facility'-norm ten aanzien van een kabelnetwerk op zich al moeilijk ligt en dat de toepassing van de misbruikleur bijzonder strikt is: ze vergt dat de weigering om toegang te verlenen elke mededinging uitsluit, dat de weigering geen objectieve rechtvaardiging heeft en dat de uitgesloten infrastructuur onmisbaar is voor de activiteit van de onderneming.

Daarentegen maakt de regulering ex ante de realisatie van de doelstelling van het mededingingsrecht aanzienlijk eenvoudiger.

62. Over de aan Telenet toegerekende aanmerkelijke marktmacht (SMP) stelt Mobistar dat de Raad voor de Mededinging overeenstemmende inzichten heeft en dat de analyse overigens ook geheel strookt met de richtsnoeren van de Europese Commissie.

Ze wijst inzonderheid op het zeer grote marktaandeel van Telenet, ver boven 50%, en op het gegeven dat ook een dalend marktaandeel aan een besluit tot aanmerkelijke marktmacht niet in de weg staat.

Ook het criterium inzake de onafhankelijke prijszetting is volgens haar voorhanden: de omroeprijzen voor digitale televisie zijn tijdens de periode 2005-2010 hoger dan die van Belgacom, ze zijn de hoogste op de geanalyseerde markt en ook meermaals gestegen en de kostengerelateerde prijscontrole betreft slechts het basisabonnement.

Verder wijst ze op de bijkomende factoren die de CRC volgens haar terecht in de afweging heeft betrokken: de moeilijk te dupliceren infrastructuur en de overstapdrempels waardoor nieuwe operatoren moeilijker klanten kunnen winnen van Telenet, zoals de analoge TV-signalen, die Telenet blijft promoten, onder meer omdat ze toelaten te kijken op meerdere toestellen en de multiplay-aanbiedingen.

63. Wat ten slotte de opgelegde verplichtingen aangaat, is Mobistar van oordeel dat de drie opgelegde verplichtingen die haar aanbelangen correct gemotiveerd en proportioneel zijn.

De toegang tot het digitale televisieplatform, de toegang tot een doorverkoop aanbod voor analoge televisie en de daarbij horende doorverkoop van breedbandinternet zijn volgens haar alle noodzakelijk en in overeenstemming met de doelstellingen van het reglementair kader.

c) *Belgacom.*

64. Deze partij, die eensluidende conclusies heeft ingediend in de voorliggende beroepen van Telenet en deze ingesteld door Tecteo, Brutélé, AIESH en Numéricable -die in een Franstalige rechtspleging worden behandeld- geeft aan dat haar tussenkomt een conservatoire strekking heeft en ze wijst in dat verband inzonderheid op het feit dat ze geniet van de verplichting inzake doorverkoop van het analoge tv aanbod.

Verder ontwikkelt ze een gemotiveerd antwoord op ieder van de middelen en ondersteunt alle door de CRC ingenomen standpunten, met uitzondering van datgene waarbij zij uitgesloten wordt van de toegang tot het digitaal platform en de toegang tot het doorverkoop aanbod van het aanbod voor breedbandtoegang.

65. Ze besluit in het algemeen dat mede rekening houdend met eerdere arresten van het hof, geen van de aangevoerde middelen als ernstig kan worden beschouwd. Dit besluit steunt ze op de overweging dat behandeling van de middelen van Telenet in feite vergt dat het hof de hele marktanalyse zou overdoen.

Ook met betrekking tot de ernst van de nadelige gevolgen meent ze dat het door Telenet aangevoerde nadeel niet aan de draagwijdte van de wettelijke voorwaarde hierover voldoet.

Ze wijst er ondermeer op dat slechts theoretische gevolgen worden besproken, dat ook geen opsplitsing wordt gegeven van die gevolgen voor ieder van de drie verplichtingen die zijn opgelegd en dat ook niet wordt voorgehouden dat de uitvoering ervan technisch onmogelijk zou zijn.

Dat er in de presentatie van de recentste resultaten over de sedert augustus 2011 in werking getreden beslissingen zelfs niet wordt gerept, acht ze dit opzicht veelzeggend.

66. Over de grief inzake het taalgebruik wijst ze er op dat dit voor beslissingen van de regulerende instanties van de Gemeenschappen -die ieder een beslissing hebben genomen die vervolgens werd aanhangig gemaakt bij de CRC- niet wordt beheerst door de federale taalwetgeving, maar door decreten. Hun samenwerking in de CRC zou aan de toepasselijke voorschriften inzake taalgebruik niets veranderen.

Inzake de beweerde schending van de onpartijdigheid, geeft Belgacom ondermeer aan dat de door Telenet aangeklaagde partijdigheid van een lid van de VRM, die nadien zitting nam in de CRC om mee te beslissen, niet lijkt te beantwoorden aan één van de uitsluitingsgronden die in artikel 216 van het Mediadecreet zijn opgesomd en dat het BIPT, de CSA en de Medienrat reeds over de machtspositie van Telenet in een bepaalde zin hadden beslist vooraleer het lid van de VRM mee beraadslaagde in de CRC. Hieruit leidt ze af dat dit lid de overige leden van de CRC niet in een voor Telenet ongunstige zin heeft bewogen.

67. Ook over de regelmatigheid van de door CRC gevolgde beslissingsprocedure kan er volgens Belgacom geen enkele twijfel bestaan.

De CRC heeft volgens haar passend gevolg gegeven aan de opmerkingen van de Europese Commissie, inzonderheid ook wat de vraag naar analyse van een notionele wholesalem Markt betreft, terwijl ze ook niet gehouden was om die opmerkingen op alle punten te volgen.

Verder beklemtoont ze dat de Europese Commissie niet heeft gevraagd om een nieuwe aanmelding van een gewijzigde ontwerpbeslissing en dat een tweede openbare consultatieronde en aanmelding bij de Raad voor de Mededinging niet was vereist.

Ten slotte beschouwt ze dat ook het middel inzake de schending van de nationale bevoegdheidverdelende regels en inzake de overschrijding van de bevoegdheid ten aanzien van het toepassingsgebied van het Europese regelgevende kader betreffende telecommunicatienetwerken -dat niet de levering van omroepinhoud maar wel de doorgifte van inhoud viseert-niet als ernstig kan beschouwd worden.

68. Over de marktanalyse zelf, de conclusie over de aanmerkelijke marktmacht van Telenet en het resultaat van de drie criteriatest beaamt Belgacom de bevindingen van de CRC, die ze in elk opzicht voldoende beargumenteerd acht.

Inzonderheid geeft ze ook aan dat de 'modified greenfield' benadering geenszins werd veronachtzaamd: de beslissingen houden rekening met ex ante regulering op een wholesalem Markt (multicastverplichting), maar die hoeft niet in rekening te worden gebracht bij de analyse omdat die Markt zich niet stroomopwaarts van de Markt waarop verplichtingen aan de kabeloperatoren worden opgelegd. Ze geven ook aan waarom de multicastverplichting niet volstaat: die dienst is niet substitueerbaar met de wholesaledienst van de kabeloperatoren.

In deze gehele context onderlijnt ze ook dat de Europese Commissie in haar brief van 21 juni 2011 -op basis van artikel 7 van de Kaderrichtlijn- geen enkel fundamenteel bezwaar heeft geuit en met name niet heeft beslist tot 'een tweede fase', waarbij ze wijziging van de genotificeerde beslissing en desgevallend de intrekking ervan kon eisen.

Hierin ziet ze een onmiskenbare aanwijzing dat de reglementair opgelegde beoordelingscriteria effectief werden toegepast in een prospectief perspectief en dat de beslissingen geen beoordelingsfouten inhouden.

69. Over de noodzaak en proportionaliteit van de verplichtingen ten slotte, formuleert Belgacom voorbehoud bij het gegeven dat ze geen toegang had tot alle informatie die op dit punt aan de beslissingen ten grondslag ligt.

Overigens beklemtoont ze het groot belang van de verplichting inzake toegang tot de doorverkoop van het aanbod inzake analoge televisie: ze draagt bij aan het bereiken van een noodzakelijk doel: een 'effen speelveld' tot stand brengen voor alle operatoren.

Ze haalt nog aan dat de uitvoering van dit aanbod geen enkel probleem stelt voor de betrokken kabeloperatoren, niet op technisch vlak en evenmin op financieel vlak of wegens de termijn binnen dewelke het aanbod operationeel moet worden gemaakt.

Voor het overige wijst ze op haar verzet tegen haar uitsluiting van de twee overige van de drie verplichtingen, die ze aanvecht binnen het bestek van twee andere hangende beroepsprocedures, maar ondersteunt ze hun redengeving op zich, inzonderheid ook wat de doorverkoop van breedband internet betreft, die geen dubbel gebruik uitmaakt met de haar opgelegde multicastverplichting.

H. Het kader van de regelgeving.

70. Op het niveau van de Europese regelgeving dienen voor de beoordeling van de voorliggende zaak in aanmerking te worden genomen:

- de Richtlijnen 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn) en Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn).

- de aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen;

- de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (2002/C 165/03).

De bestreden beslissingen hebben de voormelde richtlijnen en de nationale voorschriften die de omzetting ervan vormen in aanmerking genomen in de versie die gold vooraleer ze werden gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG van 25 november 2009.

Inmiddels is die omzetting voltrokken door de wet van 10 juli 2012, althans op federaal niveau, maar zulks heeft verder geen incidentie op de beoordeling van de zaak.

71. Op het vlak van de nationale regelgeving hebben de regelgevende instanties, VRM, CSA en BIPT, ieder wat henzelf en de door hen voorgestelde beslissing betreft, in aanmerking te nemen:

- het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 27 maart 2009 betreffende de radio-omroep en televisie (het "Mediadecreet").

- het decreet van de Franse Gemeenschap over de audiovisuele mediadiensten, gecoördineerd op 26 maart 2009;

- de wet van 30 maart 1995 betreffende de elektronische communicatienetwerken en -diensten en de uitoefening van omroepactiviteiten in het tweetalige Brussels Hoofdstedelijk Gewest (de 'Omroepwet');

- het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische-communicatienetwerkdoor de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie.

I. De voorwaarden voor de vordering.

72. Artikel 5, derde lid van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 bepaalt dat tegen alle beslissingen van de CRC beroep kan worden aangetekend bij het hof van beroep te Brussel, dat rechtspreekt zoals in kort geding en met volle rechtsmacht waarbij het de bestreden beslissing kan vervangen door een nieuwe beslissing.

Lid 3 van hetzelfde artikel luidt als volgt : *'Het beroep vermeld in deze paragraaf heeft geen schorsende werking tenzij indien het hof de schorsing van de bestreden beslissing uitspreekt. Voor alle aspecten die betrekking hebben op de procedure voor het hof van beroep van Brussel, is het Gerechtelijk Wetboek van toepassing.'*

73. Uit die voorschriften blijkt dat een beslissing van de CRC het onderwerp kan zijn van een schorsingsprocedure. Evenwel hebben de bij het Samenwerkingsakkoord betrokken partijen niet aangegeven onder welke voorwaarden de schorsing van de beslissing kan worden beslist.

Hieromtrent dient te worden overwogen dat de richtlijn 2009/140/EG van 25 november 2009 over het gewijzigde artikel 4, lid 1 van de Kaderrichtlijn -waarin de mogelijkheid van een voorlopige maatregel met schorsende werking wordt ingesteld- in overweging 14 van de preambule het volgende aangeeft: *"Voorlopige maatregelen die de gevolgen van het besluit van een nationale regelgevende instantie schorsen, dienen alleen in dringende gevallen te worden verleend om te voorkomen dat de partij die om dergelijke maatregelen verzoekt ernstige en onherstelbare schade wordt toegebracht en indien dit noodzakelijk is met het oog op het verkrijgen van een belangenevenwicht."*

Na verstrijken van de omzettingstermijn van de vermelde richtlijn op 25 mei 2011, dienen de voorschriften van het Samenwerkingsakkoord richtlijnconform te worden uitgelegd.

Verder zou vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel bezwaarlijk kunnen worden aangenomen dat de voorwaarden waaronder de schorsing van een beslissing kan worden bekomen, zou verschillen al naargelang de beslissing uitgaat van de federale regulerende instantie of een regulerende instantie van de Gemeenschappen tegenover het geval waarin de CRC dezelfde beslissing zou nemen.

74. Zodoende moet worden aangenomen dat de schorsing van een beslissing van de CRC kan worden gevorderd onder dezelfde voorwaarden als diegene die bepaald zijn in de wet van 17 januari 2003 inzake de rechtsmiddelen tegen beslissingen van het BIPT.

75. Over de voorwaarden die gesteld worden opdat het hof zou kunnen ingaan op een vordering tot schorsing van een beslissing waartegen een vordering tot vernietiging is ingesteld, bepaalt het derde lid van artikel 2 §4 van de vermelde wet van 17 januari 2003, zoals deze laatst gewijzigd werd bij de wet van 10 juli 2012 - die in werking is getreden op 4 augustus 2012 en ook van toepassing is op hangende gedingen- : *‘De schorsing van de tenuitvoerlegging kan slechts bevolen worden wanneer ernstige middelen worden ingeroepen die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen rechtvaardigen en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het besluit ernstige en moeilijk te herstellen gevolgen kan hebben voor de betrokkene. ‘*

De vermelde wetswijziging, waarbij thans ook formeel als voorwaarde wordt toegevoegd dat de ernstige gevolgen daarenboven moeilijk herstelbaar dienen te zijn, sluit aan bij overweging 14 uit de preambule van de richtlijn 2009/140/EG van 25 november 2009 en bij de uitlegging van die bepaling die het hof voordien al heeft aangenomen. De wetswijziging noopt dan ook niet tot wijziging van de interpretatie.

76. Over de ernst van een middel kan in het algemeen worden gesteld dat die toereikend is indien na een eerste summier onderzoek van de elementen die op een betwist punt worden aangereikt meteen de conclusie boven drijft dat de regulerende instantie een formeel onwettige beslissing heeft genomen of dat ze inhoudelijk berust op een manifeste beoordelingsfout.

Het betreft een voorlopige beoordeling waarbij niet in details wordt getreden, die het antwoord op de vraag of een middel ook effectief gegrond is onverlet laat en zodoende zonder invloed blijft op de beslissing over de vordering tot vernietiging.

77. De ernst die de moeilijk te herstellen gevolgen moet kenmerken houdt in dat het nadeel een significante betekenis moet hebben voor de betrokkene en dat de gevolgen vrijwel onomkeerbaar zijn indien de beslissing niet wordt geschorst.

Behoudens indien ze bedreigend zijn voor de continuïteit van de onderneming of tot een duurzame aantasting van haar concurrentiepositie zouden leiden, volstaat een louter financieel nadeel, dat in de regel bij equivalent herstelbaar is, niet.

78. Verder worden slechts concrete gevolgen in aanmerking genomen, in zoverre deze rechtstreeks en uitsluitend voortvloeien uit de onmiddellijke uitvoering en kunnen worden toegeschreven aan de vastgestelde onwettigheid: ze zouden zich niet voorgedaan hebben indien de bestreden beslissing wettelijk ware genomen.

Blijken aldus geëvalueerde ernstige gevolgen voorhanden, dan blijft te beoordelen of de belangenafweging neigt in het voordeel van de klager, gelet op de wachttijd die een beoordeling van de grond van de vordering vergt en op de algemene objectieven van de mededinging.

J. Beoordeling van de ernst van de middelen.

1. Het middel betreffende de schending van het Europese regelgevende kader.

80. Telenet betoogt dat de bestreden beslissingen hun plaats niet hebben binnen het Europese regelgevende kader omdat de retailmarkt voor radio en televisie omroepdiensten valt buiten de elektronische communicatiesector die door de Kaderrichtlijn wordt gereguleerd.

Haar argument in dit verband luidt dat uit de definities van de begrippen 'elektronisch communicatienetwerk' en 'elektronische communicatiedienst' volgt dat de regulerende instanties zich niet kunnen inlaten met diensten die inhoud aanbieden, zoals het aanbod tot verkoop van inhoud van radio- of televisieomroep.

Volgens haar analyseren de bestreden beslissingen in werkelijkheid de retailmarkt voor het leveren van omroepinhoud aan de consument en zodoende diensten waarbij inhoud wordt verstrekt, zoals het te koop aanbieden van een pakket geluid- of televisie-omroepinhoud.

Het onderscheid dat de CRC maakt tussen toegang tot een omroepplatform en diensten van doorgifte van omroepsignalen enerzijds en de toegang tot de onderliggende inhoud, is volgens haar in het algemeen artificieel en in het bijzonder technisch ook onmogelijk te maken voor analoge televisie aangezien geen enkele operator toegang tot het platform en doorgifte van signalen als dienst aanbiedt zonder tegelijk ook onderliggende inhoud aan te bieden.

81. Artikel 2 c) van de Kaderrichtlijn geeft aan dat onder 'elektronische communicatiedienst' moet worden *begrepen "een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd (...)".*

Hieruit blijkt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de dienst die bestaat in het overbrengen van signalen en diegene die bestaat in het leveren van inhoud.

82. In de 'Toelichtende nota' bij de Aanbeveling van 17 december 2007 van de Europese Commissie betreffende de relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector (document C 2007 - 5406, tweede editie, onder punt 4.4. 'Markets related to broadcasting transmission') wordt aangegeven dat levering van omroepinhoud en de controle over die inhoud buiten de toepassingssfeer vallen van de elektronische communicatiediensten, maar dat de diensten waarbij zulke inhoud wordt overgebracht er wel onder vallen.

De beide diensten, transmissie van inhoud (aspect 'drager') versus levering van inhoud, zijn zowel technisch onderscheidbaar als juridisch te onderscheiden en het doet dus niet ter zake of ze feitelijk al dan niet tegelijk worden aangeboden.

Door bestreden beslissingen wordt Telenet niet geïdëent als aanbieder van inhoud of van mediadiensten.

De CRC merkt overigens met reden op dat ter gelegenheid van de notificatie van de ontwerpbeslissingen aan de Europese Commissie, deze geen enkele kritiek heeft geïdëent op de regulering van de betrokken elektronischecommunicatiediensten, hetgeen kan gezien worden als een bevestiging dat zij van oordeel is dat die diensten wel degelijk onder het Europese regelgevend kader vallen.

Het middel lijkt zodoende niet voldoende ernstig.

2. Middelen die formele geldigheidsvereisten van de beslissingen betreffen.

a) Schending van het onpartijdigheidsbeginsel.

83. Tegen de beslissing die het Nederlandse taalgebied betreft, voert Telenet aan dat het onpartijdigheidsbeginsel en de zorgvuldigheidsplicht werden miskend doordat mevrouw K. VdP. Deze laatste is lid van de algemene kamer van de VRM en nam als één van de twee vertegenwoordigers van de VRM in de CRC deel aan de beraadslaging, niettegenstaande zij werkzaam is bij SCAD en SCAM -een collectieve beheersmaatschappij van auteursrechten- terwijl deze instellingen verwickeld zijn in een gerechtelijke procedure met Telenet en terwijl er in dit geschil vragen aan de orde zijn die vergelijkbaar zijn met degene die door de bestreden beslissing worden behandeld.

Volgens haar is aldus noch aan de subjectieve partijdigheid, noch aan de objectieve partijdigheid voldaan en is er alleszins een schijn van partijdigheid ontstaan.

84. Het staat buiten twijfel dat de administratieve overheid zich onpartijdig dient te gedragen wanneer ze haar beslissingsmacht uitoefent.

In het voorliggende geval is de grief aangaande de schending van de onpartijdigheid gesteund op een hoedanigheid van het vermelde lid van de CRC en de hieruit bij eiseres ontstane overtuiging dat er een wettige reden is om te twifelen aan haar objectief onpartijdig functioneren.

Bij het beoordelen van die grief is bepalend of de vrees voor partijdigheid objectief is gerechtvaardigd.

Telenet voert geen aan de betrokkene toerekenbare concrete feiten aan die zich tijdens het beslissingstraject van de bestreden beslissing hebben voorgedaan. Ze wijst ook geen passages aan in de bestreden beslissingen die er volgens haar kunnen op wijzen dat er partijdigheid heeft gespeeld.

85. Gesteld dat na een onderzoek ten gronde de beweerde schending niettemin effectief voorhanden zou blijken en tot vernietiging van de bedoelde beslissing zou moeten worden

besloten, dan zou het hof in de gegeven omstandigheden krachtens zijn volle rechtsmacht, zoals bepaald in artikel 5, alinea 3 van het Samenwerkingsakkoord, dit euvel zonder meer kunnen herstellen door een beslissing met eenzelfde inhoud in de plaats te stellen.

Zodoende zou de CRC niet opnieuw een nieuwe beslissing dienen te nemen in afwezigheid van de persoon die bij hypothese de onpartijdigheid in het gedrang bracht.

Aangezien bij hypothese de eventuele vernietiging op de vermelde grond niet tot een heroverwegen van het dossier door de CRC en een inhoudelijk verschillende beslissing aanleiding zou geven, kan er op grond van de bij het middel aangevoerde tekortkoming geen reden zijn om de beslissing te schorsen in afwachting van een eventuele vermoedelijke vernietiging.

Zodoende kan dit middel, al zou het gegrond schijnen, geen grond opleveren om de geviseerde beslissing te schorsen en dient de ernst ervan niet nader te worden onderzocht.

b) Schending van de wet op het taalgebruik in bestuurszaken.

86. Telenet voert ook aan de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken werden geschonden en dat zulks de nietigheid van de beslissingen veroorzaakt.

Haar grief hierover luidt dat de CRC een 'centrale dienst' is aangezien haar werkkring het ganse land bestrijkt en dat om die reden de artikelen 40, 41 en 42 van de vermelde taalwet dienen te worden nageleefd door de CRC.

Ook verwijst ze naar voorschriften uit een 'ontwerp huishoudelijk reglement' van de CRC waarbij volgens Telenet impliciet wordt aangenomen dat deze een centrale dienst is.

87. Het vermelde artikel 40 schrijft onder meer voor: *'De berichten en mededelingen die de centrale diensten rechtstreeks aan het publiek richten worden in het Nederlands en in het Frans gesteld'*.

Paragraaf 2 van artikel 41 bepaalt dat aan de private bedrijven, die gevestigd zijn in een gemeente zonder speciale regeling uit het Nederlandse of uit het Franse taalgebied wordt geantwoord in de taal van dat gebied.

Artikel 42 schrijft ondermeer voor dat de akten worden gesteld in die van de drie talen waarvan de belanghebbende particulier het gebruik vraagt.

Verder bepaalt artikel 58 van de genoemde taalwet dat administratieve handelingen die haar voorschriften schenden, nietig zijn.

88. Telenet stelt dat uit die voorschriften volgt dat de bestreden beslissingen integraal in het Nederlands aan haar dienden te worden meegedeeld, aangezien haar maatschappelijke zetel gevestigd is te Mechelen.

Verder stelt ze vast dat de bestreden beslissingen ettelijke passages bevatten in de Franse en Engelse taal, die niet naar het Nederlands werden vertaald zijn gesteld, terwijl ze een onderdeel vormen van draagkrachtige motieven.

Al die elementen wettigen volgens haar de conclusie dat de bestreden beslissingen nietig zijn.

89. Dit middel kan evenwel geen doel treffen met het oog op de schorsing van de betrokken beslissingen, gesteld dat de door Telenet als geschonden aangewezen wetsbepaling effectief op de bestreden beslissingen van toepassing is.

Immers, artikel 58, alinea 3 van de vermelde Taalwet schrijft voor dat wanneer wordt vastgesteld dat handelingen of reglementen nietig zijn wegens hun vorm, zij door de overheid van wie ze uitgaan worden vervangen door bescheiden die naar de vorm regelmatig zijn en dat die vervanging uitwerking heeft op de datum van het vervangen bescheid.

Verder heeft het hof bij een arrest van 16 mei 2012 het Grondwettelijk Hof geadieerd betreffende de uitlegging van de artikelen 2 en 3 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de behandeling van geschillen naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 betreffende het statuut van het BIPT en meer bepaald de mogelijkheid voor het hof om desgevallend te beslissen dat gevolgen van een te vernietigen beslissing tijdelijk gehandhaafd blijven.

Het lijdt weinig twijfel dat in geval van vernietiging van een akte wegens schending van een taalvoorschrift, er reden zou bestaan om de gevolgen van de beslissing te handhaven totdat een nieuwe beslissing is genomen, indien zou blijken dat het hof over die mogelijkheid tot handhaving beschikt of behoort te beschikken.

90. Gegeven dat de wetgever voorzien heeft in een stelsel van vervanging van akten die nietig zijn wegens schending van de wet op het taalgebruik in bestuurszaken door akten die retroactieve uitwerking krijgen, gesteld dat de beslissingen van de CRC aan die wetgeving is onderworpen, enerzijds en dat het hof mogelijk zou kunnen beslissen om de gevolgen van een op grond van die wetgeving te vernietigen beslissing te handhaven zolang ze niet is vervangen anderzijds, kan er op grond van de aangevoerde schending van de taalwet in bestuurszaken geen reden bestaan om de bestreden beslissingen te schorsen.

Het zou immers contradictorisch zijn om met de schorsing een beslissing gevolgen te ontnemen terwijl de wet zelf beoogt die gevolgen retroactief te handhaven en het hof zelf reden zou zien tot die handhaving voor de periode dat de vernietigde beslissing niet is vervangen.

Zodoende kan het middel, al scheen het ernstig, niet de schorsing van de bestreden beslissingen wettigen.

c) Schending van de Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot Hervorming van de Instellingen, inzonderheid van artikel 4,6° ervan, in twee onderdelen.

91. Telenet formuleert op dit punt als grief aan dat de CRC beslissingen heeft genomen inzake de analyse van de omroepmarkt in de plaats van de VRM, SCA en het BIPT.

Ze geeft op dit punt aan dat de bevoegdheden die op grond van artikel 4,6° BWHI toevallen aan de overheden, met name radio-omroep en televisie enerzijds en de andere vormen van telecommunicatie anderzijds, een exclusief karakter hebben en dat wanneer die overheden beslissen om samen te werken, zulks niet mag leiden tot uitwisseling, afstand of teruggave van bevoegdheden.

Hieruit leidt zij af dat op grond van het Samenwerkingsakkoord de CRC enkel kan optreden als een overlegplatform tussen het federale BIPT en de gemeenschapsregulator en dat ieder van die instanties als enige bevoegd blijft om eindbeslissingen te nemen in aangelegenheden die tot hun exclusieve bevoegdheid behoren.

Volgens Telenet kon het Samenwerkingsakkoord dan ook geen beslissingsmacht overhevelen van het BIPT, de CSA en de VRM naar de CRC, die geen beslissingen kon nemen in de plaats van de laatstgenoemden.

92. Het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 werd gesloten tussen de Federale Staat, de Vlaamse gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap nadat het Grondwettelijk Hof bij een arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004 had geoordeeld dat zulke samenwerking absoluut vereist was in het stelsel van verdeling tussen verschillende wetgevers van de bevoegdheid inzake radio-omroep en televisie enerzijds en andere vormen van telecommunicatie anderzijds wegens de verwevenheid hiervan ingevolge de technologische evolutie.

Het Samenwerkingsakkoord geeft aan dat het werd gesloten ondermeer met toepassing van de artikelen 4,6° en 92bis §§ 1 en 5 van de BWHI.

Artikel 92bis §1 bepaalt dat : *'De Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten kunnen samenwerkingsakkoorden sluiten die onder meer betrekking hebben op de gezamenlijke oprichting en het gezamenlijk beheer van gemeenschappelijke diensten en instellingen, op het gezamenlijk uitoefenen van eigen bevoegdheden of op de gemeenschappelijke ontwikkeling van initiatieven'*.

Overigens moet worden opgemerkt dat ook artikel 3 - 4° van de Kaderrichtlijn aan de lidstaten opdraagt om overleg en samenwerking te organiseren wanneer de taken die aan de nationale regelgevende instanties zijn toebedeeld aan verschillende lichamen worden toevertrouwd.

93. Over het voorwerp van de samenwerking geeft artikel 1 van het Samenwerkingsakkoord aan dat ze ondermeer betrekking heeft op het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatiewerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie.

Met artikel 3 van het Samenwerkingsakkoord wordt een procedure ingesteld waarbij elke ontwerpbeslissing, die een elektronisch communicatienetwerk zoals bedoeld in artikel 2 betreft, door een regulerende instantie wordt meegedeeld aan de andere regulerende instanties en deze laatsten vervolgens ook kunnen vragen dat de ontwerpbeslissing wordt aanhangig gemaakt bij de CRC.

Krachtens artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord is de CRC ingesteld als een rechtspersoon waarin negen leden zitting nemen: de vier leden van de Raad van het BIPT, twee leden van de VRM en van de CSA en één lid van de Medienrat. Binnen de CRC worden de beslissingen genomen bij consensus. Jaarlijks en volgens een beurtrol wordt een voorzitter aangewezen en een lid dat het secretariaat van de CRC waarneemt.

94. Anders dan Telenet voorhoudt, leidt het stelsel bepaald in artikel 5 van het Samenwerkingsakkoord er niet toe dat de verschillende contracterende betrokken partijen een bevoegdheid van hun regelgevende instantie gedeeltelijk afstaan.

Het beoogt integendeel, in de gevallen waarin zulks noodzakelijk is met het oog op de naleving van de regels van bevoegdheidsverdeling, overleg en besluitvorming bij consensus in te stellen betreffende iedere ontwerpbeslissing van één van de regelgevende instanties.

Op het einde van dit beslissingstraject herneemt elke instantie zijn individuele bevoegdheidsuitoefening betreffende die beslissing, bij voorbeeld om uitvoeringsmaatregelen te treffen, zoals trouwens voorgeschreven bij artikel 6 van het Samenwerkingsakkoord.

Dit blijkt trouwens ook uit elk van de bestreden beslissingen, die in de redengeving gewag maken van de inzichten van de regulerende instantie tot wiens bevoegdheidssfeer de betrokken beslissing behoort als maatstaf voor de appreciatie.

95. Aldus staat een beslissing van de CRC in wezen voor een gezamenlijke beslissing van de verschillende regelgevende instanties.

Getoetst aan het normatief kader bepaald in artikel 92bis §1 BWHI, kan aldus op het eerste gezicht worden vastgesteld dat de CRC kon worden opgericht als een gemeenschappelijke instelling met het oog op de gezamenlijke uitoefening van eigen bevoegdheden van de Federale Staat en de Gemeenschappen.

In zoverre lijkt het middel niet ernstig.

96. In tweede instantie ziet Telenet een schending van artikel 4, 6° BWHI 'indien en voor zover verplichtingen zouden worden opgelegd die zich niet beperken tot de regulering van elektronische communicatienetwerken en -diensten in zoverre zij worden gebruikt voor de overdracht van signalen van radio-omroep en televisie'.

Haar argumentatie in dit verband luidt dat het Vlaamse Mediadecreet, het Decreet Audiovisuele Mediadiensten van de Franstalige Gemeenschap en de Omroepwet slechts bevoegdheid tot regulering toekennen in zoverre de elektronische communicatienetwerken en -diensten gebruikt worden voor de overbrenging van radio-omroep en televisiesignalen, maar dat de verplichting die bij de bestreden beslissingen wordt opgelegd inzake doorverkoop van breedbandinternet aldus zou kunnen worden geïnterpreteerd dat ze niet beperkt blijft tot breedbandinternet in zoverre het gebruikt wordt voor de overbrenging van radio-omroep of televisiesignalen. Geen van de voormelde regelgevingen verlenen evenwel bevoegdheid om het breedbandinternet te reguleren.

97. De formulering van het middel zelf doet blijken dat de schending van artikel 4, 6° BWHI slechts voorhanden zou zijn indien de inzake doorverkoop van breedbandinternet opgelegde verplichting de regulering van de toegang tot breedbandinternet als zodanig betreft.

Anders uitgedrukt, Telenet betwist niet dat in de mate de verplichting slaat op de doorgifte van radio-omroep en televisiesignalen, de regulerende instanties van de Gemeenschappen en het BIPT voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad daarmee hun bevoegdheid niet overschrijden.

Evenwel doen de bestreden beslissingen blijken dat de doorverkoop van breedbandinternet niet een regulering van dit laatste als zodanig betreft, maar slechts als verplichting wordt opgelegd in samenhang met de toegang tot het digitaal televisieplatform, precies omwille van het belang van de mogelijkheid om een bundel van producten (multi-play) te kunnen aanbieden bij het competitiever maken van de televisieomroepmarkt. Ze geven aan dat de opgelegde verplichting om het breedbandaanbod van de SMP-operator door te verkopen essentieel is voor de doeltreffendheid van de verplichting van toegang tot het digitale platform opgelegd op de retailmarkten voor televisieomroep.

In dit opzicht vormen de bestreden beslissingen een typische exponent van de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde verwevenheid van bevoegdheden inzake telecommunicatie enerzijds en radio-omroep en televisie anderzijds, waardoor eenzelfde beslissing aspecten kan bevatten die aan de beide bevoegdheden raken.

98. De door Telenet voorgehouden mogelijke lezing van de opgelegde verplichting inzake breedbandinternet, waarmee bevoegdheidsoverschrijding zou gemoeid zijn vindt zodoende op het eerste gezicht geen steun in de beslissingen zelf.

Ook in dit opzicht lijkt het middel niet ernstig.

3. Middelen geput uit de schending van voorschriften betreffende het beslissingstraject.

99. Met haar zevende middel betoogt Telenet dat bij het doorlopen van het beslissingstraject op drie substantiële punten de toepasselijke regels werden geschonden.

Haar kritiek hierover formuleert ze in drie onderdelen: (i) er werd geen openbare raadpleging gehouden zoals bepaald in de Kaderrichtlijn, de Omroepwet, het Decreet Audiovisuele Mediadiensten en het Vlaams Mediadecreet en ook de daarbij horende hoorplicht –als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur– werd niet nageleefd nadat de beslissingen werden gewijzigd als gevolg van de kritiek van de Europese Commissie; (ii) de Raad voor de Mededinging werd niet geraadpleegd betreffende de wholesalemarkt die nieuw werd geanalyseerd als gevolg van de opmerkingen van de Europese Commissie; (iii) de Europese Commissie werd niet geraadpleegd betreffende de nieuw geanalyseerde wholesalemarkten.

100. Bij onderdeel (i). Artikel 6 uit de Kaderrichtlijn, dat handelt over ‘raadpleging en transparantie’ schrijft voor dat wanneer de regelgevende instanties voornemens zijn maatregelen te nemen of beperkingen vast te stellen die een belangrijke impact hebben op de betrokken markt, de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen.

Artikel 192 §3 van het Vlaamse Mediadecreet, artikel 94 van het Decreet Audiovisuele Mediadiensten en artikel 40/13 Omroepwet schrijven de verplichting voor om een openbare raadpleging te houden wanneer een marktanalyse wordt gehouden of operatoren met een aanmerkelijke marktmacht worden aangewezen.

Telenet betoogt dat de raadpleging een substantiële formaliteit betreft en dat nu de bestreden beslissingen nieuwe relevante markten analyseren nadat de ontwerpbeslissingen werden genotificeerd aan de Europese Commissie er substantiële wijzigingen werden aangebracht die eveneens aan raadpleging dienden te worden onderworpen.

101. In overweging (15) voorafgaand aan de Kaderrichtlijn - na haar wijziging ingevolge richtlijn 2009/142/EG- worden de algemene inzichten geformuleerd die voorzitten bij de toepassing van de artikelen 6 en 7 van die Richtlijn.

Wat de vereiste voorafgaande raadpleging betreft, wordt aangegeven dat de regulerende instanties alle betrokken partijen dienen te raadplegen over voorgestelde besluiten en dat er rekening dient te worden gehouden met hun opmerkingen vooraleer er een definitief besluit wordt genomen.

In artikel 6 wordt die verplichting nader geformuleerd en aangegeven dat de ontwerpmaatregel aan raadpleging dient te worden onderworpen.

Wordt dit artikel gelezen in samenhang met artikel 7, dan blijkt dat de kennisgeving aan de Europese Commissie eerst gebeurt nadat de raadpleging die bedoeld wordt in artikel 6, is afgesloten. Verder blijkt uit de bepalingen van artikel 7, inzonderheid de leden 5 en 6 ervan, dat na de kennisgeving aan de Commissie -bedoeld in lid 3- een nieuwe openbare raadpleging enkel voorgeschreven is wanneer een voorgenomen ontwerpmaatregel wordt gewijzigd nadat de Europese Commissie voordien de intrekking van de maatregel heeft geëist zoals bedoeld in lid 5.

102. Uit die elementen volgt dat de uitlegging van de nationale regelgeving in overeenstemming met de Kaderrichtlijn niet vergt dat een wijziging van een ontwerpmaatregel, waartoe wordt beslist om rekening te houden met opmerkingen van de Europese Commissie, ook aan een openbare raadpleging moet worden onderworpen.

In het voorliggende geval heeft de CRC gevolg gevend aan een opmerking van de Europese Commissie redengeving toegevoegd waaruit blijkt dat indien gekozen was voor analyse van een notionele stroomopwaartse wholesalem Markt, haar conclusies niet verschillend zouden geweest zijn.

De aldus genomen *'uiteindelijke ontwerpbeslissing'* -zoals de akte wordt gekwalificeerd in artikel 7. lid 7 van de Kaderrichtlijn- nadat zoveel mogelijk rekening werd gehouden met de opmerkingen van de Europese Commissie mag dan zondermeer door de regulerende instantie worden goedgekeurd. Navolgend kan de maatregel worden meegedeeld aan de Europese Commissie, hetgeen op 28 juli 2011 is gebeurd.

Het eerste onderdeel van het middel lijkt niet ernstig.

103. Bij onderdeel (ii). De kritiek luidt dat betreffende de analyse van de wholesalem Markten voor de levering van televisiesignalen de Raad voor de Mededinging diende te worden geraadpleegd, maar dat zulks werd veronachtzaamd. Volgens Telenet werd aldus artikel 16 van de Kaderrichtlijn geschonden, evenals artikel 40/11 §4 van de Omroepwet en artikel 218 §6 van het Mediadecreet.

Behoudens indien aan artikel 16 van de Kaderrichtlijn rechtstreekse werking wordt toegeschreven -hetgeen Telenet niet voorhoudt- is het onderdeel aldus enkel gericht tegen de twee beslissingen die het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en het Nederlandse taalgebied betreffen.

104. Het administratief dossier doet blijken dat de drie ontwerpbeslissingen bij brieven van 20 en 21 januari 2011 werden meegedeeld aan de Raad voor de Mededinging, die op 21 februari 2011 zijn advies heeft verleend, waarbij wel suggesties maar geen bezwaren werden geformuleerd.

Evenwel ziet Telenet een schending van de verplichting tot samenwerking met de mededingingsautoriteit in het feit dat de beslissingen in hun gewijzigde versie -na de bijsturing wegens de opmerkingen van de Europese Commissie- niet opnieuw aan de Raad voor de Mededinging werd meegedeeld voor advies.

105. Hierover overweegt het hof dat vooreerst dat noch de Kaderrichtlijn, noch de federale Omroepwet en de decretale bepalingen voorschrijven op welk tijdstip van het beslissingstraject de samenwerking met de mededingingsautoriteit moet worden ondernomen.

Boven is al aangegeven dat de redengeving die aan de beslissingen werd toegevoegd op uitnodiging van de Europese Commissie bestaat uit elementen waarmee wordt aangetoond dat, mocht een notionele groothandelsmarkt zijn geanalyseerd, de conclusies van de drie criteriatest, nopens de aanwijzing van de AMM-operatoren en de vereiste maatregelen niet anders zou zijn geweest. Die toevoegingen hebben dus niet als onderwerp om een andere groothandelsmarkt te analyseren.

Nu heeft de Raad voor de Mededinging onder punt 45. van zijn advies daarenboven al aangegeven dat er geen bezwaar bestond tegen een analyse die uitgaat van een kleinhandelsmarkt om te overwegen maatregelen op groothandelsniveau op te leggen.

106. Zodoende kon er ook geen reden bestaan om de Raad voor de Mededinging om een advies te vragen over een analyse waarvan de premissen en de conclusies gehandhaafd bleven.

Het tweede onderdeel lijkt evenmin ernstig.

107. Bij onderdeel (iii). Volgens Telenet werden artikel 7. leden 3 en 4 van de Kaderrichtlijn evenals de artikelen 40/13 §3 van de Omroepwet, artikel 90§1 en 91§4 van het Decreet Audiovisuele Mediadiensten en het Mediadecreet miskend doordat de analyse van bijkomende relevante markten in de gewijzigde ontwerpbeslissingen niet aan de Europese Commissie werd voorgelegd.

Boven werd al aangegeven dat hetgeen Telenet aanwijst als een analyse van bijkomende markten in wezen bijkomende redengeving betreft waarmee werd tegemoet gekomen aan een opmerking van de Europese Commissie, om aan te tonen dat analyse van een notionele groothandelsmarkt niet tot andere conclusies inzake de voorgestelde remedies zou leiden.

Zodoende bleef de aanvankelijke analyse van de kleinhandelsmarkt met remedies op groothandelsniveau gehandhaafd en bij ontstentenis van een beslissing zoals bedoeld in artikel 7, lid 5 uitgaande van de Europese Commissie, bestond er ook geen reden voor een tweede aanmelding van een gewijzigde ontwerpmaatregel, zoals bedoeld in artikel 7, lid 6, maar kon de regelgevende instantie de uiteindelijke ontwerpmaatregel goedkeuren, zoals aangegeven in artikel 7, lid 7.

Het derde onderdeel lijkt evenmin ernstig.

4. Middelen die tekortkomingen aan de formele motiveringsplicht betreffen.

108. Telenet meent dat de drie bestreden beslissingen aan de formele motiveringsplicht tekort komen en ze geeft in dat verband vier punten van kritiek aan waaruit moet blijken dat de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen werden geschonden.

(a) Ze ziet vooreerst een inbreuk op de verplichting om maximaal rekening te houden met de opmerkingen en aanbevelingen van de Europese Commissie en het vereiste van een correcte en volledige mededingingsrechtelijke analyse. In dit verband wordt schending aangevoerd van de artikelen 7,5° en 19 van de Kaderrichtlijn en van de artikelen 189 en volgende van het Mediadecreet, artikelen 90 en volgende van het Decreet Audiovisuele Mediadiensten en 40/9 en volgende van de Omroepwet.

(b) Ze voert verder ook aan dat over de verplichting tot gescheiden boekhouding elke motivering ontbreekt.

109. Samengevat luidt de argumentatie omtrent punt (a) dat de CRC naliet de punten van kritiek in aanmerking te nemen en minstens gehouden was om de afwijkingen van de Aanbeveling van 17 december 2007 en van de punten van kritiek in het schrijven van de Europese Commissie van 21 juni 2011 omstandig te motiveren op vier punten: (i) met betrekking tot de gevolgde methodologie en in het bijzonder de noodzaak om stroomopwaartse wholesalemakten te analyseren;

(ii) met betrekking tot de ontstentenis van een methodisch, volledig en feitelijk onderbouwd bewijs dat het regelgevend resultaat niet anders zou zijn geweest indien de stroomopwaartse wholesalemakten geanalyseerd;

(iii) met betrekking tot de noodzaak aan prospectieve analyse bij de toepassing van de drie criteriaten en de vraag of de omroepmarkten daadwerkelijk concurrerend zijn;

(iv) met betrekking tot de verplichting tot doorverkoop van breedbandinternet.

110. Het staat in het algemeen buiten twijfel dat de verplichtingen geformuleerd in artikel 7, lid 7 van de Kaderrichtlijn om 'zoveel mogelijk rekening te houden' met ondermeer de opmerkingen van de Commissie en een aanbeveling van de Commissie, bedoeld in artikel 19, lid 2 van die richtlijn, geen algemeen verbindende norm inhoudt aldus begrepen dat de regulerende instanties die op alle punten moeten volgen, tenzij zulke dwingende naleving hen door hun nationale wetgeving zou worden opgelegd.

Wel moet worden aangenomen dat ze in die mate een normatief karakter hebben dat de instanties tot wie ze zijn gericht, gehouden zijn om te motiveren waarom er niet meer rekening mee kon worden gehouden dan uit de uiteindelijk genomen beslissing blijkt, voor zover die opmerkingen en aanbeveling niet geheel worden gevolgd.

De nationale rechters zijn immers gehouden om een aanbeveling in aanmerking te nemen wanneer zij duidelijkheid verschaft over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld of wanneer ze bedoeld zijn om dwingende communautaire bepalingen aan te vullen (HJEU, arrest van 13 december 1989 C-322/88, inzake Salvatore Grimaldi / Fonds voor Beroepsziekten, nr.18; arrest van 24 april 2008 C-55/06, inzake Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland nr. 94).

111. Betreffende punt (i). In haar brief met opmerkingen van 21 juni 2011 stelt de Europese Commissie op het door Telenet bekritiseerde punt dat de CRC de facto wholesaleverplichtingen voorstelt die normaal op de desbetreffende markten zouden moeten worden toegepast, maar dat ze geen analyse van die markten voorstelt aan de Commissie. Onder verwijzing naar de artikelen 15 en 16 van de Kaderrichtlijn en van punt 4 van de Aanbeveling stelt ze vervolgens dat de regelgevende instantie dan gehouden is om een notionele stroomopwaartse relevante markt te definiëren en te analyseren om te bepalen of correctieve maatregelen op die markt al dan niet zouden volstaan om de ontbrekende competitieve voorwaarden te verhelpen en dat vervolgens eerst bij een negatieve conclusie hierover correctieve maatregelen op kleinhandelniveau mogen worden opgelegd.

Overweging 4 van de Aanbeveling geeft hierover aan dat indien de downstreammarkt door geïntegreerde ondernemingen wordt bediend en er wegens ontstentenis van regelgeving geen wholesalemarkt bestaat, terwijl die markt voor aanwijzing in aanmerking komt, 'het noodzakelijk kan blijken om een fictieve upstreammarkt op wholesaleniveau te construeren'.

112. De Commissie geeft vervolgens aan dat de CRC als antwoord op haar vraag om inlichtingen heeft geantwoord dat mocht zij zulke notionele groothandelsmarkt hebben geanalyseerd, haar beslissing inzake remedies niet verschillend zou geweest zijn en dat zij daarom de CRC uitnodigt om in haar uiteindelijke beslissing *'methodisch en volledig, gestaafd met feitelijke afdoende bewijskrachtige elementen'* (vertaling) dat antwoord uit te leggen.

Uit die opmerking volgt dat de Commissie de inhoud van de meegedeelde ontwerpbeslissingen niet verwerpt, maar ze nader wenste gestoffeerd te zien vanuit het oogpunt van de toepassing van de door haar aangehaalde rechtsnormen.

Overigens heeft de Commissie ook geen beslissing zoals bedoeld in artikel 7 lid 5 a) en b) van de Kaderrichtlijn genomen.

113. Uit de bestreden beslissingen blijkt dat om te voldoen aan de opmerking van de Commissie en het beginsel uit punt 4. van de Aanbeveling de drie regelgevende instanties onder de rubriek **'6. Ontwikkeling van de gepaste verplichtingen'** van de ontwerpbeslissingen, inzonderheid in de onderrubriek 'werkwijze' (punt 6.2.2) vanaf punt 6.2.2.1 de *'motivering aandikken'* over de eerder door hen aan de Commissie meegedeelde informatie dat er geen verschil in remedie zou zijn na analyse van een notionele stroomopwaartse markt.

Het betreft uitleg die ontwikkeld wordt (onder de randnummers 730 – 775 voor de VRM, nummers 751 – 787 voor de CSA en de nummers 728-768 voor het BIPT) en waarbij op elk van de relevante punten uit de verrichte analyse van de kleinhandelsmarkt (relevante productenmarkt en geografische markt, de drie criteriatest en de vaststelling van operatoren met aanmerkelijke marktmacht) de identiteit van de conclusie wordt gemotiveerd.

Die motivering is gestoeld op de feitelijke elementen die werden vastgesteld op de reële kleinhandelsmarkt en op de toetsing hiervan naar de regels toe die in aanmerking moeten worden genomen.

114. In zoverre Telenet nu bekritiseert dat de CRC de noodzaak om de stroomopwaartse wholesalemakten te analyseren naast zich neerlegt en aldus niet zoveel mogelijk rekening houdt met de Aanbeveling, moet vooreerst worden

opgemerkt dat haar argumentatie niet vrij is van enige contradictie nu ze binnen het bestek van een ander middel ook voorhoudt dat die analyse wel werd gevoerd, maar dat daarbij een gebrekkig beslissingstraject werd doorlopen op het vlak van de openbare raadpleging, van de samenwerking met de Mededingingsautoriteit en de kennisgeving aan de Europese Commissie.

Verder moet worden overwogen dat uit de brief met opmerkingen van de Europese Commissie van 21 juni 2011 blijkt dat die instantie geen bezwaar ziet tegen de meegedeelde analyse, ook niet in het licht van de Aanbeveling, voor zover de CRC kon aantonen dat mocht ze de analyse van de notionele groothandelsmarkt hebben gemaakt, ze niet tot een andere regulering zou zijn gekomen. Anders uitgedrukt betekent zulks dat indien het reguleringresultaat waartoe de toepassing van de methode die in de Aanbeveling wordt voorgesteld, wordt bereikt, de Commissie geen reden ziet om een tekortkoming vast te stellen.

115. Gegeven dat op het eerste gezicht niet blijkt dat niet zoveel mogelijk werd rekening gehouden met de Aanbeveling, kan evenmin worden aangenomen dat de bestreden beslissingen tekort schieten in de verplichting om te motiveren waarom dit niet is gebeurd.

116. Betreffende punt (ii). De beoordelingsnorm bij de vraag van de Commissie om 'een methodisch, volledig en feitelijk onderbouwd bewijs' te leveren van het feit dat het reguleringresultaat niet verschillend zou zijn geweest bij analyse van de stroomopwaartse wholesalem Markt, komt er in wezen op neer dat de regulerende instantie behoorlijk diende te motiveren waarom volgens haar zulks klaarblijkelijk niet het geval was.

Blijkens de bestreden beslissingen werd dat bewijs ingebouwd in de rubriek betreffende de 'ontwikkeling van de gepaste verplichtingen', hetgeen niet onlogisch lijkt aangezien het er precies om te doen was om aan te tonen dat de gepaste maatregelen niet anders zijn bij de alternatieve analyse.

Er blijkt tevens uit dat de bewijsvoering op geordende wijze is uiteengezet, volgens dezelfde methodiek als diegene die voor de gevoerde analyse werd gevolgd.

Ten slotte brengt het gegeven dat de feitelijke onderbouwing slaat op een te construeren notionele markt noodzakelijkerwijs begrenzingen met zich in termen van feiten die zich zouden voordoen indien die markt effectief bestond.

In die context vormt het niet per se een tekortkoming dat de regulerende instantie beslist om bepaalde aspecten minder verregaand te stofferen, zoals in de bestreden beslissingen wordt aangegeven, indien niet aannemelijk wordt gemaakt dat mochten die aspecten nader zijn onderzocht, het resultaat verschillend zou zijn geweest.

In dit verband reikt Telenet geen concrete gegevens op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat de motivering duidelijk niet afdoende is en om die reden niet beantwoordt aan de vraag van de Europese Commissie.

117. Aangaande punt (iii). Met betrekking tot de drie criteriatest heeft de Europese Commissie een aantal bedenkingen geformuleerd omtrent de toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard en de invloed die de technologische evolutie op die belemmeringen zou kunnen hebben, onder meer ook wegens de multicastverplichting die Belgacom wordt opgelegd.

Daarom heeft de Europese Commissie de regulerende instanties uitgenodigd om de evoluties op de markt van nabij te volgen op het vlak van infrastructuur en dienstenconcurrentie en zo nodig voor het verstrijken van de gereguleerde periode de marktanalyse opnieuw te maken indien die evoluties het resultaat van de drie criteriatest zouden beïnvloeden.

Op dit punt hoefde de CRC dus geen nadere motivering te verstrekken om te voldoen aan de wenken van de Europese Commissie.

118. Betreffende punt (iv). Telenet geeft hierover aan dat de Europese Commissie in haar brief van 21 juni 2011 vermeldt dat binnen het bestek van de verwachte omvattende uitleg in het bijzonder de opgelegde doorverkoop van breedbandinternet als passende verplichting diende te worden verantwoord, terwijl hieraan volgens haar geen of nauwelijks aandacht is besteed.

Elk analytisch gegeven betreffende de wholesale breedbandmarkt waartoe de kabel behoort ontbreekt volgens haar.

119. Betreffende die verplichting heeft de Europese Commissie in wezen geen andere vraag om bijkomende verantwoording geformuleerd dan deze die gold voor de algemene vaststelling dat geen groothandelsmarkten werden

geanalyseerd, met name dat de remedie als zodanig niet anders zou uitpakken indien deze laatste aanverwante markten wel waren geanalyseerd (p.11 van de brief).

Het beginsel zelf van die maatregel heeft de Commissie als zodanig niet in vraag gesteld -aangenomen dat de affirmatie van de CRC dat de analyse van die notionele groothandelsmarkt de maatregel niet op de helling zou brengen juist zou blijken-, maar ze heeft wel verzocht om bijkomende verantwoording van de proportionaliteit van de maatregel, gelet op het feit dat aan Belgacom de multicastverplichting werd opgelegd via de markt inzake toegang tot het breedbandinternet. Die proportionaliteit maakt evenwel het onderwerp uit van een ander middel.

120. In ieder van de bestreden beslissingen wordt in twee paragrafen (VRM: 732-733; CSA:755-756 en BIPT:733-734) ingegaan op die opmerking en tot staving van het ingenomen standpunt wordt daarbij ook verwezen naar het resultaat van de marktanalyse inzake breedbandmarkten, die onderwerp is van aparte beslissingen voor elk van de taalgebieden (markten 4 en 5 uit de bijlage tot de Aanbeveling), die trouwens tegelijk met de bestreden beslissingen aan de Commissie werden meegedeeld.

Verder hebben de regelgevende instanties aangegeven dat tot de verplichting ook zou zijn besloten op basis van de analyse van de notionele groothandelsmarkten en dat de bewuste verplichting essentieel is voor de doeltreffendheid van de verplichting van toegang tot het digitale platform opgelegd op de retailmarkten voor televisieomroep.

121. Het middel inzake de tekortkomingen aan de formele motiveringsplicht zoals aangegeven onder punt (a) lijkt aldus in zijn geheel niet ernstig.

122. Betreffende punt (b) kan volstaan worden met de vaststelling dat het middel geen voorwerp meer heeft aangezien de bestreden beslissingen op 7 februari 2012 aldus werden gecorrigeerd dat de verplichting tot gescheiden boekhouding is vervallen.

5. Middelen die de marktanalyse zelf betreffen.

123. De middelen die Telenet aanvoert wat de grond van de analyse betreft, kunnen gegroepeerd worden in drie rubrieken: a) de vaststelling van de relevante markten: i) wat de producten betreft en (ii) geografisch, b) de vaststelling van de SMP in een prospectief perspectief en de toepassing van de drie criteriaten met het oog op het principiële besluit tot regulering en c) de opgelegde verplichtingen.

Het betreft kritieken geformuleerd met de middelen 9 tot en met 15, 17 en 18.

Voor elk van die middelen wordt de overeenstemmend geschonden voorschriften aangegeven: voor de tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad: de artikelen 40/9, 40/11 en 40/13 van de Omroepwet, voor het Franse taalgebied: de artikelen 90, 91, 92, 94 en 96 van het Decreet Audiovisuele Mediadiensten, voor het Nederlandse taalgebied: de artikelen 189, 190, 192 van het Mediadecreet en in het bijzonder de aangegeven onderdelen ervan.

De toelichting die bij de middelen wordt verstrekt, doet verder blijken dat in zoverre in dat verband ook gewag wordt gemaakt van de schending van de formele motiveringsplicht, die tekortkoming als zodanig nochtans niet te onderscheiden valt van de inhoudelijke kritiek.

a) Over de relevante markten.

124. (i) De productenmarkt: deze wordt door de bestreden beslissingen afgebakend als de retailmarkt voor de levering van tv-signalen, inclusief analoge en digitale signalen, via kabel (CATV) en DSL (IPTV).

125. De grief van Telenet op dit punt luidt samengevat dat de analyse niet prospectief is gebeurd: er werd enkel rekening gehouden met de bestaande toestand op de markt. De ontwikkeling van de markt met de verwachte en voorziene technologische of economische ontwikkelingen binnen een redelijke termijn werd niet in aanmerking genomen. Ze bekritiseert met name de uitsluiting van satelliet-TV en van DVB-T, hetgeen in twee onderdelen wordt ontwikkeld.

Vanuit het oogpunt van de substitueerbaarheid aan de vraagzijde is ze van oordeel dat elementen die door de beslissingen worden aangegeven om betalende satelliet-TV uit te sluiten niet afdoende zijn: wettelijke en contractuele beperkingen op de mogelijkheid om een schotelantenne te plaatsen, beperkte mogelijkheid tot interactiviteit en de beperkte bereidheid van de consument om te kiezen voor satelliet-TV.

De elementen die worden aangevoerd door de CRC om vanuit die vraagzijde de DVB-T uit te sluiten verwerpt ze eveneens: de ontstentenis van een gelijkaardig zenderpakket, de afwezigheid van een voldoende aantal eindgebruikers en de ontstentenis van gelijkaardige functiemogelijkheden.

126. Om het standpunt van de CRC te ontzenuwen voert Telenet een aantal feiten aan inzake het zenderaanbod, de functiemogelijkheden en de prijszetting om aan te geven dat er substitueerbaarheid is en argumenteert ze dat aan de door CRC aangevoerde gegevens die haar anders deden besluiten teveel gewicht wordt toegekend.

Zo geeft ze als punten van gelijkenis aan: een kwalitatief gelijkwaardig zenderaanbod (beeldkwaliteit en must have zenders), gelijkaardige functiemogelijkheden en gelijkaardige prijszetting. De beperkte interactiviteit acht ze geheel ondergeschikt -ze verwijst naar de ontstentenis van interactiviteit bij analoge TV- en ook de beperkingen inzake plaatsing van antennes zou slechts marginale betekenis hebben.

Het bestaan van verschillen op zich volstaat niet, zo luidt de thesis, het belang ervan dient te worden geanalyseerd en dit zou niet afdoende zijn gebeurd.

127. In de beslissingen worden de productgebonden gelijkenissen en verschillen wel degelijk geanalyseerd. Omdat de functionele indicatoren niet naar een evidente conclusie leiden, is nagegaan in welke mate de consument bereid is om zijn abonnement in te ruilen voor satelliet-TV. Het antwoord op die laatste vraag werd niet enkel gestaafd met gegevens uit marktonderzoek uit 2010, maar ook met het ontbrekend succes van de satelliet-TV formule die door Mobistar wordt aangeboden.

De door de CRC opgesomde functionele verschillen zijn reëel: de nodige antennes kunnen niet door elke consument naar believen worden geplaatst, de interactieve functie -die de aanwezigheid van een retourkanaal vergt- vereist, is bij satelliet-TV enkel mogelijk indien ze wordt gecombineerd met breedbandinternet en die functie vormt een troef zoals in het geval van digitale televisie.

De praktische toets bij uitstek voor de verschillen, het uitblijven van succes voor de marktformule die interactieve satelliet-TV aanbiedt in een bundel, vormt een onweerlegbaar empirisch gegeven.

Uit het BIPT-marktonderzoek uit 2010 blijkt tevens dat 85% van de gebruikers die geen satelliet-tv hebben, nooit hebben overwogen om over te stappen van hun huidige tv-aanbod naar SATV. De plaatsing van de satellietantenne wordt als voornaamste reden aangehaald

128. De CRC heeft DVB-T uit de relevante productenmarkt gesloten op grond van de overwegingen dat ontstentenis van een gelijkaardig zenderpakket, het gegeven dat er onvoldoende eindgebruikers zijn en er evenmin gelijkaardige functiemogelijkheden zijn, aan de substitutie langs de vraagzijde in de weg staan.

Ze voegt in conclusies toe dat sedert de bestreden beslissingen Telenet inmiddels haar investering in de licentie voor de ontwikkeling van dit product geheel vervroegd heeft afgeschreven.

Telenet geeft aan dat het zenderaanbod in de toekomst kan uitbreiden en ze wijst op de investering van Norkring, die de bedoeling zou hebben om 80% van de huishoudens in Vlaanderen en Brussel te bereiken. Het zenderaanbod zou ook niet zo zwaar doorwegen omdat een top van 8 kanalen 80% van de kijkcijfers vertegenwoordigt en ze herneemt ook hier dat de interactiviteit slechts een ondergeschikte betekenis heeft. Ze wijst ook op het succes van dit product in Nederland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk.

129. Hierover dient te worden overwogen dat de kritiek van Telenet inzake de omvang van het zenderpakket overwegend berust op een gesuggereerde mogelijkheid waarvan evenwel niet blijkt dat de realisatie ervan een plausibeler hypothese is dan diegene die door de CRC is aangenomen, met name dat voor dat product niet veel evolutie te verwachten is tijdens de reguleringsperiode. Enkel de RTBf exploiteert de technologie in

Wallonië en in Vlaanderen worden enkel de publieke zenders aangeboden in die technologie.

Telenet betwist overigens niet dat thans geen enkele DVB-T aanbieder de 8 topkanalen waarover ze het heeft, aanbiedt en ze levert evenmin een aanwijzing dat zulks spoedig zal veranderen.

Het staat verder vast dat het combineren van DVB-T met de interactieve functie een bijkomende aansluiting (breedbandinternet) en apparatuur vergt en dat marktonderzoek uitwees dat slechts 1% van de TV-kijkers momenteel gebruik maakt van dat aanbod

130. Overigens dient te worden opgemerkt dat de Europese Commissie in haar op 21 juni 2011 meegedeelde standpunt geen inconsistenties heeft aangegeven wat de afbakening van de productenmarkt betreft en evenmin heeft opgemerkt dat het geheel onvoldoende prospectief zou georiënteerd zijn. De Raad voor de Mededinging heeft op dat punt evenmin vraagtekens geplaatst.

De analyses hebben overigens slechts een geldingsduur van drie jaar en de beslissingen geven nadrukkelijk aan dat er desgevallend eerder opnieuw zal worden geanalyseerd indien de evolutie van de marktomstandigheden zulks vergt.

131. In de aangegeven feitelijke context het besluit formuleren dat SATV en DVB-T niet tot de relevante productenmarkt behoren, houdt op het eerste gezicht geen manifeste beoordelingsfout in.

132. (ii) De geografische markt voor de levering van tv-signalen: deze wordt in de bestreden beslissingen afgebakend als zijnde het gebied dat door elk netwerk van een kabeloperator wordt gedekt.

Binnen die gebieden worden de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen geacht en ze kunnen worden onderscheiden van aangrenzende gebieden waar de concurrentievoorwaarden duidelijk afwijkend zijn.

De CRC komt tot dit besluit op grond van de hoofdzakelijke overwegingen: (1) dat er geen substitutie aan vraag- en aanbodzijde is tussen de omroepaanbiedingen van de kabelnetwerken en dat er geen aantoonbaar ketensubstitutie-effect is tussen kabelnetwerken die zich in verschillende geografische dekkingsgebieden bevinden;

(2) dat er heterogeniteit is (a) in marktaandelen en technologische kenmerken van kabelnetwerken, (b) in consumentenvoorkeuren en televisieaanbiedingen in de verschillende dekkingsgebieden van kabeloperatoren, (c) in prijzen in de verschillende dekkingsgebieden van kabeloperatoren en (d) in de historische regels en regulering.

133. Telenet voert tegen die afbakening aan dat het ketensubstitutie-effect fout werd ingeschat omwille van volgende redenen: er werd geen rekening gehouden met de impact van de multiple play, het model waarvan wordt aangenomen dat het de retailmarkt beheerst 'dominante onderneming/concurrerend rand' wordt incoherent toegepast, de resultaten van de berekening zijn niet consistent (verschil tussen de ontwerpbeslissing en de eindbeslissing) en de parameters zijn onjuist, niet-verifieerbaar of arbitrair.

Ze licht dit nader als volgt toe: wanneer wordt aangenomen dat er subnationale markten zijn, terwijl er een nationale operator is, veronderstelt zulks dat deze laatste prijsdiscriminatie kan toepassen tussen de verzorgingsgebieden van de kabeloperatoren. Belgacom voert een nationaal prijsbeleid en kan zich niet veroorloven om verschillende prijzen toe te passen in de verschillende verzorgingsgebieden. Die nationale prijsdruk brengt met zich dat er slechts geringe prijsverschillen bestaan tussen de verzorgingsgebieden. Er zou eerder prijshomogeniteit bestaan.

Overigens betoogt ze dat de toekomstige marktontwikkeling de nationale dimensie van de markt nog zal versterken: Mobistar heeft een nationaal televisieaanbod, wegens de multicastverplichting die Belgacom werd opgelegd kan toetreding tot de markt worden verwacht op nationaal niveau en het multiple play-aanbod dat aan belang wint bevat componenten met een nationale dimensie.

Verder wijst ze er op dat de omgevingsfactoren die door de CRC als heterogeen worden aangehaald niet doorwegen en dat er ook binnen eenzelfde verzorgingsgebied van een operator ook regionale verschillen bestaan.

Ten slotte geeft ze nog aan dat de berekeningen die de CRC heeft gemaakt over de reactie van Belgacom bij een hypothetische prijsverlaging door de kabeloperatoren en omgekeerd manifest onjuist zijn.

134. Er bestaat geen betwisting over de afwezigheid van directe substitutie tussen de verzorgingsgebieden van de verschillende kabelnetwerken en evenmin wordt betwist dat volgens de Richtsnoeren (§ 62) deze vaststelling het vertrekpunt dient te zijn voor de afbakening van de relevante geografische markt.

Het besluit van de CRC dat er reden bestaat om in functie van deze vaststelling aan te nemen dat de relevante geografische markt behoort te worden bepaald volgens die verzorgingsgebieden kan dan ook niet onjuist worden genoemd. Ondergeschikt werd toch analyse naar ketensubstitutie toegevoegd om het besluit over de geografische afbakening nader te bevestigen.

De passage uit het standpunt van de ERG (Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis, oktober 2008) waarop Telenet zich beroept om te stellen dat de afwezigheid van directe substitutie niet volstond om een besluit te formuleren, biedt evenwel geen steun voor haar kritiek dat uit de ontstentenis van directe substitutie niet het besluit 'prima facie' kon worden getrokken dat er reden bestond om de relevante markt af te grenzen volgens de verzorgingsgebieden van de kabelnetwerken. Die passage geeft immers enkel aan dat de aanwezigheid van een operator met nationale dekking en de vaststelling dat de prijzen per geografisch gebied niet verschillen, voor gevolg kan hebben dat de grenzen van de geografische markt moeten worden verruimd.

De CRC heeft het gegeven van de operator met nationale dekking in aanmerking genomen en heeft een becijferd onderzoek gedaan naar de prijsdruk tussen de verschillende kabeloperatoren wegens de aanwezigheid van hun gemeenschappelijke concurrent Belgacom TV (bijlage 3 bij de beslissingen). Haar besluit daaruit is dat aangezien slechts aan één van de twee 'linken' is voldaan (link 1: reactie van Belgacom op kabeloperator blijft afwezig - link 2: reactie van kabeloperator op Belgacom volgt) de prijsdruk onwaarschijnlijk is. Die conclusie lijkt logisch.

Verder, over de incidentie van de multicastverplichting van Belgacom en het toenemend belang van multiple play, heeft de Raad voor de Mededinging aangegeven dat die ontwikkelingen geen reden vormen om in de lopende reguleringsperiode de voorgestelde afbakening van de geografische markt in vraag te stellen. Overigens moet worden vastgesteld dat Telenet ook niet duidelijk maakt in welke mate die evoluties op de aangenomen afbakening zouden kunnen wegen tijdens de gereguleerde periode.

135. Om verschillende redenen verwerpt Telenet ook de deugdelijkheid van de analyse inzake ketensubstitutie-effecten. Dit vergt evenwel een aanmerkelijk ruimer onderzoek dan de perken van een schorsingsprocedure toelaten.

Niettemin kan worden vastgesteld dat de voorgehouden manifeste contradicties in de bestreden beslissingen doordat enerzijds zou gesteld worden dat voor de omroepmarkt het toegepaste model voor prijsbepaling beantwoordt aan dit van de 'dominerende onderneming - concurrerende rand' (prijszetter versus prijsnemer), maar anderzijds wordt aangenomen dat Belgacom (die zich bij hypothese in de rand bevindt) een prijsdaling niet zal volgen, lijkt te berusten zowel op een onjuiste lezing van de beslissingen als van de betrokken economische theorie.

Belgacom stelt hierover -zonder te worden tegengesproken- dat de door de bestreden beslissingen aangehaalde theorie (Landes & Posner – Market Power in Antitrust Cases) het model betreft waarin de dominerende onderneming tot prijsverhogingen zou worden aangezet en een antwoord voorstelt op de vraag hoe ze daarin zou gevolgd worden door de ondernemingen in de rand (prijsnemers). Die theorie levert geen a contrario antwoord voor de vraag naar de reactie van prijznemers in geval de dominante onderneming prijzen laat zakken.

De beslissingen kunnen, zonder inconsistent te zijn, aannemen dat Belgacom als prijsnemer in de geanalyseerde omroepmarkt in geval van prijsdaling door de dominante kabelmaatschappijen deze niettemin niet zal volgen.

136. Op de aangegeven gronden, afwezigheid van directe substitutie en de heterogeniteit van de concurrentievoorwaarden in de onderscheiden verzorgingsgebieden van de kabelnetwerken, kon de relevante geografische markt op het eerste gezicht worden afgebakend zoals in de bestreden beslissingen is aangegeven, al geven ze ook aan dat sommige elementen ook konden wijzen op een ruimer gebied.

De grief geput de manke geografische afbakening van de relevante markt lijkt niet voldoende ernstig.

b) De vaststelling van de aanmerkelijke marktmacht (i) en de toepassing van de drie criteriatest (ii)

137. (i) Wat de SMP-analyse betreft. Telenet formuleert als grief dat de CRC maar tot zijn beslissing over de aanmerkelijke marktmacht is kunnen komen door de foute afbakening van de relevante productenmarkt (de uitsluiting van SATV en DVB-T) zowel als van de relevante geografische markt en het hieruit afgeleide grote marktaandeel.

Verder duidt ze bestreden beslissingen euvel dat over haar marktaandeel geen prospectieve houding werd ingenomen en meent ze dat er onvoldoende aandacht is voor de daling van haar marktaandeel en voor de impact van potentiële concurrentie. Ze betwist ook dat ze haar prijs onafhankelijk zou kunnen bepalen.

De overige elementen zijn volgens haar niet relevant ofwel niet op hun juiste waarde geschat.

138. De bestreden beslissingen voeren aan dat het grote marktaandeel van Telenet (70% tot 80%) en haar relatief grote prijsafhankelijkheid een vermoeden van sterke machtspositie opleveren.

Daarnaast geven ze zeven indicatoren aan op grond waarvan wordt aangenomen dat Telenet over aanmerkelijke marktmacht beschikt: - controle over niet-gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, waarbij vooral de analoge functionaliteit een voordeel geeft, - het bestaan van overstapdrempels die de migratie naar andere operatoren bemoeilijken, - schaalvoordelen, - breedtevoordelen, - een zeer geringe mate aan kopersmacht, - een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk en verticale integratie.

139. In zoverre Telenet een grief formuleert gesteund op de foute afbakening van de relevante markten kan worden volstaan met de overweging dat boven reeds werd aangenomen dat het middel inzake die afbakening niet ernstig lijkt.

Bijgevolg kan de grief inzake haar fout geschatte marktaandeel evenmin worden aangenomen.

Overigens, zelfs indien een ruimere afbakening ware aangenomen (met SATV en DVB-T), dan zou het aandeel nog de 40% overtreffen, hetgeen naar de beslissingspraktijk van de Europese Commissie een gevaar voor machtspositie oplevert.

In zoverre ze betoogt dat de beslissingen onvoldoende oog hebben voor de daling van haar marktaandeel, kan worden vastgesteld dat niettegenstaande de introductie van het IPTV-platform in 2005 en de daarmee gepaard gaande daling van marktaandeel, Telenet nog steeds over 70 % tot 80% beschikt, hetgeen volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie EU in beginsel op zichzelf het bestaan van een machtspositie oplevert.

Verder levert Telenet geen enkel feitelijk element dat aannemelijk maakt dat nieuwe toetreders tot de markt, hetzij via het IPTV-platform, hetzij via de andere infrastructuren voor haar terdege toegenomen potentiële concurrentie zouden vormen tijdens de gereguleerde periode. Er is in dat verband al gewezen op de marginale betekenis van Alpha Networks (Billi), het erg magere resultaat van het TV-aanbod van Mobistar en haar eigen vervroegde afschrijving van haar licentierechten voor de uitrol van DVB-T.

140. Over haar relatieve prijsafhankelijke gedraging heeft de CRC vastgesteld dat Telenet niettegenstaande de intrede van Belgacom op de markt, vanaf 2006 tot 2009 jaarlijks haar prijzen kon verhogen, zowel voor het analoge als het digitale aanbod, en dat ze voor haar digitale aanbod hoger liggen dan de prijzen van Belgacom.

De belangrijkste tegenwerping van Telenet dat ze is onderworpen aan prijscontrole van overheidswege en dat de verhoging enkel de inflatie compenseert, wordt op het eerste gezicht ontkracht door het gegeven dat dit toezicht enkel slaat op haar basisaanbod en dat de kostenstructuur waarop de overheid in die mate toeziet, bij hypothese niet noodzakelijk deze is van een competitieve markt, die de bestreden beslissingen beogen tot stand te brengen.

141. Wat de overige aangehaalde indicatoren betreft kan binnen het kader van het prima facie onderzoek tijdens de schorsingsprocedure volstaan worden met de overweging dat ze slechts aangevoerd worden ter ondersteuning van de conclusie die al kon worden getrokken op basis van de twee basisvaststellingen.

Zelfs indien de ondersteuning die aan ieder van die zeven indicaties wordt toegeschreven in enige mate twijfelachtig zou zijn, dan nog zou de conclusie overeind kunnen blijven. Zodoende dienen ze thans niet nader te worden onderzocht.

Telenet betwist overigens niet de principiële pertinentie van die factoren als zodanig, gesteld dat ze effectief konden worden vastgesteld, maar wel hun ingeschatte incidentie.

142. Zodoende kunnen de door Telenet aangereikte gegevens op het eerste gezicht de conclusie van de CRC over haar marktmacht niet ernstig ondergraven.

143. (ii) Over de drie criteriatest voert Telenet aan dat de beoordeling van de drie criteria gebrekkig is op vrijwel alle punten die door de bestreden beslissingen voor elk van de drie criteria relevant worden geacht, omdat ze elk prospectief karakter mist.

Voor wat de toegangsbelemmering betreft geeft ze inzonderheid aan dat volgende factoren inadequaet werden afgewogen: de evolutie van het belang van analoge televisie, de impact van de multicastverplichting van Belgacom op de toegangsbelemmering, de convergentie tussen verschillende platformen, de dreiging die uitgaat van OTT als distributieplatform en het dynamiserend effect van de multiple-play aanbiedingen.

Over de marktstructuur, die niet naar daadwerkelijke mededinging neigt, wordt door Telenet in eenzelfde prospectief perspectief vooral aangegeven dat bij de toetsing van het belang van het aantal marktdeelnemers en het aandeel van de kabeloperatoren de permanente en snelle technologische evoluties niet in de afweging worden meegenomen, dat de factor prijsdruk berust op een inadequate vergelijking en dat het effect van de multiple play aanbiedingen wordt veronachtzaamd.

Wat ten slotte het ontoereikend karakter van het mededingingsrecht aangaat, wordt aangevoerd dat buitenlandse regelgevende instanties die de vroegere markt 18 (omroeptransmissie) analyseerden tot de conclusie kwamen dat deze markt geen regulering behoefde en bekritiseert ze dat de CRC de facto de kabelinfrastructuur onterecht beschouwt als een 'essential facility', nu ze het gebrek aan toegang tot de kabelnetwerken op zich als een mededingingsprobleem beschouwt.

144. Met het oog op de toetsing van het eerste criterium heeft de CRC drie gegevens in aanmerking genomen, waarvan ze meent dat ze belemmeringen van niet voorbijgaande aard zijn: Telenet beschikt over een niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, ze geniet van schaalvoordelen en breedtevoordelen.

De door Telenet aangevoerde elementen spreken de door de CRC aangehaalde factoren niet tegen. Ze betreffen in werkelijkheid gegevens die betrekking hebben op de SMP-analyse.

Over het relatieve gewicht van die drie factoren kan meningsverschil bestaan, maar geen van de door Telenet aangereikte gegevens zijn van die aard dat ze kunnen ontzenuwen dat het belemmeringen van niet voorbijgaande aard zijn.

145. In verband met het tweede criterium geven de bestreden beslissingen vier factoren aan waaruit wordt afgeleid dat de markt niet naar mededinging neigt: het voordeel van de analoge functionaliteit en de eraan verbonden overstapdrempel voor Telenet, het hoge marktaandeel van Telenet dat maar traag afneemt, de intrede van Belgacom heeft geen prijsdruk geplaatst op Telenet en het multiple play-aanbod doet het klantenverloop dalen.

Ook het bestaan van deze factoren spreekt Telenet in wezen niet tegen, uitgezonderd wat de prijsdruk betreft. Zij wijst er op dat de prijsverhogingen die de afgelopen jaren werden doorgevoerd economisch verantwoord zijn, hetgeen nochtans niet tegensprekt dat er geen significante prijsdruk heerst.

146. Betreffende de ontoereikendheid van het mededingingsrecht ten slotte, voeren de bestreden beslissingen hoofdzakelijk aan dat het de concurrenten niet in staat stelt om toegang te krijgen tot het netwerk en dat zelfs indien die concurrenten zouden aantonen dat het om een 'essentiële faciliteit' gaat, de mededingingsautoriteiten niet in staat zouden zijn om een toegangsprijs vast te stellen en de toegang te waarborgen. Ze wijzen er ook op dat zowel Belgacom als Telenet verzoeken tot toegang hebben geweigerd.

Ze voegen eraan toe dat de interventietermijnen van de Belgische mededingingsautoriteiten te lang zijn om gepast en efficiënt te kunnen reageren om het vastgestelde

concurrentieprobleem aan te pakken en dat de toepassing van ex ante regulering het ook mogelijk maakt om de andere Europese regelgevende doelstellingen efficiënter en duurzamer in aanmerking te nemen dan de toepassing van alleen het mededingingsrecht. Er kan een voorspelbaar kader ingesteld worden dat investeringen kan aanmoedigen.

147. Op basis van al die factoren konden de regelgevende instanties op het eerste gezicht de geformuleerde conclusies formuleren inzake de aanmerkelijke marktmacht van Telenet en de drie te toetsen criteria, gelet op de op redelijke termijn te verwachten of te voorspellen marktontwikkelingen.

De besproken middelen lijken niet ernstig.

c) Betreffende de opgelegde verplichtingen.

148. Over de opgelegde verplichtingen geven de bestreden beslissingen in het algemeen aan dat ze beogen de operatoren en potentiële toetreders op de markt, die niet in staat zijn om het uitgebreide digitale netwerk van de kabeloperatoren -de analoge functionaliteit inbegrepen- te dupliceren, in staat te stellen een aanbod op de markt te brengen dat volwaardig concurrerend is met de omroepproducten die door de kabeloperatoren worden aangeboden.

De verwachting wordt uitgesproken dat de overgrote meerderheid van de consumenten werkelijk voordeel zal ondervinden op het niveau van de tarifiering van het basisaanbod dat wordt voorgesteld aan de abonnee.

Ook wordt aangegeven dat beoogd wordt op langere termijn de operatoren en toetreders op de markt in staat te stellen om te investeren in eigen infrastructuur en een volwaardig concurrerend triple play aanbod te bieden met gebruikmaking van eigen infrastructuur.

149. (i) Over de verplichting die haar wordt opgelegd om toegang te verlenen tot het digitaal platform, werpt Telenet tegen dat ze niet noodzakelijk en ook niet proportioneel is. Ze zou dubbel gebruik uitmaken met de verplichting die Belgacom werd opgelegd op de stroomopwaartse markt van breedbandinternet en een ongunstig effect hebben op de investeringsprikkel voor alternatieve operatoren en op de ontwikkeling van de infrastructuurconcurrentie.

(ii) Gelijkaardige kritiek formuleert ze met betrekking tot de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie, als zelfstandige verplichting.

De ontstentenis van noodzaak hiertoe ziet ze in het afnemend belang van het aantal gegadigde abonnees voor analoge televisie en in het feit dat het margeverschil tussen wholesaleprijs voor de doorverkoop en de detailprijs te gering zal zijn om nieuwe innovatieve biedingen door de alternatieve operatoren mogelijk te maken. Hun aanbod zou inhoudelijk en technisch niet kunnen verschillen van hetgeen de kabeloperator zelf aanbiedt.

Evenwel betwist ze de verplichting niet als accessorium van de verplichting tot het verlenen van toegang tot het digitale platform omdat de analoge signalen in de kabel niet kunnen gescheiden worden van de digitale zonder een beduidende meerkost.

Overigens geeft ze aan dat de verplichting tot doorverkoop van analoge televisie aan Belgacom ook marktverstoring werkt en dat ze investeringen in infrastructuur afremt.

(iii) Betreffende de verplichting tot doorverkoop van toegang tot breedbandinternet bekritiseert Telenet hoofdzakelijk dat ze werd opgelegd zonder analyse van de breedbandmarkten en dat ze evenzeer niet noodzakelijk en disproportioneel is.

150. (i) In het licht van de proportionaliteit geven de bestreden beslissingen aan dat de verplichting om toegang te verlenen tot het digitale televisieplatform beperkt wordt tot de transmissie van televisieomroepsignalen en dat Belgacom, die zelf over een infrastructuur beschikt, wordt uitgesloten van de toegang.

Verder wordt overwogen dat de tijd en de kosten die nodig zijn om de infrastructuur te dupliceren aanzienlijk zijn en dat de factor 'gezonken kosten' de duplicering economisch niet rendabel zou maken.

Ook wordt aangegeven dat het aanbod van omroepdiensten VDSL 2 technologie vergt, die wel ontbundeld wordt op sublooptniveau, maar dat de ontwikkeling van zulk aanbod economisch niet rendabele investeringen zou vergen voor de alternatieve operator.

Ten aanzien van het beschikbaar worden van de multicastfunctionaliteit, wordt verder in aanmerking genomen dat het operationeel maken ervan een zekere tijd zowel als een 'kritische massa' zal vergen.

Het door Telenet voorgehouden dubbel gebruik dat ze als factor van disproportionaliteit aanvoert, lijkt dus niet voorhanden.

In zoverre in dit verband nog wordt aangevoerd dat de 'modified greenfield' benadering zou worden miskend –waarbij analyse van een markt rekening houdt met de ex ante regulering op een stroomopwaartse markt en aldus regulering op de retailmarkt wordt voorkomen via de regulering van de stroomopwaartse wholesalemarkt-, dient te worden opgemerkt dat de wholesaleverplichting op de markt van breedbandinternet zich ten aanzien van de retailmarkt van televisiesignalen niet situeert op een stroomopwaartse markt, maar op een parallelle markt van de notionele stroomopwaartse wholesalemarkt.

151. Nopens de kritiek inzake het averechtse effect op de investeringsprijken, zowel voor de alternatieve operatoren als voor Telenet zelf, en de inperking van de eigen expansiemogelijkheden van deze laatste wegens de belasting van haar infrastructuur, worden in de bestreden beslissingen verschillende elementen afgewogen.

Er wordt aangegeven dat de capaciteit die vereist om de alternatieve operatoren hun aanbod te laten verschaffen niet zou verhogen omdat het aantal klanten niet noodzakelijk zal stijgen (er zal op de kabel wel verloop zijn van klanten tussen operatoren), dat de vraag naar analoge televisie zal verminderen en dat onredelijke verzoeken zullen kunnen geweigerd worden. Ook wordt overwogen dat innovatieve verzoeken van alternatieve operatoren voor de operator met aanmerkelijke marktmacht een bijkomende prikkel kunnen vormen om in zijn infrastructuur te investeren en dat hij de keuzevrijheid behoudt om bij verzoeken die technische innovatie vergen, zelf te bepalen op welke wijze hij ze zal oplossen.

Over de technische beperkingen ten slotte, die –anders dan in het geval van een DSL-netwerk- in het geval van verschillende aanbiedingen door operatoren voortvloeien uit het feit dat het spectrum van de kabel moet gedeeld worden en de beweerde hiermee voor haar gepaard gaande beperkingen, geeft Telenet slechts vage aanwijzingen en in elk geval citeert ze geen concrete strategische beperkingen die ze tijdens de gereguleerde periode zou moeten ondergaan.

152. Zodoende kan geen manifeste beoordelingsfout worden gezien in het gegeven dat de CRC aanvankelijk kiest voor een 'dienstenconcurrentie' om op termijn kansen te geven aan een 'infrastructuurconcurrentie'. In een eerste fase worden alternatieve operatoren in de mogelijkheid gesteld om met de SMP-operator te concurreren met dienstverlening op zijn eigen netwerk, zodat ze marktaandeel kunnen verwerven en met de aldus opgebouwde financiële middelen in een tweede fase te concurreren op basis de uitbouw van eigen innoverende infrastructuur.

De verplichting lijkt niet overbodig, noch disproportioneel.

153. (ii) Wat de doorverkoop betreft van analoge televisie geven de bestreden beslissingen aan dat de verplichting noodzakelijk is om tot een situatie van daadwerkelijke mededinging te komen op de relevante markt.

Het analoge televisienetwerk van de kabeloperatoren is economisch zeer moeilijk dupliceerbaar zodat andere operatoren dan de SMP-operator niet de mogelijkheid hebben om analoge televisie te leveren aan de eindklant, noch als aanvulling op een digitaal aanbod noch als zelfstandig aanbod met het oog op het promoten van elektronische-communicatiediensten.

Samengevat ligt volgens de CRC de noodzaak voor de verplichting in het belang van de analoge televisie in haar hefboomfunctie voor de mededinging: de alternatieve operatoren worden gehinderd om effectief te concurreren op de omroepmarkt indien ze niet kunnen genieten van de voordelen van analoge televisie: het grote aandeel van analoge kijkers in het totaal aantal kijkers, de voordelen van analoge tv en deze laatste in combinatie met een digitaal aanbod, analoge tv als aanknooppunt voor het aanbod van digitale tv-diensten. In 2010 opteerde nog 40% van de kijkers enkel voor analoge tv.

De maatregel wordt evenredig geacht omdat hij tamelijk eenvoudig is uit te voeren, de enig mogelijke is in de huidige stand van zaken om de analoge kijker te bereiken en niet langer van kracht blijft dan zolang de SMP operator het analoge aanbod handhaaft. Of de analoge tv op het kabelnetwerk van Telenet in de markt blijft, hangt aldus volledig van haarzelf af.

154. De boven reeds vermelde grieven van Telenet wegen niet op tegen de motieven die aangevoerd worden door de CRC.

Over het belang van analoge tv blijkt uit de bestreden beslissing dat van de Telenet-abonnees 30% tot 40 % loutere analoge kijkers zijn en dat 40 % tot 50% van haar kijkers zowel over de analoge als de digitale faciliteit beschikken, zodat 80 % tot 90 % van al haar abonnees analoog kunnen kijken.

De bedrijfsleider van Telenet heeft in mei 2010 zelf aangegeven dat analoge tv een belangrijk voordeel (kijken op verschillende toestellen) zou blijven bieden tijdens 'de komende jaren' en dat de ondersteuning van dat aanbod mee het geringere klantenverloop verklaart. Het valt dan ook niet te voorzien dat het voordeel van analoge tv tijdens de gereguleerde periode substantieel zou afnemen.

Het staat ook buiten betwisting dat bij overstap van analoge naar digitale tv, slechts een gering aantal abonnees overstapt naar een andere operator.

De stelling van de CRC dat een zelfstandig analoog tv aanbod ook de andere operatoren de gelegenheid zal bieden om een analoog opgebouwd klantenbestand te laten migreren naar digitale tv en aldus gemakkelijker tot de markt toe te treden, lijkt ook niet voor ernstige kritiek vatbaar.

Ten slotte kan hierover worden vastgesteld dat in verband met de scheiding van de analoge en digitale signalen op het kabelnetwerk Telenet het heeft over onredelijke kosten, maar hierover geen enkel becijferd gegeven verstrekt.

155. Over de insluiting van Belgacom in het aanbod tot doorverkoop van analoge tv, geeft de CRC aan dat Belgacom met haar nationaal IPTV platform niet beschikt over de mogelijkheid om analoge televisie aan te bieden en dat ze door het ontbreken van de analoge functionaliteit significant nadeel ondervindt om effectief met de kabeloperatoren te concurreren op de relevante retailmarkt.

De verleende toegang bezorgt haar aldus geen ongerechtvaardigd competitief voordeel, maar legt de concurrentiële lat op een significant technisch punt gelijk, zo luidt de stelling.

De ongelijkheid betreft de technische performantie van de systemen (kabel versus IP), die vanuit het oogpunt van de mogelijkheden die de analoge signalen bieden, aanzienlijk verschillen.

De beperkingen zijn inherent aan de bandbreedte van een DSL toegangslijn naar de eindgebruiker (type en kwaliteit van de koperkabel) en de afstand tot het wijk-contactpunt (DSLAM).

156. De kritiek van Telenet luidt dat de Europese Commissie in de toegang een ongerechtvaardigd bevoordelen zag van een historische operator en dat de regulerende instanties niet hebben onderzocht in welke mate de technische beperkingen van het IPTV-platform Belgacom effectief hinderen bij het effectief beconcurreren van de kabeloperatoren.

Ze wijst ook op de groei die Belgacom tijdens een periode van zes jaar kon realiseren, niettegenstaande de ontstentenis van een analoog aanbod, waaruit ze afleidt dat niets haar belet om effectief concurrentie te voeren.

De verplichting zou concurrentieverstorend werken doordat aan een operator die in drie van de vier segmenten van het multiple play aanbod dominant is (vaste telefonie, mobiele telefonie en breedband internet) toegang wordt verleend tot de kabelnetwerken.

157. In een vergelijkend schema geven de bestreden beslissingen de handicaps aan waartegen Belgacom aankijkt op het vlak van technische performantie van haar platform tegenover dat van de kabeloperatoren en die maken dat zij geen gelijkwaardig voordeel kan bieden als het geval is bij analoge tv: de technische hindernissen om twee of meer tv toestellen aan te sluiten, het combineren van kijken en opnemen, twee programma's tegelijk opnemen, genieten van digitale tv in high definition beeldkwaliteit, snelheidsverlies bij gelijktijdig surfen en tv kijken.

Het betreft significante handicaps vanuit het oogpunt van de concurrentiële wapengelijkheid, wegens het blijvende belang van de analoge tv.

Ze veroorzaken dat een deel van de kijkers vrede moet nemen met één aangesloten televisietoestel, en/of tot een eerder beperkte vorm van parallelle opname tijdens het kijken naar andere programma's (slechts voor een beperkt aantal zenders en met bewaring van de opname voor een beperkte tijd, namelijk 30 dagen). Ook vermindert het percentage van abonnees dat meerdere televisietoestellen kan aansluiten naargelang het aantal toestellen dat ieder van de abonnees effectief wil aansluiten en naargelang de aard van het signaal dat men verlangt (Standard Definition/High Definition).

158. Vanuit dit oogpunt beschouwd, bevoordeligt de verplichting Belgacom niet, maar elimineert ze een handicap waarop Belgacom geen greep heeft.

Overigens heeft de Europese Commissie over die maatregel geen afkeuring doen blijken, maar heeft ze om nadere redengeving gevraagd.

De stijging van het marktaandeel van Belgacom sedert 2006 (tot ongeveer 22% in haar dekkingsgebied volgens Telenet- in het derde trimester van 2011 had ze nationaal 1.139.000 tv abonnees) lijkt een natuurlijk gevolg van haar aanwezigheid op de markt en het goeddeels stabiele marktaandeel van Telenet (ruim 2.200.000 tv abonnees in haar dekkingsgebied).

Verder is Telenet een operator met aanmerkelijke marktmacht en stoffeert zij niet nader hoe de mogelijke groei van Belgacom die zou voortvloeien uit haar toegang tot het analoge tv aanbod tot een verstoring van de markt aanleiding zou geven.

De conclusie daaruit is dat de appreciatie van het noodzakelijk en proportioneel karakter van de verplichting inzake toegang tot het analoge platform voor Belgacom evenmin een manifeste beoordelingsfout doet blijken als voor de andere operatoren.

159. (iii) Wat de verplichting inzake toegang tot het breedband internet betreft, geeft de CRC aan dat de doorverkoop van het breedbandaanbod wordt aanzien als een essentiële verplichting voor de efficiëntie van de verplichting inzake toegang tot het digitale platform die op de relevante retailmarkten wordt opgelegd en dat ze vereist is om het geïdentificeerde mededingingsprobleem te verhelpen, nu de ontwikkeling van de mededinging op de retailmarkten voor televisieomroep verloopt via de ontwikkeling van multiple play door andere operatoren dan de operator met aanmerkelijke marktmacht.

Wegens de convergentie van de digitale-televisieomroepdiensten met de breedbandinternetdiensten moet de eindgebruiker een volledig geïntegreerde dienst kunnen worden geboden op zijn tv-toestel. Wegens het toenemend belang dat de abonnee hecht aan de multiple-play aanbiedingen loopt een operator die niet het volledige gamma van diensten aanbiedt, het risico competitief in een bijzonder nadelige positie te verkeren.

160. De grieven van Telenet luiden: - dat de verplichting niet kon worden opgelegd zonder voorafgaande analyse van de betrokken markt voor wholesale doorverkoop van breedband internet, terwijl zulke analyse niet werd gemaakt, en dat de breedbandverplichting onmogelijk kan beschouwd worden als een accessorium bij de verplichting inzake de toegang tot het digitale platform

Ook geeft ze aan dat de verplichting niet noodzakelijk en proportioneel is.

De verplichting die de beslissing van de CRC inzake analyse van de stroomopwaartse breedbandmarkten oplegt aan Belgacom, bieden de alternatieve operatoren reeds de mogelijkheid om via eenzelfde netwerk multiple play aanbiedingen te formuleren en de verplichting belast Telenet en haar netwerk disproportioneel, zoals reeds vermeld inzake de verplichting tot toegang tot het digitaal platform.

Verder wordt betoogd dat de beslissingen niet aangeven dat met het toenemend belang van multiple play een concurrentieprobleem is gemoeid.

161. Op het punt van de geïncrimineerde verplichting geven de bestreden beslissingen in het bijzonder aan dat volgens de Europese Commissie en de ERG het naar omstandigheden nodig kan zijn, wanneer een regelgevende instantie een gebrek aan mededinging vaststelt, om aan een SMP operator een verplichting op te leggen ook buiten de geanalyseerde markt.

Op het met de onderzochte markt verbonden gebied kan een verplichting worden opgelegd indien ze een essentieel element vormt ter ondersteuning van de verplichtingen die zijn opgelegd op de onderzochte relevante markt, zonder welke dergelijke verplichtingen inefficiënt zouden zijn of indien een dergelijke verplichting tegelijk de meest geschikte, evenredige en efficiënte is om het mededingsprobleem te verhelpen op de geïdentificeerde relevante markt.

De beslissingen verstrekken een beknopte analyse van de notionele wholesalemarkt van doorgifte van televisiesignalen en geven ook aan, onder verwijzing naar de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 inzake de breedbandmarkten, dat de kabel en DSL niet tot eenzelfde wholesale breedbandmarkt behoren. Ze leggen ook uit waarom: de begunstigde van een wholesaleaanbod kan niet veranderen van provider wanneer hij wordt geconfronteerd met een lichte maar duurzame stijging van de wholesaleprijs.

162. Verder geven de beslissingen aan waarom de verplichting op de aanverwante breedbandmarkt van essentieel belang is om de andere verplichtingen die worden opgelegd op de retailmarkt van omroepsignalen effectieve draagwijdte te geven met het oog op het competitief maken van de geanalyseerde retailmarkt.

Het gaat erom breedbandinternet convergente diensten (geconnecteerde-televisiediensten) en multiple play aanbiedingen mogelijk te maken door de hiervoor vereiste toegang tot functionaliteiten op het netwerk van eenzelfde operator te realiseren. Is hiervoor toegang vereist tot verschillende netwerken, dan veroorzaakt zulks aanzienlijke nadelige effecten, waardoor het gebundelde aanbod tegen minder gunstige voorwaarden zou dienen te worden aangeboden aan de abonnee.

Dit laatste feitelijke gegeven wordt door Telenet overigens als zodanig niet in twijfel getrokken.

163. Met de aldus verstrekte motieven is meteen ook de noodzakelijkheid van de verplichting redelijk verantwoord.

Over de evenredigheid van de verplichting vermeldt de CRC dat van de SMP operator geen andere dienst wordt verwacht dan diegene die hij voor zichzelf aanbiedt, zodat er geen nieuwe processen dienen te worden ontwikkeld, maar enkel bestaande processen dienen te worden aangepast voor bestelling, installatie en herstelling bij de wholesaleklant.

Er gaat niet meer breedbandgebruik mee gepaard dan in het geval van een retailaanbod en de SMP operator wordt niet tot ruimere investeringen (bvb. inzake snelheid of bandbreedte) genoopt dan voor hemzelf dienstig zijn.

De technische en economische haalbaarheid van deze verplichting lijkt aldus niet ernstig betwistbaar en ook hier levert Telenet geen concrete gegevens die zouden moeten doen blijken dat haar netwerk of zijzelf disproportioneel worden belast. Inzonderheid kan zulks ook niet afgeleid worden uit het verslag-Van Dijk van 4 augustus 2011 houdende de analyse van de impact van de opgelegde verplichtingen, waarbij de last vanuit financieel oogpunt wordt ingeschat.

164. Ten slotte kan in het algemeen nog worden overwogen dat onevenredigheid van enige verplichting evenmin blijkt met betrekking tot de uitvoeringstermijn van zes maanden die werd toegekend om een referentieaanbod voor te stellen, hetgeen trouwens binnen de gestelde termijn is gebeurd.

Er liggen verder geen concrete gegevens voor waaruit zou kunnen blijken dat een uitvoeringstermijn van zes maanden om een goedgekeurd referentieaanbod effectief uit te voeren, disproportioneel belastend zou zijn.

165. Het algemeen besluit over de middelen die de opgelegde verplichtingen bekritisieren luidt dan dat ze niet ernstig lijken.

6. Het middel inzake Wolu-TV.

166. Ten slotte voert Telenet ook nog aan dat er een manifeste beoordelingsfout werd begaan in de beslissing betreffende het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad waar verplichtingen worden opgelegd in het verzorgingsgebied van Wolu TV.

Haar grief luidt dat in de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe niet zij de aanbieder is van analoge en digitale televisie, maar Wolu TV zelf.

In het verzorgingsgebied van Wolu TV biedt Telenet enkel interactieve diensten en extra betaalpakketten aan.

Ze noemt zich onderaannemer die stroomopwaartse technische diensten levert aan Wolu TV door het aanleveren van digitale signalen met het oog op transport naar het distributienetwerk van Wolu TV en het leveren van ondersteunende technische diensten. Wolu TV staat als enige in voor de klantenrelatie met de consument voor het digitale basisaanbod, bepaalt de prijs van het basisaanbod en staat als enige in voor de verwerving van de contentrechten.

De verplichting is volgens haar gericht tot de verkeerde rechtspersoon en iedere wettelijke grondslag zou ontbreken om haar als SMP operator te verplichten te onderhandelen met een andere operator over de toegang tot diens netwerk.

167. De geïncrimineerde beslissing stelt over Wolu TV dat Telenet met die netwerkoperator een partnerschap heeft en dat -om de redenen die als betrouwbaar zijn aangegeven- er *'reden is om te beschouwen dat het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe geen afzonderlijke geografische markt vormt, maar samenvalt met de geografische markt van Telenet door de mate van afhankelijkheid van Wolu TV ten opzichte van Telenet en door hun verwante commerciële beleid.'*

Verder wordt dan in de rubriek waarin de verplichtingen worden ontwikkeld bepaald dat voor het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe, de verplichtingen voor Telenet als volgt worden gemoduleerd:

- inzake de doorverkoop van het aanbod voor analoge televisie wordt Telenet opgelegd om te onderhandelen met Wolu TV over de mogelijkheid om haar eigen wholesaleaanbod ook te kunnen aanbieden op het netwerk van Wolu TV;

- inzake de toegang tot het digitale platform en de toegang tot doorverkoop van het aanbod voor breedbandinternet wordt de verplichting enkel opgelegd voor de abonnees die ingingen op het aanbod van Wolu TV voor analoge televisie, voor zover er geen akkoord bestaat tussen Telenet en Wolu TV over het gebruik van het netwerk voor het wholesale aanbod van analoge tv.

168. In conclusies geeft de CRC te kennen dat op basis van de overeenkomst tussen Telenet en Wolu TV en de mate van afhankelijkheid van laatstgenoemde die daaruit blijkt, diende te worden besloten dat het grondgebied van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe in feite behoort tot het verzorgingsgebied van Telenet.

Verder werd vastgesteld dat op de website van Wolu TV de firma Telenet vermeld wordt als leverancier van digitale televisie en internet.

169. Uit de voorliggende dossierstukken kan niet worden afgeleid dat de CRC niet naar rede kon oordelen dat de invloed die Telenet kan uitoefenen op het netwerk van Wolu TV van die aard is, dat het grondgebied van die betrokken gemeente tot de relevante geografische markt behoort die gevormd wordt door het verzorgingsgebied van Telenet.

De hybride situatie die in de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe heerst inzake het aanbod van omroepsignalen -de analoge signalen blijven buiten de invloedssfeer van Telenet, de digitale niet maar behoren wel tot eenzelfde relevante markt- lijkt er niet aan in de weg te staan dat Telenet er de positie van een SMP operator bekleedt zelfs indien hij geen rechtstreekse band onderhoudt met de eindgebruikers.

170. Het bedoelde grondgebied wordt onttrokken aan de verplichting opgelegd inzake doorverkoop van een aanbod voor analoge televisie aangezien Telenet er zelf niet de beschikking heeft over een netwerk en er geen analoge televisiesignalen aanbiedt.

In werkelijkheid hangt het van Wolu TV zelf af of op het grondgebied van de gemeente het kabelnetwerk open gesteld wordt voor andere aanbieders van analoge signalen, via het groothandelsaanbod dat door Telenet in het algemeen moet worden aangeboden.

Op dat punt wordt aan Telenet enkel een verplichting opgelegd om te onderhandelen, hetgeen haar op het eerste gezicht niet lijkt te kunnen schaden.

De verplichtingen inzake de toegang tot het digitale platform en het breedbandinternet worden logischerwijze beperkt tot de abonnees die met Wolu TV verbonden zijn voor analoge televisie, aangezien enkel laatstgenoemde contracteert met de eindgebruikers betreffende die diensten waarvan Telenet de levering verzekert en zijzelf geen wholesaleverplichtingen krijgt opgelegd.

171. Zodoende kan het middel niet de schorsing van de betrokken beslissing verantwoorden wat het analoge aanbod betreft, aangezien Telenet op dat vlak in werkelijkheid geen zelfstandige verplichting wordt opgelegd.

In zoverre de toegang tot het digitale platform en het breedbandinternet betreft, kan het middel evenmin tot schorsing van de geïncrimineerde verplichting leiden, aangezien Telenet die diensten reeds verstrekke aan de abonnees van Wolu TV, al dan niet als stroomopwaartse leverancier van diensten, en de beslissing derhalve op dat punt geen nieuwe verplichting inhoudt.

K. De ernstige en moeilijk te herstellen nadelige gevolgen.

172. Bij ontstentenis van een middel dat voldoende ernstig werd bevonden dient de tweede te vervullen voorwaarde, het veroorzaken van ernstige en moeilijk te herstellen gevolgen, niet nader te worden onderzocht.

Ten overvloede stelt het hof hierover niettemin het volgende vast.

De termijn die aan Telenet werd toegekend om een voorstel tot referentieaanbod in te dienen reeds verstreken was toen de voorliggende zaak werd behandeld en die termijn kon ook worden nageleefd.

Een volgende uitvoeringstermijn van zes maanden begint eerst te lopen nadat de beslissing van de betrokken regulerende instantie over de kwalitatieve aspecten van het voorstel zal in werking treden.

173. Verder moet worden opgemerkt dat in het verslag Van Dijk (augustus 2011) waarin een opgave wordt verstrekt van de bedrijfsinitiatieven die moe(s)ten worden genomen (organisatorische en operationele ingrepen, ook inzake netwerk en personeel) geen elementen worden aangebracht waaruit zou moeten blijken dat de gewone bedrijfsactiviteit zelf van Telenet significant zou lijden onder de uitvoering van haar verplichtingen.

Er wordt gewag gemaakt van interne projecten die waarschijnlijk zouden moeten uitgesteld worden en van schade aan klanten, maar zes maanden later wordt in conclusies van zulke effectief uitgestelde projecten of effectieve aan klanten berokkende schade door Telenet geen gewag gemaakt.

Onder meer wordt ook aangehaald dat 25% tot 35% van de kritische personen binnen Telenet geïmpacteerd (zullen) zijn door het CRC besluit, maar die hypothese gaat ervan uit dat de uitvoering van de verplichtingen enkel zal gebeuren door personeel dat reeds in dienst is.

De financiële impact ervan wordt geraamd op 38 miljoen euro aan niet recupereerbare kosten (gezonken kosten) en een veelvoud hiervan aan niet voorzienbare en vervroegde capaciteitsuitbreidingen, maar de becijfering houdt geen rekening met de opbrengsten die zullen gegenereerd worden door de activering van het referentieaanbod voor de alternatieve operatoren die erom verzoeken.

Ze houdt evenmin rekening met de voordelen die eventuele vervroegde capaciteitsuitbreiding aan Telenet zelf ook toevallen.

174. In het algemeen kan uit die geraamde gegevens worden afgeleid dat de bedrijfsstoornis die voor Telenet volgt uit de bestreden beslissingen en die onterecht zou worden geleden, mocht blijken dat de beslissingen dienen te worden vernietigd, in bepaalde opzichten haar bedrijvigheid terdege raakt, maar voor geen van haar afdelingen de werking ervan bedreigt.

Tijdens de periode die sedert de dagvaarding de datum van uitkomst van de bodemprocedure overspant, blijft het evenwel bij ramingen en is de geschatte impact van de bestreden beslissingen daarenboven enkel van financiële aard.

Zodoende, zou een middel niettemin voldoende ernstig zijn gebleken, dan zou het niettemin geen schorsing kunnen verantwoorden bij ontstentenis van vervulling van de voorwaarde inzake de ernst van de gevolgen.

L. Algemeen besluit.

175. De vordering van Telenet tot schorsing van de bestreden beslissingen is ontvankelijk maar ongegrond en wordt verworpen.

De tussenkomsten door Belgacom en Mobistar, die strekken tot ondersteuning van de CRC zijn ontvankelijk en gegrond in zoverre de vordering tot schorsing betreft.

De tussenkomsten door Tecteo, Brutélé en AIESH, die strekken tot ondersteuning van het standpunt van Telenet zijn ontvankelijk maar ongegrond in zoverre de vordering tot schorsing betreft.

176. Nu de schorsingsvordering een onderdeel vormt van eenzelfde rechtspleging waarbij de vernietiging van een bestreden beslissing wordt nagestreefd, geeft de behandeling ervan geen aanleiding tot begroting van gedingkosten.

177. De behandeling van de grond van de vordering wordt later vastgesteld nadat partijen de zaak daartoe zullen hebben gereed gemaakt.

OM DEZE REDENEN,**HET HOF,**

Beslist na tegenspraak,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken,

Ontvangt de vorderingen tot vernietiging van de bestreden beslissingen,

Ontvangt de tussenkomsten,

Ontvangt de vorderingen tot schorsing van de bestreden beslissingen, maar verwerpt ze.

Verklaart de tussenkomsten door Mobistar en Belgacom gegrond en de tussenkomsten door Tecteo, AIESH en Brutélé ongegrond wat de schorsingsvordering betreft.

Houdt elke andere beslissing aan.

Aldus gevonnist en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de achttiende kamer op 4 september 2012,

Waar aanwezig waren :

- Dhr. P. BLONDEEL, kamervoorzitter
- Dhr. E. BODSON, raadsheer,
- Dhr. Y. HERINCKX, plaatsvervangend raadsheer,
- Mev. D. VAN IMPE, griffier.



VAN IMPE



HERINCKX



BODSON



BLONDEEL

Indeling van de tekst en aanvangsnummers van de rubrieken:

A. Beknopt overzicht van de rechtspleging voor het hof.	1.
B. De situering van de beroepen en van de bestreden beslissingen.	6.
C. Het weren van conclusies en de grief betreffende de toegang tot stukken uit het administratief dossier.	12.
D. De feitelijke context en de draagwijdte van de beslissingen.	15.
E. De vordering van Telenet.	42.
F. Het standpunt van de CRC.	46.
G. De standpunten van de tussenkomende partijen.	55.
H. Het toepasselijke kader van de regelgeving.	70.
I. De voorwaarden voor de vordering.	72.
J. Beoordeling van de ernst van de middelen.	80.
1. Het middel betreffende de schending van het Europese regelgevende kader.	80.
2. Middelen die de formele geldigheidsvereisten van de bestreden beslissingen betreffen.	81.
a) Het onpartijdigheidsbeginsel.	83.
b) De schending van de taalwetgeving in bestuurszaken.	86.

c) De schending van de Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen van 8 augustus 1980.	91.
3. Middelen geput uit de schending van voorschriften betreffende het beslissingstraject.	99.
4. Middelen betreffende tekortkomingen aan de formele motiveringsplicht.	
a) inzake de opmerkingen van de Europese Commissie	108.
b) inzake de gescheiden boekhouding.	122.
5. Middelen die de marktanalyse zelf betreffen.	123.
a) de relevante markten	123.
b) vaststelling van de AMM en de toepassing van de drie criteriatest	137.
c) betreffende de opgelegde verplichtingen.	148.
6. Middel inzake Wolu TV.	166.
K. De ernstige en moeilijk te herstellen nadelige gevolgen.	172.
L. Algemeen besluit.	175.

o o o o o o o o o o