

Publieke versie

Het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit

Beslissing BMA-2020-V/M-12 van 4 maart 2020 in antwoord op het Verzoek van de auditeur betreffende de Vraag om interpretatie van Telenet Group NV en Telenet BVBA¹ overeenkomstig punt 3 van het dispositief van de Beslissing van het Mededingingscollege nr. BMA-2019-V/M-36 van 8 januari 2020

Zaak nr. MEDE-V/M-19/0036

I. Procedure

1. Op 8 januari 2020 heeft het Mededingingscollege een beslissing genomen waarbij voorlopige maatregelen werden opgelegd in de Zaak nr. MEDE-V/M-19/0036 (verder “de Beslissing”).
2. De Beslissing bepaalt het volgende:

“OM DEZE REDENEN

1. *Beslist het Mededingingscollege bij toepassing van artikel IV.71, §1 WER dat het verzoek om voorlopige maatregelen van de Telenet Group NV en Telenet BVBA (hierna de Verzoekster) jegens Proximus NV en Orange Belgium NV (hierna samen de Verweersters) ontvankelijk is en in de hierna volgende mate gegrond.*
2. *Legt het Mededingingscollege de Verweersters op de uitvoering van de op 22 november 2019 tussen hen gesloten Shareholders Agreement en RAN Sharing Agreement op te schorten met ingang van de datum van ontvangst van deze beslissing en tot 16 maart 2020. Deze schorsing dient met name de overgang van personeel te betreffen. Zij staat niet in de weg van een uitsturen van RFPs voor de verwerving van netwerkapparatuur en de selectie van desgevallend te transfereren personeelsleden in zoverre dit nog niet leidt tot het sluiten van bindende overeenkomsten. Zij belet de partijen ook niet om de periode van 6 maanden in te korten die bepaalt is in artikel 7.1.3 van het RAN Sharing Agreement. De Verweersters dienen ten laatste op 9 maart 2020 het College en de auditeur te rapporteren over de tijdens de schorsing met het BIPT gevoerde besprekingen en over het standpunt van het BIPT dienaangaande.*
3. *Beslist het Mededingingscollege dat:*

¹ Hierna ‘Telenet’ of ‘Verzoekster’.

- a. *Indien betwisting ontstaat over de interpretatie, uitvoerbaarheid of het respecteren van de voorlopige maatregel bedoeld onder (2) in dit dispositief, de Verweersters, Verzoekster en VOO zich tot de auditeur-generaal kunnen wenden. Zij dienen de andere partijen hierover zonder verwijl in te lichten. De auditeur-generaal of een door haar aangestelde auditeur zijn bevoegd om de maatregel te interpreteren en op het respecteren er van toe te zien bij toepassing van artikel IV.26, §3, 7° WER.*
- b. *Indien de interpretatie of een beslissing van de auditeur-generaal of de door haar aangestelde auditeur betwist wordt, de partijen of de auditeur-generaal of de door haar aangestelde auditeur de voorzitter kunnen vragen om een maatregel of beslissing te interpreteren, te herzien of in te trekken.*
- c. *Indien de Verzoekster, VOO of de auditeur-generaal oordelen dat een onder (2) in dit dispositief opgelegde maatregel niet naar behoren wordt uitgevoerd, zij de voorzitter kunnen*
- d. *vatten met de vraag om een dwangsom op te leggen.*
- e. *Indien de voorzitter gevat wordt, dat verzoek door de verzoekende partij onverwijld door het Secretariaat meegedeeld moet worden aan de andere partijen in die procedure. Zij moeten over een termijn van vijf werkdagen beschikken om dit verzoek te antwoorden. De voorzitter vat het College dat zal beslissen op de stukken tenzij de voorzitter een zitting organiseert.*

3. Op 17 februari 2020 hebben de raadslieden van Telenet Group NV en Telenet BVBA (verder "Telenet") een Vraag om interpretatie overgemaakt aan de auditeur-generaal "de interpretatie en de tenuitvoerlegging van in de in punt 2 van [de] Beslissing bevolen voorlopige maatregelen". Overeenkomstig de procedure voorzien in punt 3.a van de Beslissing werden het BIPT en de raadslieden van Proximus, Orange Belgium en VOO ingelicht over deze Vraag tot interpretatie.

4. De auditeur aangesteld door de auditeur-generaal heeft op 21 februari 2020 de voorzitter gevat om de Beslissing te interpreteren in het licht van de Vraag om interpretatie gesteld door Telenet, overeenkomstig punt 3.b van de Beslissing.

5. Op 24 februari 2020 legden de raadslieden van Orange en Proximus gemeenschappelijke schriftelijke opmerkingen neer.

6. Gelet op de vragen en antwoorden van partijen heeft de voorzitter beslist geen hoorzitting te organiseren.

II. De vragen om interpretatie

7. Telenet legde op 17 februari de volgende vragen voor aan de auditeur-generaal:

"Met dit schrijven wensen wij U, conform de procedure voorzien in punt 3.a van het dispositief van beslissing BMA-2019-V/M-36 van 8 januari 2020 (de "Beslissing"), enkele vragen betreffende de interpretatie en de tenuitvoerlegging van de in punt 2 van die Beslissing bevolen voorlopige maatregelen voor te leggen. Het betreft meer bepaald de hierna volgende vragen:

1. *Punt 2 van het dispositief van de Beslissing bepaalt dat de verweersters ten laatste op 9 maart 2020 aan het College en de auditeur dienen te rapporteren over de tijdens de schorsing met het BIPT gevoerde besprekingen en over het standpunt van het BIPT dienaangaande.*

Vraag: *Kan U bevestigen dat een niet-vertrouwelijke versie van dit rapport met Verzoeksters zal worden gedeeld door het Auditoraat en/of het College?*

Toelichting: *Wij menen dat het onontbeerlijk is dat een niet-vertrouwelijke versie van het rapport met verzoeksters en eventuele andere belanghebbende partijen wordt gedeeld om het tegensprekelijk karakter van de procedure te garanderen en verzoeksters toe te laten om bij te dragen aan een volledige en evenwichtige informatie van het Auditoraat en het College.*

2. *De voorlopige maatregel strekt er luidens randnummer 98 van de Beslissing o.a. toe het risico van onomkeerbare of slechts moeilijk omkeerbare gevolgen weg te nemen die het nuttig effect zouden bedreigen van een eventuele beslissing ten gronde waarin een inbreuk op artikelen IV.1.WER en 101 VWEU zou worden vastgesteld (zie randnummer 98 van de Beslissing). Wij begrijpen dat het rapport dat verweersters aan het College en de Auditeur moeten bezorgen mee in het licht hiervan moet worden beoordeeld.*

Vragen:

- *Welke procedure zal het College volgen om het resultaat van de besprekingen tussen verweersters en het BIPT te beoordelen in het licht van deze doelstelling?*
- *Zal het College daartoe een hoorzitting houden?*
- *Zal het College het BIPT uitnodigen om schriftelijk en/of mondeling een standpunt in te nemen over het verslag van de verweersters en de positie van het BIPT?*
- *Hoe zullen verzoeksters de kans krijgen om hun standpunt over het rapport van verweersters aan het Auditoraat en het College mee te delen?*
- *Zal het College, indien de evaluatie van het rapport van verweersters gunstig is, een bijkomende beslissing nemen om akte te nemen van de wijzigingen en verbeteringen en dus, per hypothese, van de niet-verlenging van de voorlopige maatregelen?*
- *Welke procedure zal worden gevolgd indien de evaluatie van het rapport van verweersters ongunstig is?*

Toelichting: *Wij begrijpen dat de Beslissing heeft geoordeeld dat het niet proportioneel was om meteen een langdurige schorsing te bevelen doch eerder heeft geopteerd voor een tijdelijke schorsing gevolgd door een evaluatiemoment. Dit laat verweersters toe om in samenspraak met het BIPT verder te werken aan het wegwerken van de prima facie bezorgdheden van het College evenals eventueel verder vastgestelde bezwaren en/of van het risico van onomkeerbare of moeilijk omkeerbare gevolgen vooraleer de beslissing ten gronde wordt genomen. Het evaluatiemoment strekt er dan toe om vast te stellen of er nieuwe vastgestelde bezwaren zijn en of deze bezorgdheden en/of risico's voldoende zijn weggewerkt. In die zin lijkt het ons*

onontbeerlijk dat de evaluatie door het College ook een concrete procedurele vorm aanneemt, die toelaat om het tegensprekelijk karakter van de procedure te respecteren en een volledige en objectieve informatie van de BMA verzekert. Tevens moet deze procedure de mogelijkheid bieden om eventueel nieuwe vastgestelde bezwaren te beoordelen, akte te nemen van de eventuele wijzigingen of verbeteringen en/of om de voorlopige maatregelen procedure verder te zetten mocht blijken dat de evaluatie ongunstig is.

3. **Vraag:** *Kan U bevestigen dat de vrees van onomkeerbare of moeilijk omkeerbare gevolgen inzake het samenbrengen van de infrastructuur van verweersters waarvan sprake in randnummer 98 van de Beslissing o.a. betrekking heeft op de hypothese dat in de beslissing ten gronde zou worden geoordeeld dat de samenwerking tussen verweersters moet worden onderworpen aan geografische beperkingen?*

Toelichting: *Uit de samenlezing van randnummers 81-83 en 98 van de Beslissing blijkt o.a. duidelijk dat de vrees van onomkeerbare of moeilijk omkeerbare gevolgen inzake het samenbrengen van de infrastructuur van verweersters o.a. betrekking heeft op de hypothese dat in de beslissing ten gronde zou worden geoordeeld dat de samenwerking tussen verweersters een inbreuk uitmaakt omdat zij niet onderworpen is aan geografische beperkingen. Hoewel de Beslissing dit punt niet uitdrukkelijk behandelt wijst Telenet erop dat ook bij een samenwerking die technologisch te ruim zou zijn, hetzelfde risico bestaat.”*

III. De opmerkingen van partijen

8. Het College heeft kennis genomen van de gemeenschappelijke schriftelijke opmerkingen van Orange en Proximus die beklemtonen dat de mogelijkheid om interpretatie te vragen voorzien in punt 3.a van het dispositief alleen de interpretatie, uitvoerbaarheid of het respecteren betreft van de voorlopige maatregel bedoeld in punt 2 van het dispositief. Zij stellen dat de beslissing van het College geen algemene uitleggingsbevoegdheid verleent aan de auditeur-generaal of het Auditoraat betreffende de inhoud van de beslissing of betreffende de procedure inzake voorlopige maatregelen.

IV. Het antwoord van het Mededingingscollege

IV.1 De eerste vraag van Verzoekster betreffende ontvangen van een niet vertrouwelijke versie van het rapport van Verweersters

9. Het College heeft de opgelegde maatregel in zijn beslissing van 8 januari 2020 onder randnummers 109 en 110 gemotiveerd als volgt:

“(109) Het College oordeelt daarentegen dat het, gelet op het geheel van de omstandigheden en gelet op wat het stelde over de urgentie, proportioneel en aangewezen is om aan de JV partners op te leggen om de uitvoering van de overeenkomst te schorsen gedurende een periode van ongeveer 2 maanden zoals het BIPT suggereerde tijdens de zitting van 28 november 2019. Dit laat het BIPT toe om de gewijzigde overeenkomsten verder te bestuderen, na te gaan of de ontvangen toezeggingen en toelichtingen een voldoende weerslag vinden in

bindende overeenkomsten, met de Verweersters overleg te plegen over eventueel verder vast gestelde bezwaren, en om, zo daar niet aan tegemoet gekomen is door de Verweersters, er de auditeur-generaal over te informeren. De auditeur-generaal kan dan beslissen om desgevallend met Verweersters over verbintenissen overleg te plegen of om bij toepassing van artikel IV.72, §1 WER zelf ten gepaste tijde om voorlopige maatregelen te verzoeken. De Verweersters dienen daartoe ten laatste op 9 maart 2020 het College en de auditeur te rapporteren over de tijdens de schorsing met het BIPT gevoerde besprekingen en over het standpunt van het BIPT dienaangaande. Deze schorsing dient met name de overgang van personeel te betreffen. (...).

(110) (...) Door het BIPT de mogelijkheid te geven eventuele bezwaren mee te delen aan de auditeur-generaal en haar toe te laten desgevallend passende stappen te zetten voordat de JV al is uitgebouwd met het daarvoor voorziene personeel en andere middelen, worden alle belanghebbenden beschermd zonder vertrouwelijke informatie met de markt (dit wil zeggen met concurrenten van Verweersters) te moeten delen."

10. Uit deze beslissing volgt niet dat het rapport dat het College dient te ontvangen, gedeeld wordt met Verzoekster of andere partijen. De beslissing beoogt alleen om de auditeur-generaal toe te laten te oordelen over eventuele verdere stappen. Het staat haar vrij om het rapport of een niet-vertrouwelijke versie er van met Verzoekster te delen indien zij dat wenselijk acht, of indien een procedure die zou zij overwegen, of een gebruik dat zij er van wenst te maken dat vereist.

11. Het staat uiteraard ook het BIPT vrij om in overeenstemming met de eigen regels Verzoekster te informeren over besprekingen met Verweersters.

IV.2 De vragen van Verzoekster betreffende het vermijden van moeilijk omkeerbare gevolgen

12. Het College heeft de vereiste hoogdringendheid van een voorlopige maatregel in zijn beslissing van 8 januari 2020 onder randnummers 99 tot 102 gemotiveerd als volgt:

(99) Het College stelt vast dat de SHA en RSA al werden gesloten [Vertrouwelijk] Het College heeft geen aanwijzingen dat de door Verzoekster vermelde en door Verweersters niet betwiste handelingen van Verweersters om de werking van de JV voor te bereiden al een onomkeerbare impact op de markt zouden hebben. Het is ook nog niet geweten wanneer de spectrumveiling plaats zal hebben.

(100) Het College stelt echter vast dat het BIPT slechts enkele dagen heeft gehad om de gewijzigde overeenkomsten te bestuderen en dat verder overleg met de JV partners over eventuele aanpassingen van deze overeenkomsten aan mogelijke bezwaren van het BIPT niet uitgesloten, en naar het oordeel van het College zelfs wenselijk, is.

(101) Het College stelt ook vast dat vermits de SHA en RSA gesloten zijn, het kader voor het uitrollen van de samenwerking al operationeel kan zijn. De overeenkomsten voorzien thans dat de overgang van personeel [Vertrouwelijk]. Het College acht het, ook indien een overgang van personeel juridisch omkeerbaar kan zijn, in het belang van de betrokken werknemers en de toekomstige werking van de JV dat deze overgang niet gebeurt vooraleer het BIPT de gewijzigde overeenkomsten verder heeft kunnen bestuderen.

(102) Het College oordeelt dat het gelet op zijn conclusie over de prima facie voorwaarde dringend is in de zin van artikel IV.71, §1 WER dat voor een verder uitbouwen van de JV toezeggingen van Verweersters aan het BIPT hun neerslag vinden in een bindende overeenkomst, of ten minste aan het BIPT de gelegenheid wordt gegeven om de overeenkomsten mede op deze punten nader te onderzoeken, respectievelijk dat het Auditoraat met kennis van de aangepaste overeenkomsten kan oordelen of het al in dit stadium nadere stappen wenst te zetten of daar jegens de Verweersters op wenst aan te dringen.

13. Het College achtte het met andere woorden alleen dringend om een maatregel op te leggen om: (i) het BIPT tijd te geven om de overeenkomsten verder te onderzoeken en desgevallend overleg te plegen over aanpassingen; (ii) om de overgang van personeel te schorsen tot het BIPT dat verdere onderzoek kon afronden; en (iii) het Auditoraat de gelegenheid te geven om met kennis van de aangepaste overeenkomsten en het standpunt van het BIPT te oordelen of het verdere stappen in het huidige stadium wenselijk acht. Het stelde uitdrukkelijk dat het niet over aanwijzingen beschikte om te oordelen dat andere door Verweersters geplande stappen om de werking van de JV voor te bereiden al een onomkeerbare impact op de markt zouden hebben en dus het nemen van maatregelen verantwoord in de zin van artikel IV.71 WER.

14. Het College oordeelt dat, gelet ook op het antwoord op de eerste vraag, de procedure voor voorlopige maatregelen afgesloten is na ontvangst van het rapport van Verweersters en mits de schorsing tot 16 maart is gerespecteerd. Het College dient betreffende het rapport dat van Verweersters gevraagd is slechts na te gaan of het tijdig is neergelegd en dus de auditeur-generaal in staat stelde om er de door haar gewenste conclusies uit te trekken.

15. Het College kan om deze redenen in deze procedure niet ingaan op de derde vraag van Verzoekster.

Voor het Mededingingscollege

J. Steenbergen

Voorzitter