

RAAD VOOR DE MEDEDINGING

Auditoraat

Beslissing nr. 2010-V/M-39-AUD van 27 september 2010

Zaak MEDE-V/M-10/0019 : [...] / Norkring België N.V.

I. Procedure

1. Op 7 juni 2010 hebben [...], [...],[...],[...], [...],[...],[...] en [...] bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging op grond van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, een klacht ingediend tegen Norkring België N.V. en tegen Telenet N.V. De klacht werd geregistreerd onder nummer MEDE-P/K-10/0013.

2. In navolging van de ingediende klacht hebben de hoger vermelde klagers op 19 augustus 2010 bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging op grond van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, een verzoek om voorlopige maatregelen ingediend verband houdende met de klacht ingediend tegen Norkring België N.V. en Telenet N.V. Het verzoek om voorlopige maatregelen werd geregistreerd onder nummer MEDE-V/M-10/0019.

II. Partijen

2.1. De verzoekers

Volgende natuurlijke personen, hierna verkort geciteerd als de verzoekers, hebben het verzoek om voorlopige maatregelen ingediend:

[...]	[...]
[...]	[...]
[...]	[...]
[...]	[...]

2.2. De verweerders

3. Het verzoek om voorlopige maatregelen is gericht tegen volgende ondernemingen, hierna verkort geciteerd als de verweerders:

Norkring België N.V.
Jules Bordetlaan 160
1140 Evere

Telenet N.V.
Liersesteenweg 4
2800 Mechelen

III. De feiten

4. In België kan de consument, volgens de klacht, televisie-uitzendingen ontvangen via de kabel, via IP-TV en via satellietontvangers. Volgens de verzoekers heeft de Vlaamse regering zich voorgenomen om aan deze ontvangstmogelijkheden ook ontvangst via de ether toe te voegen, het zogenaamde Digital Video Broadcasting – Terrestrial, hierna DVB-T. De

Vlaamse regering heeft daartoe een akkoord gesloten met Norkring België N.V., hierna Norkring.

5. Volgens de klacht zouden er twee technische aspecten van belang zijn voor de beoordeling van de aangeklaagde vermeende restrictieve mededingingspraktijk. Een eerste technisch aspect betreft het beperkte aantal frequenties. Er zouden slechts een viertal frequenties beschikbaar zijn. Op elke frequentie kan een bundel van 5 tot 6 kanalen, een zogenaamde multiplex, uitgezonden worden. Eén van deze multiplexen is voorbehouden voor de Vlaamse Radio en Televisie, hierna V.R.T. Een tweede multiplex zou gereserveerd worden voor televisie op GSM, het zogenaamde DVB-H. Hierdoor zijn er maar twee multiplexen beschikbaar voor verhuur aan derden.

6. Een tweede relevant technisch aspect heeft volgens de klacht betrekking op de decoders. De onderneming of ondernemingen die de multiplexen zullen huren met het oog op de exploitatie, zullen hun dienstverlening commercialiseren via abonnementen. Dit impliceert dat hun klanten een zogenaamde 'smartcard' zullen krijgen die zij in een decoder moeten plaatsten. Nieuwe televisietoestellen hebben volgens de verzoekers een ingebouwde decoder met één gleuf. Voor de consumenten wordt het hierdoor moeilijk en onaantrekkelijk om klant te zijn bij meerdere aanbieders van televisie via de ether.

7. De verzoekers uiten in de klacht hun vermoeden dat Telenet N.V., hierna Telenet, één van de twee resterende multiplexen gehuurd heeft. Door het huren van één multiplex zou Telenet willen verhinderen dat een andere onderneming op rendabele wijze een leefbaar alternatief op de markt zou kunnen brengen voor de analoge of digitale televisie die Telenet momenteel op de markt aanbiedt. Het huren van één multiplex zal volgens de verzoekers waarschijnlijk niet rendabel zijn. Hierdoor zou Telenet potentiële concurrentie voor haar eigen aanbod van digitale en analoge televisie uitschakelen.

IV. In rechte

4.1. Ontvankelijkheid

8. Vooraleer in te gaan op de voorwaarden voor het opleggen van voorlopige maatregelen, moet stil gestaan worden bij de vraag of voorlopige maatregelen gevraagd kunnen worden door consumenten. Artikel 62, §2 W.B.E.M. stelt dat verzoeken om voorlopige maatregelen ingediend kunnen worden door de klager, de minister die de Economie onder zijn bevoegdheid heeft (artikel 62, §2 W.B.E.M. *iuncto* artikel 1, 3° W.B.E.M.) of de minister bevoegd voor de betrokken sector. Deze bepaling specificeert niet wie met het begrip klager bedoeld wordt. Voor de invulling van dit begrip moet men eerst en vooral terugrijpen naar het Koninklijk Besluit van 31 oktober 2006 betreffende het indienen van klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 44, § 1, 2° en 3° van de wet tot bescherming van economische mededinging gecoördineerd op 15 september 2006 (B.S. 22 november 2006, 2e ed., p. 64624 e.v.), hierna het Koninklijk Besluit van 31 oktober 2006. Artikel 5, §2 van voormeld Koninklijk Besluit van 31 oktober 2006 stelt dat de verzoeken om voorlopige maatregelen duidelijk moeten aangeven in welke mate het dringend is om een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de onderneming waarvan de belangen aangetast worden. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat enkel ondernemingen verzoeken om voorlopige maatregelen zouden kunnen indienen. Artikel 5, §1 van het Koninklijk Besluit van 31 oktober 2006 verklaart echter de bepalingen van de artikelen 2, §2 tot 4 van het Koninklijk Besluit van 31 oktober 2006 van toepassing op de verzoeken om voorlopige maatregelen bedoeld bij artikel 62 W.B.E.M. Deze bepalingen handelen over het indienen van klachten en verzoeken door zowel natuurlijke als rechtspersonen. Bovendien moet ook rekening gehouden worden met de algemene bepaling uit artikel 44, §1, 2° W.B.E.M. met betrekking tot de onderzoeksprocedure. Volgens dit artikel kunnen klachten ingediend worden door zowel natuurlijke als rechtspersonen. Uit artikel 62, §2 W.B.E.M. *iuncto* artikel 44, §1, 2° W.B.E.M. volgt dat het niet uitgesloten is

dat consumenten verzoeken om voorlopige maatregelen zouden indienen bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging. Het is immers niet ondenkbaar dat een consument kan aantonen dat hij belang heeft bij een door hem ingediende klacht door het bewijs te leveren dat de beweerde mededingingspraktijk hem nadeel berokkent of kan berokkenen (Voorz. RvM, 20 december 2002, beslissing nr. 2002-V/M-91, *Driem. Tijdschr. R.M.*).

9. Een verzoek om voorlopige maatregelen kan ontvankelijk en gegrond verklaard worden indien aan drie wettelijk omschreven voorwaarden voldaan is, met name het bestaan van een klacht ten gronde, een prima facie inbreuk en een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor de verzoeker of schade aan het algemeen economisch belang dat dringend vermeden moet worden (artikel 62, §1 W.B.E.M.). Deze voorwaarden moeten cumulatief vervuld zijn (Voorz. RvM 25 maart 2004, beslissing nr. 2004-V/M-30, *Driem. Tijdschr. RM* 2004/01, 168 en Voorz. RvM 15 februari 2005, beslissing nr. 2005-V/M-05, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/01, 15; Auditoraat 5 oktober 2007, beslissing nr. 2007-V/M-25-AUD, www.mededinging.be).

10. De eerste voorwaarde betreft het bestaan van een klacht te gronde en daaraan gekoppeld het dadelijke en rechtstreekse belang van de klager bij de klacht. Het belang bij het verzoek om voorlopige maatregelen betreft de ontvankelijkheid van het verzoek en moet beoordeeld worden voorafgaandelijk aan de grond van het verzoek (Brussel 29 september 2004, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2004*, H. DE BAUW (ed.), Mechelen, Kluwer, 2005, 940; Voorz. RvM 14 april 2009, beslissing nr. 2009-V/M-05, www.mededinging.be). De overige voorwaarden hebben betrekking op de gegrondheid van het verzoek en hoeven dan ook pas in tweede instantie onderzocht te worden, met name nadat vastgesteld is dat het verzoek om voorlopige maatregelen ontvankelijk is.

11. Het onderzoek van het vereiste belang bij een verzoek om voorlopige maatregelen heeft een beperkte draagwijdte. De Auditeur in geval van seponering (artikel 62, §3 W.B.E.M.) en de Voorzitter van de Raad in geval van beoordeling van het verslag van de Auditeur (artikel 62, §5 en §6 W.B.E.M. *inuncto* artikel 48 W.B.E.M.) moeten er immers voor waken niet in de beoordeling te treden van de klacht te gronde en het belang van de verzoekers bij deze klacht (Voorz. RvM 14 april 2009, beslissing nr. 2009-V/M-05, www.mededinging.be). De beoordeling hiervan komt alleen toe aan het Auditoraat in geval van seponering van de klacht of aan de kamer van de Raad die uitspraak doet ten gronde over de klacht (Voorz. RvM 18 juli 2005, beslissing nr. 2005-V/M-36, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/03, 9; Voorz. RvM 18 juli 2005, beslissing nr. 2005-V/M-37, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/03, 14).

12. De beoordeling van het belang bij een verzoek om voorlopige maatregelen dient bij gevolg beperkt te blijven tot het onderzoek naar het verband tussen wat wordt gevorderd als voorlopige maatregelen en de beweerde restrictieve mededingingspraktijk (Voorz. RvM 14 april 2009, beslissing nr. 2009-V/M-05, www.mededinging.be).

13. Hoger werd al ingegaan op de vermeende restrictieve mededingingspraktijk (*conferatur* nr. 7). De verzoekers uiten in de klacht het vermoeden dat Telenet, één van de twee resterende multiplexen voor televisie-uitzendingen via de ether gehoord heeft. Telenet zou dit doen met de intentie om te verhinderen dat een andere concurrerende onderneming een leefbaar alternatief zou ontwikkelen voor digitale en analoge televisie, producten die al door Telenet op de markt worden aangeboden.

14. Het verzoek om voorlopige maatregelen van verzoekers strekt ertoe:

- Telenet en Norkring te verbieden hun uitzendingen via DVB-T te starten voor de uitspraak te gronde over de klacht;
- Telenet en Norkring te verbieden reclame te maken en klanten te zoeken voor hun uitzendingen via DVB-T tot de uitspraak te gronde over de klacht.

15. De vermeende restrictieve mededingingspraktijk bestaat, zoals hoger al uiteengezet (*conferatur* nr. 7 en nr. 13), uit het onmogelijk maken van de ontwikkeling van een volwaardig concurrentieel alternatief voor de analoge en digitale televisie aangeboden door Telenet (marktafsluiting). De gevraagde voorlopige maatregelen strekken ertoe de uitvoering van de overeenkomsten tussen Telenet en Norkring met betrekking tot DVB-T op te schorten tot de uitspraak te gronde over de klacht. De maatregelen die gevraagd worden door de verzoekers staan bij gevolg in verband met de beweerde restrictieve mededingingspraktijk.

16. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekers in onderhavige zaak doen blijken van belang bij hun verzoek om voorlopige maatregelen.

4.2. Te gronde

17. Voorlopige maatregelen kunnen maar worden opgelegd wanneer er, onder meer, vastgesteld kan worden dat er op het eerste gezicht sprake is van een mededingingsrechtelijke inbreuk. Het is hierbij niet vereist dat de inbreuk met voldoende zekerheid of waarschijnlijkheid vaststaat (Brussel 18 december 2007, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2007*, H. DE BAUW (ed.), Mechelen, Kluwer, 2008, 1029; Voorz. RvM 1 september 2006, beslissing nr. 2006-V/M-13, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/3, 22-39, B.S. 11 december 2006, 68891-68899; Voorz. RvM 13 juni 2002, beslissing nr. 2002-V/M-43, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/02, 66). Het volstaat dat aangetoond wordt dat er een risico bestaat dat de mededinging beperkt wordt (Brussel 18 december 2007, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2007*, H. DE BAUW (ed.), Mechelen, Kluwer, 2008, 1030).

18. Alleen wanneer het kennelijk onredelijk zou zijn de feiten als een inbreuk op het mededingingsrecht te beschouwen, dient een verzoek om voorlopige maatregelen afgewezen te worden (Voorz. RvM 1 september 2006, beslissing nr. 2006-V/M-13, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/3, 34). Het valt niet uit te sluiten dat *in casu* de door de verzoekers in hun klacht en in hun verzoek om voorlopige maatregelen aangehaalde feiten, na een onderzoek te gronde, als een restrictieve mededingingspraktijk gekwalificeerd kunnen worden. Er moet dan ook van uitgegaan worden dat de voorwaarde met betrekking tot het bestaan van een *prima facie* inbreuk vervuld is.

19. Nu het bestaan van een *prima facie* inbreuk vastgesteld is, dient nagegaan te worden of voorlopige maatregelen zich opdringen om te verhinderen dat de verzoeker een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel lijdt of kan lijden ten gevolge van de vermeende restrictieve mededingingspraktijk.

20. *In casu* vragen de verzoekers de voorlopige maatregelen onder meer om verliezen door verweerders te vermijden. Zou de Raad in de procedure te gronde oordelen dat er effectief sprake is van een restrictieve mededingingspraktijk, dan zou dit voor verweerders het verlies impliceren van de investeringen die zij gedaan hebben met het oog op de uitzendingen via de ether. Het nadeel in een procedure tot het opleggen van voorlopige maatregelen moet echter beoordeeld worden in hoofde van de verzoekers dan wel in hoofde van het algemeen economisch belang (*conferatur* artikel 62, §1 W.B.E.M. en artikel 5, §2 van het Koninklijk Besluit van 31 oktober 2006). Het door verzoekers aangehaalde nadeel zou niet door henzelf maar door de verweerders geleden worden. Het ingeroepen nadeel dient om deze reden dan ook te worden afgewezen.

21. Verzoekers verwijzen in hun verzoek om voorlopige maatregelen eveneens naar de schade die consumenten zullen leiden ten gevolge van de vermeende restrictieve mededingingspraktijken. Zij werpen hierbij niet op zelf persoonlijke schade te lijden of te zullen lijden. Er moet echter worden aangenomen dat een toestand die nadelig is voor de belangen van de consumenten in het algemeen, van aard is om het algemeen economisch belang te schaden (Voorz. RvM 20 december 2002, beslissing nr. 2002-V/M-91, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/04, 160; Voorz. RvM 18 juli 2005, beslissing nr. 2005-V/M-36, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/03, 11). Nu is vastgesteld dat het algemeen economisch belang kan geschaad worden door de vermeende restrictieve mededingingspraktijken, dient te worden

onderzocht in hoeverre de schade aan het algemeen economisch belang, in casu de consumenten in het algemeen, een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar karakter heeft. Deze drie vereisten dienen cumulatief vervuld te zijn (Voorz. RvM 30 augustus 2000, beslissing nr. 2000-V/M-27, in Raad voor de Mededinging, *Verslag van de Raad voor de Mededinging – Werkingsjaar 2000 – Bijlage 1*, 122; Voorz. RvM 10 januari 2001, beslissing nr. 2001-V/M-02, in Raad voor de Mededinging, *Jaarverslag 2001 – Bijlagen*, 104; Voorz. RvM 24 december 2002, beslissing nr. 2002-V/M-95, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/04, 182).

22. *In casu* is niet aangetoond dat de schade die de vermeende restrictieve mededingingspraktijk met zich zou meebrengen voor het algemeen economisch belang, onherstelbaar is. Er is eerst en vooral niet aangetoond dat de mededingingsvoorwaarden door de vermeende restrictieve mededingingspraktijk onherstelbaar verstoord worden of kunnen worden. Op dit punt spreken de verzoekers zichzelf ten andere tegen. Zij stellen enerzijds dat het aanbieden van DVB-T via één multiplex geen valabel alternatief vormt voor de bestaande televisiedistributiekkanalen. Anderzijds stellen zij dat een flink aantal nieuwe abonnees voor DVB-T van Telenet afkomstig zal zijn van TV-Vlaanderen. Bovendien dient vastgesteld te worden dat de consumenten waarnaar de verzoekers verwijzen, blijkens de klacht, een eerder beperkte groep vormen. De doelgroep van DVB-T bestaat volgens de verzoekers immers in de eerste plaats uit enerzijds de naar schatting 0,2% van de woningen die niet aansluitbaar zijn op de kabel en anderzijds consumenten die geabonneerd zijn op TV-Vlaanderen. Ongeacht de grootte van de doelgroep van DVB-T, kan de schade die deze consumenten zouden lijden maximaal bestaan uit de aanschaffingskosten en installatiekosten van de decoder en de antenne voor het ontvangen van DVB-T en de eventuele omschakelingskosten. Mocht de Raad in de procedure te gronde oordelen dat er effectief sprake is van een restrictieve mededingingspraktijk, dan is het bijzonder onwaarschijnlijk dat bedrijven van de omvang van verweerders niet in staat zullen zijn om de door de consumenten gemaakte kosten terug te betalen.

23. Nu vaststaat dat de schade aan het algemeen economisch belang niet onherstelbaar is, dient niet meer onderzocht te worden in hoeverre de schade ernstig en onmiddellijk zou zijn.

4.3. Conclusie

24. In de mate dat het verzoek om voorlopige maatregelen van verzoekers niet gegrond is, dient de het verzoek te worden afgewezen.

V. Seponering

25. Het Auditoraat seponeert conform het artikel 62, §3 W.B.E.M. een verzoek om voorlopige maatregelen wegens niet ontvankelijk of niet gegrond.

Om deze redenen,

De Auditeur,

Uitspraak doende overeenkomstig artikel 62, § 3 W.B.E.M.,

- Verklaart het verzoek om voorlopige maatregelen van [...],[...],[...],[...],[...],[...],[...] en [...] ontvankelijk doch ongegrond,
- Seponeert om die reden het verzoek om voorlopige maatregelen.

Publieke versie

Aldus beslist en uitgesproken voor het Auditoraat door Karel Marchand, Adjunct-auditeur, te Brussel, op 27 september 2010.

De Adjunct-auditeur

Karel MARCHAND