# Hof van Beroep: Arrest van 4 September 2012 (Brussel). RG 2011/AR/2289

* Datum : 04-09-2012
* Taal : Nederlands
* Sectie : Rechtspraak
* Bron : Justel N-20120904-2
* Rolnummer : 2011/AR/2289

DEEL II
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 dekkingszone 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, Brutélé, 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 wholesalemarkten, 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 toevalt.
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 aantoont 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 gemeenschapsregulatoren 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 tussenkomende partijen.
a) Tecteo, AIESH, Brutélé en Numéricable.
55. Deze tussenkomende 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 misbruikleer 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 omroepprijzen 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 doorverkoopaanbod 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 analoog 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 doorverkoopaanbod 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 wholesalemarkt 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 wholesalemarkt (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 regelgevingskader 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 regelgevingskader 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-communicatienetwerkendoor 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 geviseerd 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 geoefend 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 verwikkeld 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 twijfelen 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.
EINDE DEEL II