

**BESLISSING VAN DE CONFERENTIE VAN REGULATOREN VOOR  
DE ELEKTRONISCHE-COMMUNICATIESECTOR (CRC)**

**VAN 18 DECEMBER 2014**

**HOUDENDE VERNIEUWING EN CORRECTIE VAN  
DE BESLISSING VAN DE CRC VAN 1 JULI 2011  
BETREFFENDE DE ANALYSE VAN DE  
BREEDBANDMARKTEN**

**PUBLIEKE VERSIE**

# INHOUDSOPGAVE

## Inhoud

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| <b>1</b>  | <b>VOORWERP EN STRUCTUUR VAN DE BESLISSING.....</b>   | <b>3</b>  |
| <b>2</b>  | <b>WETTELIJKE BASIS .....</b>   | <b>4</b>  |
| <b>3</b>  | <b>BESTEMMELING VAN DE BESLISSING.....</b>  | <b>5</b>  |
| <b>4</b>  | <b>ANALYSE VAN HET ARREST VAN HET HOF VAN BEROEP .....</b>  | <b>5</b>  |
| 4.1       | HERINNERING VAN HET DICTUM VAN HET ARREST.....  | 5         |
| 4.2       | REDENERING VAN HET HOF EN LERING GETROKKEN DOOR DE CRC.....   | 6         |
| 4.2.1     | <i>Punten die door het hof van beroep geldig zijn verklaard .....</i>   | <i>6</i>  |
| 4.2.2     | <i>Ontoereikende motivering wat betreft de impact van de potentiële regulering van de kabel... ..</i>   | <i>7</i>  |
| 4.2.3     | <i>Onnauwkeurigheid met betrekking tot de reikwijdte van multicast .....</i>  | <i>9</i>  |
| <b>5</b>  | <b>BEVOEGDHEID VAN DE CRC EN TERUGWERKENDE KRACHT VAN DE BESLISSING.....</b>  | <b>10</b> |
| 5.1       | BEVOEGDHEID VAN DE CRC.....   | 10        |
| 5.2       | TERUGWERKENDE KRACHT VAN DE BESLISSING.....   | 11        |
| <b>6</b>  | <b>EVENREDIGHEID VAN DE REGULERING DIE AAN BELGACOM WORDT OPGELEGD.....</b>   | <b>13</b> |
| 6.1       | DEFINITIE EN ANALYSE VAN EEN NOTIONELE MARKT VOOR ONTBUNDELDE TOEGANG OP DE KABEL.....  | 13        |
| 6.1.1     | <i>Productenmarkt.....</i>  | <i>13</i> |
| 6.1.2     | <i>Potentiële impact op de regulering die aan Belgacom wordt opgelegd.....</i>  | <i>15</i> |
| 6.2       | DEFINITIE EN ANALYSE VAN EEN MARKT VOOR WHOLESALEBREEDBANDTOEGANG (BITSTREAM OF DOORVERKOOP)<br>OP DE KABEL.....  | 16        |
| 6.2.1     | <i>Productmarkt.....</i>  | <i>16</i> |
| 6.2.2     | <i>Geografische markt.....</i>  | <i>21</i> |
| 6.2.3     | <i>Driecriteriatest en marktanalyse.....</i>  | <i>22</i> |
| 6.2.4     | <i>Opleggen van correctiemaatregelen.....</i>   | <i>22</i> |
| 6.2.5     | <i>Potentiële impact op de regulering die aan Belgacom wordt opgelegd.....</i>  | <i>23</i> |
| <b>7</b>  | <b>VERDUIDELIJKING MET BETREKKING TOT DE REIKWIJDTE VAN MULTICAST .....</b>   | <b>24</b> |
| <b>8</b>  | <b>BESLISSING .....</b>   | <b>27</b> |
| <b>9</b>  | <b>INWERKINGTREDING.....</b>  | <b>28</b> |
| <b>10</b> | <b>BEROEPSMOGELIJKHEDEN .....</b>   | <b>28</b> |
| <b>11</b> | <b>ONDERTEKENING .....</b>  | <b>28</b> |
|           | <b>ANNEX 1: BESLISSING VAN DE CONFERENTIE VAN REGULATOREN VOOR DE ELEKTRONISCHE<br/>COMMUNICATIESECTOR (CRC) VAN 1 JULI 2011 MET BETREKKING TOT DE ANALYSE VAN DE<br/>BREEDBANDMARKTEN.....</b> | <b>29</b> |

## 1 VOORWERP EN STRUCTUUR VAN DE BESLISSING

1. Deze beslissing wordt aangenomen door de Conferentie van Regulators voor de elektronische Communicatiesector (hierna genoemd de CRC) in het kader van en overeenkomstig het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds raadplegen bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie.
2. Op 15 september 2011 heeft Belgacom een vordering tot nietigverklaring ingediend tegen de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten (hierna genoemd "de beslissing van 1 juli 2011"). In deze beslissing heeft de CRC twee relevante wholesalemarkten gedefinieerd die in aanmerking komen voor ex-anteregulering, namelijk de nationale markt voor volledig en gedeeltelijk ontbundelde toegang tot de aansluitnetten en subaansluitnetten, met inbegrip van meer bepaald de aanbiedingen van ontbundelde toegang tot koper (markt 4) en de nationale breedbandmarkt, inclusief de DSL- en VDSL-bitstreamaanbiedingen (markt 5). De CRC heeft Belgacom aangewezen als een operator met een sterke machtspositie (SMP) op deze markten en heeft daaraan diverse reglementaire verplichtingen opgelegd.
3. Op 3 december 2014 heeft het hof van beroep van Brussel in het kader van het beroep ingediend door Belgacom, de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 deels vernietigd wegens een motivering die het als volgt heeft bevonden:
  - 3.1. ontoereikend wat betreft de beoordeling van de proportionaliteit van de aan Belgacom opgelegde regulering ten aanzien van die welke eventueel zou kunnen worden opgelegd aan de kabeloperatoren in verband met de toegangsdiensten tot breedbandinternet die ze in concurrentie met Belgacom verstrekken op de retailmarkt, en
  - 3.2. onnauwkeurig wat betreft de reikwijdte, in casu beperkt tot de *multiplay*-aanbiedingen, van de verplichting tot toegang tot de multicast-functies die wordt opgelegd aan Belgacom.
4. Het hof van beroep heeft de CRC ook uitgenodigd om de beslissing van 1 juli 2011 aan te passen, door een aanvullende motivering te geven voor de twee punten die onvoldoende zijn bevonden.
5. Op 18 december 2014, is de CRC bijeengekomen om na beraadslaging de huidige beslissing aan te nemen en zodoende de beslissing van 1 juli 2011 te vernieuwen, door sommige van de motieven daarin aan te passen of aan te vullen overeenkomstig het dictum van het arrest van het hof van beroep.

6. Deze beslissing heeft geen betrekking op de elementen van de beslissing van 1 juli 2011 die niet door het arrest van het hof van beroep vernietigd zijn.
7. Deze beslissing is als volgt gestructureerd:
  - 7.1. De hoofdstukken 2 en 3 identificeren de wettelijke grondslag en de bestemming van de beslissing.
  - 7.2. De hoofdstukken 4 en 5 bevatten de elementen van juridische analyse van het arrest van het hof van beroep en van de gevolgen ervan wat betreft de bevoegdheid van de CRC om een nieuwe beslissing aan te nemen met terugwerkende kracht.
  - 7.3. Hoofdstuk 6 levert een aanvullende motivering wat betreft de proportionaliteit van het reglementaire dispositief dat aan Belgacom wordt opgelegd.
  - 7.4. Hoofdstuk 7 brengt de verduidelijking die was gevraagd door het hof wat betreft de streefdoelen op de retailmarkt van de internettoegang door de verplichting tot toegang tot multicast op te leggen.
  - 7.5. Hoofdstuk 8 behandelt het dispositief van de beslissing.
  - 7.6. De hoofdstukken 9, 10 en 11 bevatten de bepalingen inzake de inwerkingtreding, de beroepsmogelijkheden en de handtekeningen.

## **2 WETTELIJKE BASIS**

8. Deze beslissing is gebaseerd op de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie<sup>1</sup>, en in het bijzonder op Titel III ervan, op de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector<sup>2</sup> en op het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds raadplegen bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> B.S., 20 juni 2005.

<sup>2</sup> B.S., 24 januari 2003.

<sup>3</sup> B.S., 28 december 2006.

### 3 BESTEMMELING VAN DE BESLISSING

9. Deze beslissing is bestemd voor de NV van publiek recht Belgacom, met maatschappelijke zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 27, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0202.239.951, hierna "Belgacom" genoemd.

### 4 ANALYSE VAN HET ARREST VAN HET HOF VAN BEROEP

#### 4.1 HET DICTUM VAN HET ARREST

10. Op 3 december 2014 heeft het hof van beroep het volgende geoordeeld:

*"VI. ALGEMEEN BESLUIT EN GERECHTSKOSTEN.*

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

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

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

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

*VII. DICTUM.*

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

*Rechtsprekend op tegenspraak.*

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

*Vernietigt de Bestreden Beslissing behoudens in zoverre zij voorziet in de intrekking van verplichtingen opgelegd aan Belgacom meer in het bijzonder, de intrekking van de verplichting om ontbundeling van het subaansluitnetwerk aan te bieden, en van sommige verplichtingen in verband met de mini-MDF's in geval van gedeeltelijke sluiting van de MDF.*

*Zegt dat het aan de CRC staat om desgevallend opnieuw te beslissen met afdoende motivering op de vermelde punten ».*

## **4.2 REDENERING VAN HET HOF EN LERING GETROKKEN DOOR DE CRC**

### **4.2.1 Punten die door het hof van beroep geldig zijn verklaard**

11. Naast de formele nietigverklaring van de beslissing van 1 juli 2011 heeft het hof in zijn redenering talrijke fundamentele punten van de analyse van de CRC geldig verklaard, met name:
  - 11.1. de karakterisering van de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensten, waarvan de *multiplay*-aanbiedingen die internet en tv combineren, deel uitmaken;
  - 11.2. de analyse van de structuur van de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensten en de identificatie van de slechte werking die daar kenmerkend is, ook naar de toekomst toe;
  - 11.3. het feit dat de twee wholesalemarkten die door de CRC geanalyseerd zijn, daadwerkelijk in aanmerking komen voor een *ex-anteregulering*, overeenkomstig de driecriteriatest van de Europese Commissie;
  - 11.4. het feit dat rekening wordt gehouden met de gereguleerde producten van Belgacom als uitgangspunt in het kader van de oefening om de relevante markten op wholesaleniveau te definiëren;
  - 11.5. de analyse van de substitueerbaarheid op wholesaleniveau, het bestaan van een substitutieketen tussen de verschillende bitsnelheden en de afbakening van de twee productenmarkten op wholesaleniveau;

- 11.6. de beoordeling van de directe en indirecte druk vanwege de kabel;
- 11.7. de nationale geografische dimensie van de twee productenmarkten die op wholesaleniveau afgebakend zijn;
- 11.8. de analyse van de structuur van de concurrentie op de twee wholesalemarkten die door de CRC gedefinieerd zijn en de aanmerkelijke macht van Belgacom op die markten;
- 11.9. het principe van het behoud van een regulering van toegang op de twee geanalyseerde markten;
- 11.10. het feit dat er geen "*minimis*"-regel bestaat die het behoud van de regulering van de producten voor breedbandtoegang zou doen afhangen van het volume activiteiten behaald op retailniveau door de diensten die de alternatieve operatoren ontwikkelen op basis van de bestaande gereguleerde producten;
- 11.11. het opleggen van een verplichting tot multicassttoegang ter aanvulling van de breedbandtoegang met als doel te zorgen voor de doeltreffendheid van de regulering op het niveau van de *multiplay*-aanbiedingen.
- 11.12. het opleggen, bij wijze van verplichtingen inzake toegang en non-discriminatie, van verplichtingen tot operationele uitmuntendheid op het niveau van de processen voor levering van de wholesaleproducten door Belgacom aan de begunstigden van de regulering.

#### 4.2.2 Ontoereikende motivering wat betreft de impact van de potentiële regulering van de kabel

- 12. Het hof van beroep is van oordeel dat om de proportionaliteit van de aan Belgacom opgelegde verplichtingen op de markten 4 en 5 te kunnen beoordelen, het nodig was (i) een of meer notionele wholesalemarkten te identificeren die de verrichtingen omvatten waarvan de kabeloperatoren gebruikmaken voor de levering van hun retailediensten voor internettoegang (buiten *multiplay*-aanbiedingen) en (ii) te evalueren in welke mate de regulering die daar eventueel zou worden opgelegd een impact kon hebben op de aard en de intensiteit van de verplichtingen die aan Belgacom werden opgelegd door de beslissing van 1 juli 2011<sup>4</sup>.
- 13. De redenering van het hof is als volgt:
  - 13.1. Het hof merkt allereerst op dat de retailmarkt voor internettoegang de diensten omvat die worden verstrekt door de kabeloperatoren en dat het daarom gepast is, overeenkomstig de toelichting bij de aanbeveling van de Europese Commissie

---

<sup>4</sup> Brussel, 2011/AR/2421, de punten 138-139.

uit 2007, om alle wholesalemarkten te identificeren die intrinsiek verbonden zijn met de diensten die worden verstrekt op de retailmarkt.

- 13.2. Het feit dat de wholesaleverrichtingen die de kabeloperatoren aan zichzelf verstrekken, niet de plaats kunnen innemen van de gereguleerde producten van Belgacom houdt, volgens het hof, niet in dat er geen wholesalemarkt zou bestaan waar dergelijke verrichtingen op de kabel inbegrepen zijn die eventueel zouden kunnen worden verstrekt aan alternatieve operatoren opdat zij internettoegangsdiensden op de retailmarkt kunnen brengen.
- 13.3. Het feit dat een dergelijke wholesalemarkt voor internet via de kabel niet is vermeld in de aanbeveling van de Europese Commissie betreffende de relevante markten, betekent niet dat de analyse van deze markt niet gerechtvaardigd zou kunnen worden in de nationale omstandigheden die eigen zijn aan de Belgische markt. Het hof herinnert daarbij eraan dat de vastgestelde gebrekkige werking op de retailmarkt voor internettoegang deels te wijten is aan het feit dat de alternatieve operatoren, in tegenstelling tot Belgacom en de kabeloperatoren, niet over hun eigen breedbandtoegangsinfrastructuur beschikken.
- 13.4. Het feit dat de diensten, inclusief internettoegang, zijn geanalyseerd en gereguleerd in het kader van de beslissingen van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de televisieomroepmarkten volstaat, volgens het hof, niet voor de behoeften van deze analyse. Daarin is geen enkele wholesalemarkt voor internettoegang via de kabel formeel gedefinieerd en de verplichtingen die werden opgelegd aan de kabeloperatoren in verband met het internet zijn in de eerste plaats bedoeld om de slechte werking van de concurrentie op de retailmarkt voor televisieomroep te verhelpen, die verschilt van de retailmarkt, die intrinsiek verbonden is met de wholesalemarkten voor breedbandtoegang. Overigens stellen de verplichtingen die door de parallelle beslissingen van 1 juli 2011 aan de kabeloperatoren zijn opgelegd, de alternatieve operatoren niet in staat om op retailniveau afzonderlijk verkochte aanbiedingen voor internettoegang te verstrekken.
- 13.5. Hoewel, volgens het hof, de regulator weliswaar niet formeel verplicht was om de wholesalemarkt voor internettoegang via de kabel te analyseren in het specifieke kader van de analyse van de markten 4 en 5, moest hij die kwestie in elk geval parallel analyseren, om zich ervan te vergewissen dat alle verrichtingen die intrinsiek verbonden zijn aan de in het onderhavige geval gekarakteriseerde retaildiensten, op gepaste wijze zouden worden beoordeeld.
- 13.6. Omdat de regulator deze parallelle analyse niet heeft gemaakt, acht het hof zichzelf niet in staat om te oordelen of de aan Belgacom opgelegde regulering objectief gerechtvaardigd, evenredig en aangepast is aan de concurrentiële tekortkomingen die op de retailmarkt vastgesteld zijn. Met andere woorden, vindt het hof, heeft de CRC onvoldoende gemotiveerd waarom alleen Belgacom het gewicht van de regulering inzake breedbandtoegang moest dragen.



14. Om tegemoet te komen aan het motiveringsgebrek waarop het hof van beroep wijst, moet volgens de CRC:
  - 14.1. een identificatie gebeuren van de notionele wholesalemarkt(en) die de verrichtingen omvatten waarvan de kabeloperatoren gebruikmaken voor de levering van hun eigen diensten voor internettoegang op retailniveau, en moet de positie worden geanalyseerd die de kabeloperatoren daar hadden kunnen innemen;
  - 14.2. worden beoordeeld in welke mate de regulering die daar eventueel zou zijn opgelegd aan de kabeloperatoren om de op de retailmarkt vastgestelde concurrentiële tekortkomingen te verhelpen, een impact had kunnen hebben op de aard en de intensiteit van de verplichtingen die aan Belgacom werden opgelegd met de beslissing van 1 juli 2011 op de markten 4 en 5.
15. Deze beslissing levert de aanvulling van de motivering die het hof van beroep wenst (zie hoofdstuk 6 hieronder).

#### 4.2.3 Onnauwkeurigheid met betrekking tot de reikwijdte van multicast

16. Terwijl het hof van beroep vindt dat het opleggen van een toegang tot multicast volkomen gerechtvaardigd is voor het segment van de *multiplay*-aanbiedingen, dat gekenmerkt wordt, ook naar de toekomst toe, door de aanwezigheid van hoge toegangsdrempels, is het daarentegen van oordeel dat een dergelijke toegang niet gerechtvaardigd lijkt voor de internettoegangsdiensten die afzonderlijk worden verkocht (buiten *multiplay*-aanbiedingen). Op zijn minst heeft de regulator volgens het hof niet aangetoond dat deze verplichting nodig zou zijn voor de ontwikkeling van de concurrentie op de volledige retailmarkt stroomafwaarts van de gereguleerde wholesalemarkt<sup>5</sup>.
17. Daarom moet, voor zover nodig, worden verduidelijkt dat het opleggen van deze nieuwe verplichting niet bestemd is om binnen de retailmarkt dynamiek te brengen in het segment van de apart verkochte (*stand alone*) aanbiedingen voor internettoegang, maar op de eerste plaats om te zorgen voor de ontwikkeling van de concurrentie in het segment van de aanbiedingen waarin internet en televisie worden gecombineerd, die deel uitmaken van de retailmarkt die in dit geval wordt bepaald.
18. Deze beslissing levert de verduidelijking die het hof van beroep wenst (zie hoofdstuk 7 hieronder).

---

<sup>5</sup> Brussel, 2011/AR/2421, de punten 212-221.

## 5 BEVOEGDHEID VAN DE CRC EN TERUGWERKENDE KRACHT VAN DE BESLISSING

### 5.1 BEVOEGDHEID VAN DE CRC

19. Na een arrest waarmee een bestuurshandeling wordt vernietigd, wordt de administratieve overheid voor het nemen van een nieuwe beslissing in beginsel teruggeplaatst op het ogenblik juist voordat haar beslissing werd vernietigd.

Als het nietig verklaarde besluit is voorafgegaan door voorbereidende handelingen, moeten en mogen deze zonder bijzondere objectieve redenen niet worden overgedaan, tenzij ze zelf onregelmatig zijn verklaard<sup>6</sup>.

20. In het onderhavige geval heeft, zoals uiteengezet<sup>7</sup>, het hof van beroep de beslissing van 1 juli 2011 vernietigd om redenen die met de motivering ervan te maken hebben. Het hof heeft daarentegen geenszins kritiek geuit op het gevolgde besluitvormingsproces. Geen enkele van de gestelde voorbereidende akten is onregelmatig bevonden door het hof van beroep.

De hele besluitvorming die is voorafgegaan aan de aanneming van de definitieve beslissing door de CRC is dus volgens de regels verlopen. Ze moet niet worden overgedaan. Het gaat in hoofdzaak om de openbare raadpleging, de raadpleging van de mededingingsautoriteit (destijds de Raad voor de Mededinging), de raadpleging van de Europese Commissie en de formele aanhangigmaking bij de CRC.

Het arrest tot nietigverklaring van 3 december 2014 brengt de CRC dus terug naar het ogenblik waarop ze de beslissing van 1 juli 2011 aangenomen heeft. Ze moet naar dat moment terugkeren om de nietig verklaarde beslissing te corrigeren, d.w.z. om de motivering van haar initiële beslissing aan te vullen, zodat wordt tegemoetgekomen aan de kritische opmerkingen van het hof van beroep.

---

<sup>6</sup> RvS, arrest *Vanslebrouck*, nr. 169.826, van 5 april 2007.

<sup>7</sup> Zie *supra*, paragraaf 19.

## 5.2 TERUGWERKENDE KRACHT VAN DE BESLISSING

21. De nietigverklaring door het hof van beroep van Brussel van een beslissing van de CRC brengt dezelfde gevolgen met zich als de vernietiging van een bestuurshandeling door de Raad van State: de beslissing verdwijnt met terugwerkende kracht uit de rechtsorde; ze wordt geacht nooit te hebben bestaan<sup>8</sup>.

In verband met het gevolg dat moet worden gegeven aan een vernietigingsarrest, heeft het hof reeds geoordeeld:

*"Ten overstaan van een geheel of gedeeltelijk vernietigd besluit is het BIPT bevoegd om te beslissen, gelet op het besluit van het hof, of het een nieuw besluit moet aannemen, om de omstandigheden waarin dit besluit kan worden genomen te bepalen en om na te gaan of het het Instituut is toegestaan om een terugwerkende kracht aan dit besluit te geven conform de algemene rechtsprincipes van de Raad van State."<sup>9</sup> (vrije vertaling)*

Dit arrest heeft weliswaar betrekking op het BIPT maar kan worden toegepast op gelijk welke administratieve overheid die wordt geconfronteerd met de nietigverklaring van een van haar beslissingen en met de gevolgen die daaraan moeten worden gegeven.

22. De CRC vindt dat er een terugwerkende kracht moet worden gegeven aan de vernieuwingsbeslissing die ze aanneemt, zodat deze de periode dekt die verlopen is tussen de datum van inwerkingtreding van de beslissing van 1 juli 2011, namelijk 1 augustus 2011 en de datum van inwerkingtreding van deze beslissing. De CRC geeft hieronder de verklaring daarvoor.
23. Er wordt algemeen erkend dat de terugwerkende kracht van een bestuurshandeling "bij wijze van uitzondering kan worden toegestaan wanneer dit nodig is, met name voor de continuïteit van de openbare dienst of voor de regularisatie van een feitelijke of rechtelijke toestand en voor zover ze de eisen van de rechtszekerheid en de individuele rechten in acht neemt"<sup>10</sup>.

Het principe van de continuïteit of van de goede werking van de openbare dienst impliceert de stabiliteit van het optreden van de overheid en de afwezigheid van rechtsonzekerheid.

---

<sup>8</sup> Brussel, 15 oktober 2004, 2003/AR/1664, punt 27. Behalve indien het hof beslist om de uitwerking van de nietig verklaarde beslissing in stand te houden, wat in het onderhavige geval niet zo is.

<sup>9</sup> Brussel, 7 mei 2009, 2008/AR/787, punt 303. Onderlijnd door de CRC.

<sup>10</sup> Advies L 29.834/2 van de afdeling wetgeving van de Raad van State van 28 februari 2000, geciteerd in R. Andersen en P. Nihoul, « Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence. Année 2000 », *R.B.D.C.*, 2002/1, p. 89. RvS, arrest *de vereniging zonder winstoogmerk Les Cliniques Saint-Joseph*, nr. 108.601, van 28 juni 2002.

Bovendien moet de terugwerkende vernieuwing de juridische grondslag van het vernietigingsarrest in acht nemen, d.w.z. dat de onregelmatigheid die de vernietigde bestuurshandeling aantastte moet worden rechtgezet<sup>11</sup>.

24. Bijzondere aandacht moet worden besteed aan de besluiten die sedert 1 juli 2011 genomen zijn ter uitvoering van de nietig verklaarde beslissing. Deze besluiten zijn talrijk en slaan op diverse en uiteenlopende aspecten van technische, financiële of operationele aard, in verband met de uitvoering van de toegangsverplichtingen die opgelegd zijn aan Belgacom op de markten 4 en 5.

Zonder terugwerkende vernieuwingsbeslissing zou de juridische stabiliteit van deze uitvoeringsbesluiten verzwakt kunnen worden. Dit zou onvermijdelijk leiden tot een situatie van rechtsonzekerheid over de rechten en plichten die eruit voortvloeien. Deze onzekerheid kan alleen maar nadelig zijn voor de hele markt.

Daarbij komt nog dat de nietig verklaarde beslissing van 1 juli 2011 nodig is geacht om de doelstellingen van het regelgevingskader te bereiken, onder andere het bevorderen van maximaal profijt voor de gebruikers, onvervalste concurrentie en efficiënte investeringen. Een terugwerkende vernieuwing van deze beslissing moet de operatoren en gebruikers in staat stellen om zonder enige mogelijke twijfel het voordeel van deze regulering te behouden<sup>12</sup>.

25. Zoals hierboven is uiteengezet<sup>13</sup>, heeft het hof van beroep de beslissing van 1 juli 2011 vernietigd wegens een gebrekkige motivering en alleen om die reden. In omgekeerde zin heeft het hof van beroep, zoals reeds is opgemerkt<sup>14</sup>, talrijke fundamentele punten van de analyse van de CRC geldig verklaard.

Het hof van beroep heeft de CRC overigens uitdrukkelijk uitgenodigd om de beslissing van 1 juli 2011 aan te passen, door een aanvullende motivering te geven voor de punten die onvoldoende zijn bevonden<sup>15</sup>.

Dat is het enige doel van deze retroactieve vernieuwingsbeslissing.

---

<sup>11</sup> RvS, arrest *Lecocq*, nr. 78.994, van 26 februari 1999. P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2008, p.1183.

<sup>12</sup> Ter vergelijking: de CRC wijst erop dat het hof van beroep reeds opgemerkt heeft dat de retroactieve nietigverklaring van een marktanalysebeslissing ongewenste effecten kan teweegbrengen, met name voor de commerciële aanbiedingen die de operatoren hebben ontwikkeld op de markt dankzij de marktanalysebeslissing en de uitvoeringsbesluiten ervan (zie Brussel, 16 mei 2012, 2010/AR/2003 en andere, pp. 79 e.v.). Zie ook RvS, arrest *Lecocq*, nr. 78.994, van 26 februari 1999.

<sup>13</sup> Zie *supra*, punt 2.

<sup>14</sup> Zie *supra*, punt 11.

<sup>15</sup> Zie *supra*, punt 3.

Deze beslissing bevat daarentegen geen nieuwe elementen, in het bijzonder wat betreft de verplichtingen die aan Belgacom worden opgelegd. Met andere woorden: ze wijzigt geenszins de rechtstoestand van deze operator. Deze laatste wordt niet geconfronteerd met nieuwe verplichtingen die hem met terugwerkende kracht zouden worden opgelegd<sup>16</sup>.

26. Gelet op wat voorafgaat beslist de CRC om aan haar vernieuwingsbeslissing een terugwerkende kracht te geven tot 1 augustus 2011, de datum van inwerkingtreding van de beslissing van 1 juli 2011.

## **6 EVENREDIGHEID VAN DE REGULERING DIE AAN BELGACOM WORDT OPGELEGD**

27. In dit hoofdstuk bekijkt de CRC achtereenvolgens de mogelijkheid tot een notionele markt voor ontbundelde toegang tot de kabel en een notionele markt voor wholesalebreedbandtoegang op de kabel. De CRC evalueert de potentiële gevolgen die de regulering van elk van deze notionele markten zou hebben, eventueel had kunnen hebben op de verplichtingen die aan Belgacom worden opgelegd op elke markt die door de beslissing van 1 juli 2011 wordt gereguleerd.

### **6.1 DEFINITIE EN ANALYSE VAN EEN NOTIONELE MARKT VOOR ONTBUNDELDE TOEGANG OP DE KABEL**

#### **6.1.1 Productenmarkt**

28. In haar beslissing van 1 juli 2011 heeft de CRC geconcludeerd dat de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk de kabelnetten niet omvatte. Deze conclusie berustte op het gebrek aan substitueerbaarheid aan de vraagzijde (§§ 445-450) en aan de aanbodzijde (§§ 451-454), alsook op het gebrek aan voldoende indirecte druk (455-470).
29. De coaxkabel (d.w.z. het meest lokale deel) van het netwerk van de kabeloperatoren is een netwerkonderdeel dat onder verschillende gebruikers wordt gedeeld, in tegenstelling tot het koperen aansluitnetwerk in het netwerk van Belgacom (elke gebruiker heeft daar een afzonderlijk, eigen aansluitnetwerk). Daardoor was een fysieke ontbundeling van de kabel net zoals die bij het koperen aansluitnetwerk niet denkbaar, en dat is vandaag nog altijd niet het geval. Een ontbundeling op het vlak van het frequentiespectrum vormde daarentegen wel een denkbare hypothese.
30. In de beslissing van 1 juli 2011 werd daarover gezegd (onderlijnen toegevoegd):

*" 438 Spectrumontbundeling is een mogelijke denkpiste voor het aanbieden van ontbundelde toegang via de kabel. Er moet echter wel worden toegegeven dat spectrumontbundeling het frequentiespectrum waarover de*

---

<sup>16</sup> Zie in die zin RvS, arrest *de vereniging zonder winstoogmerk Les Cliniques Saint-Joseph*, nr. 108.601, van 28 juni 2002.

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

31. De obstakels voor de levering van een ontbundelde toegang tot een kabelnetwerk zijn erkend door het hof van beroep in zijn arrest van 3 december 2014 (punt 167 van het arrest<sup>17</sup>).
32. Daaruit volgt dat als de kwestie van een - in dit geval parallelle - markt voor ontbundeling van de kabel was aangekaart bij het opstellen van de beslissing van 1 juli 2011, de CRC zeker zou hebben geoordeeld dat de kabel, in zijn destijds bekende en op korte of middellange termijn voorzienbare staat van technologische ontwikkeling, alsook in de staat van de toenmaals aangekondigde capaciteitsuitbreidingen door de kabeloperatoren, niet als basis kon dienen voor een verrichting van ontbundelde toegang (deze verrichting kon niet de plaats innemen van de verrichtingen inzake ontbundelde toegang van Belgacom). In die omstandigheden zou het voor de CRC niet gepast, noch gerechtvaardigd geweest zijn, op basis van de technische of strategische informatie waarvan ze weet had of waarop ze redelijkerwijs kon anticiperen, om een markt voor ontbundelde toegang tot de kabel te definiëren, zelfs niet notioneel.
33. Die beoordeling zou met name gebaseerd zijn op de volgende elementen:
  - 33.1. De kabeloperatoren gebruikten in 2011 nagenoeg de totaliteit van het beschikbare spectrum op de kabel; een deel daarvan delen zou waarschijnlijk een belangrijke impact hebben gehad op de levering van hun retaildiensten en dus op hun gebruikers, in tegenstelling tot de ontbundeling van een koperen netwerk.
  - 33.2. De CRC stelt vast dat Telenet pas in 2014, een hele tijd na de aanneming van de beslissing van 1 juli 2011, een investeringsplan heeft aangekondigd om het

---

<sup>17</sup> "Overigens blijkt uit hetgeen voorligt niet dat dat er ontbundelingstechnieken of technieken inzake groothandelstoegang tot breedband op de kabel bestaan die reeds effectief op een voldoende schaal op een kabelnetwerk in Europa worden toegepast. De loutere theoretische mogelijkheid van ontbundeling of groothandelstoegang volstaat ook niet opdat er sprake zou zijn van vraag- of aanbodsubstitutie".

bruikbare spectrum te verhogen tegen 2019. Daarenboven bevestigt deze aankondiging dat er geen beduidende uitbreiding van de beschikbare capaciteiten was aangekondigd of zelfs beoogd op het moment dat de beslissing van 1 juli 2011 werd aangenomen. Deze vaststelling loopt geenszins vooruit op het feit of er al dan niet voldoende spectrum zou kunnen bestaan op het einde van deze investeringsronde.

34. Bij gebrek aan een productenmarkt, zou het niet nuttig zijn geweest om de geografische reikwijdte van een notionele markt voor ontbundelde toegang tot de kabel te definiëren, noch de driecriteriatest uit te voeren, en nog minder om eventuele operatoren te identificeren die op die markt over een aanmerkelijke macht beschikken. Er zou op die markt dus geen regulering zijn opgelegd.
35. De CRC sluit echter niet uit dat rekening houdende met de technologische ontwikkelingen, bijvoorbeeld de uitrol van de technologie Eurodocsis 3.1, deze kwestie opnieuw kan worden bekeken in het kader van een toekomstige marktanalyse. De norm Eurodocsis 3.1 is gepubliceerd in 2013<sup>18</sup> en zou in de komende jaren door sommige Belgische kabeloperatoren kunnen worden gebruikt<sup>19</sup>.

#### 6.1.2 Potentiële impact op de regulering die aan Belgacom wordt opgelegd

36. Rekening houdende met wat voorafgaat vindt de CRC dat als er in 2011 een analyse was gemaakt van een notionele markt voor ontbundelde toegang tot de kabel, de kans erg klein was geweest dat aan de kabeloperatoren de levering van een ontbundelde toegang tot hun netwerk zou zijn opgelegd.
37. Zelfs in de veronderstelling dat een dergelijke toegang aan de kabeloperatoren zou zijn opgelegd (wat zou hebben vereist dat er een of meer geografische markten werden gedefinieerd, dat de driecriteriatest zou zijn doorstaan en dat er een of meer SMP-operatoren zouden zijn geïdentificeerd), zou de regulering van de kabel niet als gevolg hebben gehad dat de aan Belgacom opgelegde regulering zou zijn gewijzigd, of in elk geval verlicht, door de beslissing van 1 juli 2011:
  - 37.1. Het marktaandeel van de alternatieve operatoren in juli 2010 bedroeg ongeveer 8%<sup>20</sup> en hun nettoaanwinst van klanten was zwak of zelfs negatief<sup>21</sup>; Belgacom een minder dwingende regulering opleggen had ertoe kunnen leiden dat de situatie van deze alternatieve operatoren nog meer zou zijn verzwakt. Hun

---

<sup>18</sup> CableLabs, DOCSIS 3.1: Where We Are Today, <http://www.cablelabs.com/docsis-3-1-where-we-are-today/>.

<sup>19</sup> Telecompaper, 29 augustus 2014, "Telenet plans EUR 500 mln investment in Docsis 3.1 upgrade". Het persbericht van Telenet dat op diezelfde dag is gepubliceerd maakt gewag van investeringen die worden gespreid tussen 2014 en 2019.

<sup>20</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011, § 257.

<sup>21</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011, § 262.

klantenbestand en hun vooruitzichten inzake ontwikkeling zouden negatief beïnvloed zijn.

- 37.2. Ook zou de CRC waarschijnlijk rekening hebben gehouden met de termijn voor de uitvoering van de ontbundeling van de kabel en met de impact die daarvan redelijkerwijs te verwachten was op korte termijn<sup>22</sup>.
- 37.3. De CRC zou ook rekening hebben gehouden met het feit dat Belgacom in 2011 een groot marktaandeel in handen had (en nog steeds heeft) op de markt van de niet-particuliere klanten, met name dankzij zijn nationale netwerk en zijn betere dekking van de gebieden van economisch belang. Het opleggen van toegangsverplichtingen aan de kabeloperatoren zou geen gepast antwoord op deze situatie zijn geweest.
38. Als de CRC dus een notionele markt voor ontbundelde toegang op de kabel had geanalyseerd, zelfs had gereguleerd, zou de beoordeling van de noodzaak en van de evenredigheid om Belgacom een ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk op te leggen, niet anders zijn geweest dan de analyse die gemaakt is in de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 (§§ 571 tot 761). Gelet op de concurrentiële tekortkomingen vastgesteld op de retailmarkt en de streefdoelen van de regulator was Belgacom immers onderworpen geweest aan dezelfde verplichtingen inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, prijscontrole en operationele uitmuntendheid.

In die omstandigheden en om te antwoorden op de kritische opmerkingen van het hof van beroep, vindt de CRC dat noch de analyse van een notionele markt voor ontbundelde toegang op de kabel, noch in voorkomend geval de regulering van een dergelijke markt een invloed kon hebben op de verplichtingen die aan Belgacom werden opgelegd.

De motivering van de evenredigheid van de aan Belgacom opgelegde regulering op markt 4 door de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 moet dus worden gelezen in het licht van de overwegingen die in deze beslissing worden ontwikkeld.

## 6.2 DEFINITIE EN ANALYSE VAN EEN MARKT VOOR WHOLESALEBREEDBANDTOEGANG (BITSTREAM OF DOORVERKOOP) OP DE KABEL

### 6.2.1 Productmarkt

39. In de beslissing van 1 juli 2011 werd geschreven:

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

---

<sup>22</sup> Net zoals de CRC rekening heeft gehouden met de termijn voor de uitvoering van de multicastfunctie en met de noodzaak om een zekere kritische omvang te bereiken om daarvan profijt te trekken (beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de televisieomroepmarkt, §§ 416, 494 en 564).



*zou namelijk toegang kunnen verschaffen tot het debiet van de eindgebruikers*<sup>23</sup>.

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

40. Om een dergelijke markt voor wholesalebreedbandtoegang op de kabel af te bakenen, zou er rekening gehouden moeten zijn met de verschillen op technologisch vlak tussen de levering van breedband op een koperen netwerk (via de DSL-technologie) en op een kabelnet (via de Eurodocsis-technologie). Wegens deze verschillen zou de CRC rekening hebben moeten houden met het feit dat de concepten van "bitstream" en "doorverkoop" niet noodzakelijk dezelfde betekenis hebben op de twee netwerken<sup>24</sup>.
41. Het product bitstream via koper zoals het in België bestaat (BROBA/WBA) is een product dat de alternatieve operator een maximum aan flexibiliteit biedt om zijn eigen retaildiensten te configureren (bijv. grootte van de VLAN's, dienstkwaliteit, contention ratio). De producten BROBA en WBA bieden aldus meer flexibiliteit dan sommige bitstreamproducten in het buitenland. In het geval van een bitstream zoals die in België bestaat, is het makkelijk een onderscheid te maken tussen bitstream en doorverkoop (want doorverkoop maakt in principe slechts een replica van de retaildiensten van de leverancier mogelijk<sup>25</sup>).
42. Bij kabelnetten echter is het onderscheid tussen bitstream en doorverkoop mogelijk minder duidelijk. Een doorverkoop aanbod dat de alternatieve operator in staat zou stellen om zijn retailproduct te onderscheiden van dat van de kabeloperator, met name op basis van de geboden bitsnelheden, zou niet fundamenteel anders zijn dan sommige bitstreamaanbiedingen, zoals die worden geleverd via koper in andere landen.
43. De levering van een doorverkoopdienst op wholesaleniveau is aan de kabeloperatoren opgelegd via de CRC-beslissingen van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de televisieomroepmarkt, bij wijze van aanvullende dienst bij de verplichtingen die aan hen zijn opgelegd inzake omroep (doorverkoop van hun diensten voor analoge televisie, toegang tot hun platform voor digitale televisie)<sup>26</sup>; met andere woorden: de alternatieve operator mag met dat aanbod niet breedband op zich aanbieden, hij mag enkel *doubleplay* televisie/breedband aanbieden.

---

<sup>23</sup> Gartner report - Opening of access to broadband via the cable infrastructure in the wholesale market for broadband connections (market 5)

<sup>24</sup> De termen bitstream en doorverkoop stemmen evenmin overeen met definities die internationaal uniform zijn.

<sup>25</sup> Wat het geval is bij de doorverkoopdiensten van het type "Carrier DSL" die worden aangeboden door Belgacom of door sommige alternatieve operatoren.

<sup>26</sup> Zie deel "6.5.1.1 Voorafgaande opmerking over de aard van deze verplichting" in de CRC-beslissing van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de televisieomroepmarkt.

44. De dienst voor doorverkoop van breedbandtoegang, waarvan de verstrekking is opgelegd aan de kabeloperatoren, wordt als volgt beschreven:

*"984 De doorverkoop van het aanbod inzake breedbandtoegang is bedoeld om de alternatieve operatoren de mogelijkheid te bieden om de aanbiedingen van interactieve en geconnecteerde tv-omroepdiensten te reproduceren alsook de multi-playaanbiedingen omroep/breedband van de SMP-operator en om zelf de contacten met de eindklant van de betrokken SMP-operator te onderhouden. Het kan ook bijbehorende diensten omvatten, zoals de installatie (met coördinatie van de installatie van de CPE door de alternatieve operator), het onderhoud en de herstelling van de diensten. Het laat de alternatieve operator de keuze van de tarifieringswijze.*

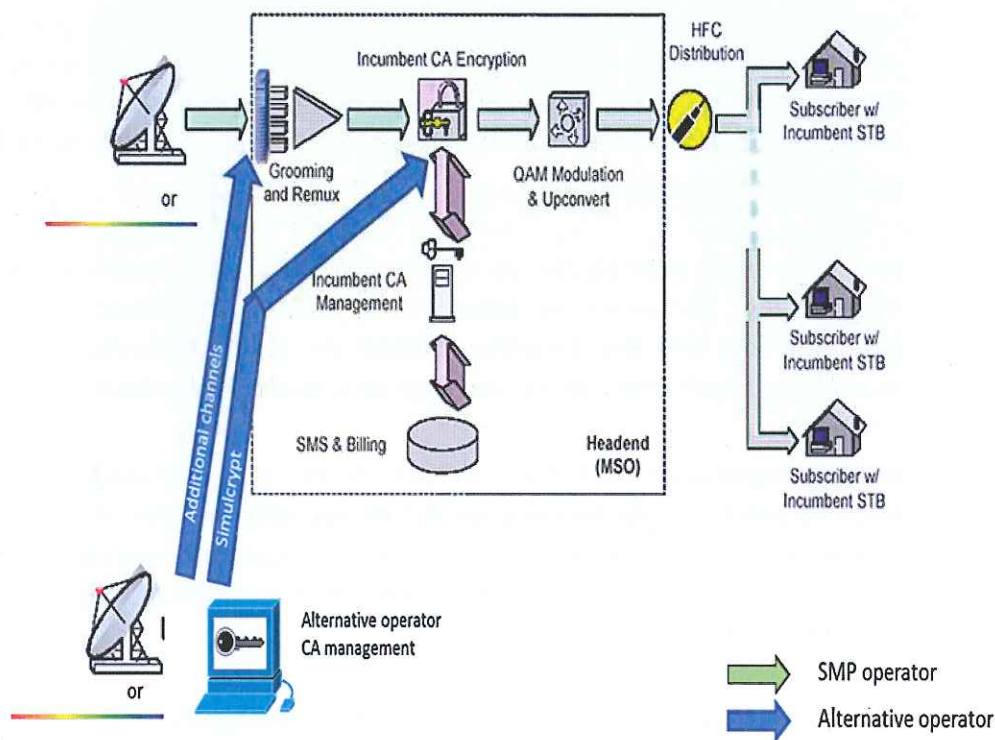
*985 De alternatieve operator zal zelf zijn eindklant aansluiten op de kabelaansluitdoos, alsook zelf de binneninstallatie uitvoeren. De SMP-operator kan evenwel aan de alternatieve operator een erkenning opleggen van de technici die bevoegd zijn om deze handelingen te stellen met als doel de kwaliteit van de uitvoering te garanderen. Indien er op de aansluitdoos geen vrije connector is (of als deze doos ontbreekt), zal de SMP-operator een nieuwe moeten installeren. Deze certificeringsprocedure moet worden toegevoegd aan de referentieaanbiedingen (infra).*

*(...)*

*988 De doorverkoop van het breedbandaanbod moet aan de volgende aspecten voldoen:*

*Aan derde operatoren toegang verlenen tot een dienst voor doorverkoop van het breedbandaanbod*

*989 De SMP-operator is verplicht om toegang te verlenen tot de doorverkoop van het breedbandaanbod aan elke alternatieve operator die toegang heeft tot het digitale-televisieaanbod. De nodige links kunnen als volgt worden omschreven:*



Alternative operator network

990 Het BIPT verplicht enkel tot het collectiepoint op het niveau van de core router. De SMP-operator kan evenwel collectiepunten voorstellen op het niveau van het CMTS en/of de aggregatieapparatuur.

991 Het voormelde ERG-document identificeert verschillende oplossingen. Het BIPT legt geen specifieke oplossing op om de SMP-operator de keuze te laten om voor de meest doeltreffende oplossing te kiezen naargelang van zijn eigen uitrusting.

992 Conform artikel 40/10, § 10, derde lid, van de wet van 30 maart 1995 moet de dienst voor doorverkoop van abonnementen:

op technisch vlak identiek zijn aan het basisbreedbandaanbod dat gedaan wordt door de operator met een sterke machtspositie op de retailmarkten voor televisieomroep in het kader van gebundelde aanbiedingen. Dit wil zeggen dat de kabeloperator verantwoordelijk blijft voor alle technische parameters zoals bijvoorbeeld de overbooking ratio. De OLO beheert enkel de klantenrelatie maar heeft geen technische verantwoordelijkheden;

het mogelijk maken zijn eigen snelheden en volumes te bepalen voor verschillende soorten van aanbiedingen. In de EuroDOCSIS-technologie wordt de engineering van het netwerk sterk beïnvloed door de aangeboden maximumsnelheid. Bijgevolg zou [et] het onevenredig zijn om hogere

*snelheden te bepalen dan de hoogste snelheid aangeboden in de retailaanbiedingen van de SMP-operator. De SMP-operator kan gevraagde snelheden en volumes van andere operatoren enkel weigeren op grond van technische redenen. Voordat de vraag van de alternatieve operator definitief wordt afgewezen, moeten deze technische redenen ter controle voorgelegd worden aan het Instituut;*

*de operatoren in staat stellen om het breedbandaanbod te factureren aan de eindgebruiker. Dit omvat de bijbehorende diensten, die direct of indirect gekoppeld zijn aan het breedbandaanbod dat de SMP-operator aan zijn retailklanten biedt (zoals de diensten voor onderhoud en installatie, ...);*

*De begunstigde operator van dat aanbod zal vrij zijn om de modem van zijn keuze te gebruiken, op voorwaarde dat de operator met een machtspositie geen technische redenen kan invoeren. Indien de begunstigde een eigen modem gebruikt zal aan de begunstigde een verminderd maandelijks toegangstarief aangerekend worden;*

*Een alternatieve operator mag het breedbandaanbod echter maar doorverkopen in het kader van een gebundeld aanbod, waarbij minstens digitale tv is inbegrepen. Derhalve zal een alternatieve operator enkel het aanbod voor van breedbandinternet van een SMP-operator kunnen doorverkopen indien hij ook gebruik maakt van het aanbod voor toegang tot het digitale platform bij diezelfde SMP-operator"<sup>27</sup>.*

45. De karakteristieken van deze dienst voor doorverkoop van breedbandtoegang worden beschreven in de respectieve referentieaanbiedingen van Telenet, Brut  l   en Tecteo<sup>28</sup>.
46. Als de kwestie van een - in dit geval parallelle - markt voor wholesalebreedbandtoegang op de kabel aan bod was gekomen bij de opstelling van de beslissing van 1 juli 2011, dan zou de CRC de doorverkoop van breedbanddiensten door de kabeloperatoren, zoals hierboven beschreven en de hypothetische bitstreamproducten op de kabel waarschijnlijk in dezelfde relevante productenmarkt hebben opgenomen.

---

<sup>27</sup> Beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad. Zie eveneens de gelijkaardige bepalingen in de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Nederlandse taalgebied (§§ 983-991); beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Franse taalgebied (§§ 1013-1021); beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Duitse taalgebied (§§ 821-829).

<sup>28</sup> Tot op heden heeft Coditel (Numericable) de toegangsverplichtingen die opgelegd zijn door de CRC-beslissing van 1 juli betreffende de analyse van de televisieomroepmarkt nog niet uitgevoerd omdat het nog geen verzoek om toegang tot zijn netwerk ontvangen heeft.

## 6.2.2 Geografische markt

47. Als de CRC de analyse had verricht dan is het waarschijnlijk dat ze aparte geografische markten per dekkingzone van elke kabeloperator had gedefinieerd. Want:

47.1. aan de vraagzijde zou het voor de koper van een wholesalebreedbandproduct op de kabel (bitstream of doorverkoop) niet mogelijk zijn geweest om dat product te kopen bij een kabeloperator die in een ander gebied gevestigd is dan dat waar de koper de dienst wil krijgen (namelijk waar zijn retailklant zich bevindt). De CRC zou immers rekening hebben gehouden met het feit dat hoewel de kabelnetten een groot deel van het Belgische grondgebied bestrijken, de dekkingzones van de verschillende kabeloperatoren elkaar niet of nauwelijks overlappen<sup>29</sup>.

47.2. aan de aanbodzijde, en zonder regulering van de kabel enkel voor internet, zou het voor een kabeloperator onmogelijk zijn geweest om een wholesalebreedbandproduct op de kabel (bitstream of doorverkoop) te verstrekken buiten zijn dekkingzone wegens de hoge kosten en lange termijnen die eigen zijn aan de uitrol van een toegangsinfrastructuur in een andere zone.

48. Dergelijke conclusie zou hebben gestrookt met de richtsnoeren van de Europese Commissie voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht dat het bestaan van een ketensubstitutie een geografische markt kan uitbreiden. In die richtsnoeren wordt gezegd:

*"Er is sprake van ketensubstitutie wanneer kan worden aangetoond dat, hoewel de producten A en C geen directe substituten zijn, product B toch een substituut is voor zowel product A als product C, en dat product A en C dus binnen dezelfde productmarkt kunnen vallen aangezien hun respectievelijke prijsstelling kan worden begrensd door de substitueerbaarheid van product B. Gezien het inherente risico dat de omvang van de relevante markt al te ruim wordt genomen, moeten bevindingen inzake het bestaan van ketensubstitutie-effecten grondig worden onderbouwd"*<sup>30</sup>.

49. In dit geval, bij gebrek aan concurrentie met een nationaal product dat in de plaats had kunnen komen van de doorverkoop van breedband op de kabel, was een fenomeen van ketensubstitutie niet denkbaar geweest.

---

<sup>29</sup> CRC-beslissing van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het tweetalige grondgebied van Brussel-Hoofdstad (§ 301); CRC-beslissing van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Nederlandse taalgebied (§ 298); CRC-beslissing van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Franse taalgebied (§ 296); CRC-beslissing van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Duitse taalgebied (§ 299).

<sup>30</sup> Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (2002/C 165/03), § 62.

- 49.1. Enerzijds was er geen kabeloperator die nationaal actief was, die een gemeenschappelijke druk had kunnen uitoefenen op de wholesaleprijzen van de overige kabeloperatoren.
- 49.2. Anderzijds zou het ontbreken van substitueerbaarheid met het bitstreamaanbod van Belgacom<sup>31</sup> elke daadwerkelijke druk daarvan op de prijzen van de wholesalebreedbandproducten (bitstream of doorverkoop) van de kabeloperatoren onmogelijk hebben gemaakt.

### 6.2.3 Driecriteriatest en marktanalyse

50. Gelet op de aarde van de motivering die door het hof wordt gevraagd, gaat de CRC in het kader van deze beslissing en enkel ten behoeve van deze analyse er van uit dat als ze in 2011 een notionele markt voor wholesalebreedbandtoegang op de kabel had gedefinieerd, deze zou hebben voldaan aan de driecriteriatest, wat nodig is opdat een markt in aanmerking kan komen voor *ex-antere* regulering. Op dezelfde manier gaat de CRC ervanuit dat de kabeloperatoren op deze notionele markt een aanmerkelijke marktmacht zouden hebben gehad.
51. Deze hypothesen lopen geenszins vooruit op de beoordeling die de regulator eventueel zal maken in het kader van een toekomstige analyse van een wholesalemarkt op de kabel.

### 6.2.4 Opleggen van correctiemaatregelen

52. Zoals vastgesteld door de CRC in haar beslissing van 1 juli 2011 en hierboven nogmaals gezegd (cf. § 39), is de levering van een aanbod voor toegang tot een binair debiet op het netwerk van een kabeloperator technisch mogelijk. Deze technische mogelijkheid betekent echter niet automatisch dat de levering van een bitstreamproduct dat qua functies gelijkwaardig is aan de aanbiedingen BROBA/WBA<sup>32</sup> zou zijn opgelegd aan de kabeloperatoren. Dan zou immers nog aangetoond moeten zijn dat het opleggen van een dergelijke verplichting het evenredigheidsbeginsel in acht nam.
53. Gelet op de flexibiliteit die wordt geboden door de doorverkoopproducten op de kabel (zie § 44 *supra*), zou de CRC in elk geval aan de kabeloperatoren zeker de verplichting hebben opgelegd om een vorm van toegang te verstrekken die technisch vergelijkbaar is met de doorverkoop die wordt opgelegd door de beslissing van 1 juli 2011 op de televisieomroepmarkten. De CRC zou waarschijnlijk in dat geval hebben geëist dat dit doorverkoopproduct de mogelijkheid moest bieden om apart verkochte internettoegangsdiensten op de markt te brengen (d.w.z. zonder daarom deel te moeten uitmaken van een *multiplay*-aanbod zoals het geval is bij de regulering van de retailmarkt voor televisieomroep).

---

<sup>31</sup> In haar beslissing van 1 juli 2011 heeft de CRC geconcludeerd dat de markt voor wholesalebreedbandtoegang de kabelnetten niet omvatte. Deze conclusie berustte op het gebrek aan substitueerbaarheid aan de vraagzijde (§§ 894-902) en aan de aanbodzijde (§§ 903-908), alsook op het gebrek aan voldoende indirecte druk (909-939).

<sup>32</sup> Maar toch niet substitueerbaar met deze aanbiedingen BROBA/WBA, om de redenen die ontwikkeld zijn in de CRC-beslissing van 1 juli 2011 (§§ 888 tot 939).

54. De CRC sluit echter niet uit dat rekening houdende met de technologische ontwikkelingen, bijvoorbeeld de uitrol van de technologie EuroDocsis 3.1, deze kwestie opnieuw kan worden bekeken in het kader van een toekomstige marktanalyse. De norm EuroDocsis 3.1 is gepubliceerd in 2013<sup>33</sup> en zou in de komende jaren door sommige Belgische kabeloperatoren kunnen worden gebruikt<sup>34</sup>.

#### 6.2.5 Potentiële impact op de regulering die aan Belgacom wordt opgelegd

55. Rekening houdende met wat voorafgaat, vindt de CRC dat als er in 2011 een analyse was gemaakt van een notionele markt voor wholesalebreedbandtoegang op de kabel, de kans bestaat dat op z'n minst een toegang tot een doorverkoopproduct van de internettoegangsdiensten zou zijn opgelegd aan de kabeloperatoren, los van de levering van een toegang tot hun platform voor digitale televisie.
56. Een dergelijke regulering van de kabel zou echter niet ertoe hebben geleid dat de regulering opgelegd aan Belgacom door de beslissing van 1 juli 2011 zou zijn gewijzigd, of ten minste verlicht:
- 56.1. Zoals ook opgemerkt is in het perspectief van een eventuele ontbundelde toegang tot de kabel (cf. §§ 37.1 en 37.2), zou de CRC rekening hebben gehouden met het geringe marktaandeel van de alternatieve operatoren, de zwakte van hun nettoaanwinsten, de termijn voor uitvoering van de doorverkoop van hogesnelheidsproducten op de kabel en de impact die er redelijkerwijs van kan worden verwacht op korte termijn.
- 56.2. Een verplichting opgelegd aan de kabeloperatoren om een doorverkoop aanbod te verstrekken voor hoge snelheid, los van de levering van een toegang tot hun platform voor digitale televisie zou een bijkomende impact hebben gehad die beperkt zou zijn tot de particuliere markt ten opzichte van de verplichting om een doorverkoop aanbod voor hoge snelheid te verstrekken als hulpdienst, wegens het toenemende belang van de gebundelde aanbiedingen op de retailmarkt die in het onderhavige geval gekenmerkt wordt. Het opleggen van een dergelijke verplichting had dus geen invloed kunnen hebben op de noodzaak om Belgacom te reguleren.
- 56.3. De CRC zou ook rekening hebben gehouden met het feit dat Belgacom in 2011 een groot marktaandeel in handen had (en nog steeds heeft) op de markt van de niet-particuliere klanten, met name dankzij zijn nationale netwerk en zijn betere dekking van de gebieden van economisch belang. Gelet op de beperktere dekking van de kabeloperatoren was het opleggen van toegangsverplichtingen aan de kabeloperatoren geen gepast antwoord op deze situatie geweest.

---

<sup>33</sup> CableLabs, DOCSIS 3.1: Where We Are Today, <http://www.cablelabs.com/docsis-3-1-where-we-are-today/>.

<sup>34</sup> Telecompaper, 29 augustus 2014, "Telenet plans EUR 500 mln investment in Docsis 3.1 upgrade". Het persbericht van Telenet dat op diezelfde dag is gepubliceerd maakt gewag van investeringen die worden gespreid tussen 2014 en 2019.

- 56.4. Het product verstrekt op de notionele markt zou niet hetzelfde niveau van flexibiliteit hebben geboden als een bitstream van het type BROBA/WBA en had dus niet kunnen tegemoetkomen aan de behoeften van sommige operatoren<sup>35</sup>, in het bijzonder zij die actief zijn op het gebied van professionele diensten (business), die op zoek gaan naar een wholesaleproduct dat een hoge flexibiliteit qua configuratie biedt.
57. Indien de hypothetische levering van een meer geavanceerd product, gelijkwaardig in termen van functies aan de aanbiedingen BROBA/WBA toch zou zijn opgelegd, dan had deze maatregel de CRC waarschijnlijk evenmin ertoe gebracht de regulering van Belgacom te verlichten, om dezelfde redenen als diegene die zijn voorgesteld in de voorgaande paragrafen.
58. Bijgevolg, als de CRC een notionele markt voor wholesalebreedbandtoegang op de kabel had geanalyseerd, zelfs had gereguleerd, zou de beoordeling van de noodzaak en van de evenredigheid om Belgacom een breedbandtoegang op te leggen, niet anders zijn geweest dan de analyse die gemaakt is in de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 (§§ 1051 tot 1274). Gelet op de concurrentiële tekortkomingen vastgesteld op de retailmarkt en de streefdoelen van de regulator was Belgacom immers onderworpen geweest aan dezelfde verplichtingen inzake toegang, non-discriminatie, transparantie, prijscontrole en operationele uitmuntendheid.

In die omstandigheden en om te antwoorden op de kritische opmerkingen van het hof van beroep, vindt de CRC dat noch de analyse van een notionele markt voor wholesalebreedbandtoegang op de kabel, noch in voorkomend geval de regulering van een dergelijke markt een invloed kon hebben op de verplichtingen die aan Belgacom werden opgelegd.

De motivering van de evenredigheid van de aan Belgacom opgelegde regulering op markt 5 door de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 moet dus worden gelezen in het licht van de overwegingen die in deze beslissing worden ontwikkeld.

## **7 VERDUIDELIJKING MET BETREKKING TOT DE REIKWIJDTE VAN MULTICAST**

59. Om de reikwijdte te verduidelijken, in casu beperkt tot de *multiplay*-aanbiedingen, van de verplichting tot toegang tot de *multicast* wordt de beslissing van 1 juli 2011 gewijzigd als volgt<sup>36</sup>:

*1105 Het BIPT verplicht Belgacom om [om] toegang te leveren tot een bitstreamproduct dat de multicastfunctionaliteiten omvat in te willigen (zie technische beschrijving in bijlage 3) gelijkwaardig aan deze die*

---

<sup>35</sup> Zie de beslissing van de CRC van 1 juli 2011, §§ 849 tot 856.

<sup>36</sup> De wijzigingen worden onderstreept en de schrappingen doorgehaald.



*Belgacom intern aan zijn dochterondernemingen of partners levert voor zijn retaildiensten waarin een hogesnelheidsinternettoegang en een teledistributiedienst worden gecombineerd (multiplayaanbod).*

- 1106 *De verplichting om toegang tot multicasting te verstrekken geldt enkel voor redelijke verzoeken, met als doel multiplayaanbiedingen op de markt te brengen. De SMP-operator mag weigeren om een verzoek om toegang in te willigen wanneer dat verzoek niet redelijk is, ook voor verzoeken die betrekking hebben op een dienst die is inbegrepen in het referentieaanbod. In geval van weigering dient de SMP-operator voldoende te rechtvaardigen waarom hij vindt dat de aanvraag onredelijk is. Indien nodig zal het BIPT de gegrondheid van de eventuele weigering nagaan, meer bepaald in het licht van de elementen opgesomd in artikel 61, § 2, van de wet van 13 juni 2005 en in zijn mededeling van 29 januari 2002 inzake de interconnectieverzoeken die buiten het bestek van een referentieaanbod vallen.*

(...)

- 1110 *Het BIPT beschouwt dat het gerechtvaardigd en evenredig is om Belgacom te verplichten de redelijke verzoeken om bitstreamtoegang met multicastfunctionaliteiten in te willigen om de concurrentie aan te zwengelen in het segment van de multiplayaanbiedingen die deel uitmaken van de retailmarkt voor internettoegang. Het BIPT verklaart zich nader hieronder.*

(...)

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

*van de concurrentie kunnen meespelen in het segment van de multiplayaanbiedingen dat deel uitmaakt van de breedbandmarkt zoals beschreven door het BIPT dat meer bepaald als kenmerk een stijgend belang van gebundelde aanbiedingen naar voren schuift waarmee de regulator voortaan rekening dient te houden.*

1113 *Uit de analyse van de retailmarkt in België blijkt inderdaad dat de vraag naar gebundelde aanbiedingen met snel internet en digitale tv blijft toenemen en dat de mogelijkheid om dergelijke gebundelde producten aan te bieden, aanzienlijke concurrentievoordelen inhoudt voor de operatoren<sup>376</sup>. Het BIPT meent bijgevolg dat een alternatieve operator die niet over de mogelijkheid beschikt om een breedbandaanbod uit te werken dat het uitzenden van inhoud omvat, aanzienlijke moeilijkheden zal ondervinden om zich op voldoende wijze te ontwikkelen op de breedbandmarkt en om het spel van de concurrentie te spelen op een markt zoals de Belgische. Toegang tot de multicastsfunctionaliteiten is in die zin erg belangrijk voor de ontwikkeling en het behoud van concurrentie op de Belgische breedbandmarkt.*

*Voor de goede orde preciseert het BIPT dat het opleggen van deze verplichting enkel gerechtvaardigd is ten opzichte van de multiplayaanbiedingen die ten minste een internettoegang en een teledistributiedienst omvatten. Deze specifieke verplichting is dus niet in de eerste plaats bedoeld om een concurrentieprobleem te verhelpen in verband met de internettoegangs-aanbiedingen die apart worden verkocht of de overige multiplayaanbiedingen (zonder tv) die deel uitmaken van de retailmarkt die in het kader van deze beslissing wordt gekenmerkt. Niettegenstaande, gelet op het toenemende succes van de multiplayaanbiedingen, zou de ontwikkeling van de concurrentie in dat specifieke segment een meeslepend effect moeten hebben op de dynamiek van de concurrentie op de gehele retailmarkt voor breedband, en op die manier bijdragen tot de garantie van de doeltreffendheid van de aan Belgacom op markt 5 opgelegde regulering van toegang.*

## 8 BESLISSING

60. Op 18 december 2014 is de CRC bijeengekomen en heeft zij het volgende beslist:

*Gelet op de Richtlijnen 2002/21/EG, 2002/19/EG en 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad;*

*Gelet op de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie;*

*Gelet op het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie;*

*Gelet op het ontwerpbesluit van de Raad van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) van 20 december 2010 betreffende de analyse van de breedbandmarkten;*

*Gelet op de openbare raadpleging die georganiseerd is van 20 december 2010 tot 18 februari 2011;*

*Gelet op het advies van de Raad voor de Mededinging van 21 februari 2011;*

*Gelet op de aanhangigmaking bij de CRC die aangevraagd is op 5 mei 2011 door de Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en de Beschlusskammer van de Medienrat der Deutschsprachigen Gemeinschaft (Medienrat);*

*Gelet op de opmerkingen van de Europese Commissie van 20 juni 2011;*

*Gelet op de wijzigingen die aangebracht zijn in de ontwerpbeslissing in het kader van de samenwerking onder de regulators;*

*Gelet op de beslissing van de CRC van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de breedbandmarkten opgenomen in annex 1 van het huidige besluit;*

*Gelet op het vernietigingsarrest dat uitgesproken is door het hof van beroep te Brussel op 3 december 2014;*

*De Conferentie van regulators voor de elektronische communicatiesector,*

*Na beraadslaging,*

*Beslist op basis van de juridische en feitelijke overwegingen die worden weergegeven in de analyse hierboven:*

- over te gaan tot de vernieuwing van de beslissing van 1 juli 2011 door middel van de aanvulling van de motivering, de wijzigingen en verduidelijkingen die ontwikkeld zijn in de hoofdstukken 6 en 7 van deze beslissing;
- de beslissing van 1 juli 2011 voor het overige volledig te hernemen;
- de toepassing van deze beslissing te laten terugwerken tot 1 augustus 2011.

## 9 INWERKINGTREDING

61. Deze beslissing treedt in werking de dag waarop ze op de website van het BIPT wordt gepubliceerd.

## 10 BEROEPSMOGELIJKHEDEN

62. Overeenkomstig artikel 5 van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische-communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, kan beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kort geding.

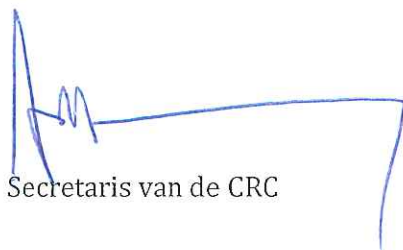
Het beroep wordt ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep van Brussel (Poelaertplein 1, B-1000 Brussel) binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van de beslissing aan alle partijen via aangetekende brief.

## 11 ONDERTEKENING

Gedaan te Brussel, op 18 december 2014.

Voor de Conferentie,

Axel DESMEDT  
Lid van de Raad van het BIPT



Secretaris van de CRC

Carlo ADAMS  
Ondervoorzitter van de VRM



Voorzitter van de CRC

**ANNEX 1 : BESLISSING VAN DE CONFERENTIE VAN REGULATOREN VOOR DE  
ELEKTRONISCHE COMMUNICATIESECTOR (CRC) VAN 1 JULI 2011 MET  
BETREKKING TOT DE ANALYSE VAN DE BREEDBANDMARKTEN**

[Publieke versie]

