

Europese Commissie
Mevrouw Kroes, Mevrouw Reding
Wetstraat 200
B-1049 BRUSSEL
BELGIE

Contactpersoon	Ons kenmerk	Uw kenmerk	Doorkiesnummer
drs. R. van Zoest	OPTA/BO/2005/203302		(070) 315 92 80
Datum	Onderwerp		Bijlage(n)
	Zaak NL/2005/0247		

Geachte mevrouw Reding, geachte mevrouw Kroes,

Op 3 november 2005 heeft de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) in zaak NL/2005/0247 een brief ontvangen van de Europese Commissie (hierna: Commissie) inzake de opening van een Fase II onderzoek overeenkomstig artikel 7, vierde lid, van de Kaderrichtlijn. De Commissie geeft aan dat de Commissie ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregelen van OPTA, voor zover die betrekking hebben op de retailmarkten van UPC, Casema en Essent, met het Gemeenschapsrecht en met name met de in artikel 8 van de Kaderrichtlijn genoemde doelstellingen. De Commissie stelt hiertoe dat de door OPTA in de ontwerpmaatregelen onderscheiden retailomroepmarkten op grond van de ten tijde van haar brief beschikbare gegevens niet aan de drie criteria test voldoen en derhalve niet in aanmerking komen voor regelgeving ex-ante.

Op 8 november 2005 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de Commissie en OPTA naar aanleiding van vorenbedoelde brief van de Commissie. OPTA heeft in deze bespreking aangegeven zich niet te kunnen verenigen met de stellingen van de Commissie. De Commissie heeft OPTA, omwille van de tijdsdruk aan de zijde van de Commissie om het Fase II onderzoek tijdig af te kunnen ronden, verzocht om uiterlijk 18 november 2005 schriftelijk aan te geven waarom OPTA zich niet kan vinden in de stellingen van de Commissie. OPTA is hiertoe graag bereid.

De bezwaren van OPTA tegen de stellingen van de Commissie betreffen zowel de materiële toepassing van de drie criteria als formele juridische aspecten van de interpretatie en toepassing van het regelgevend kader door de Commissie. In hoofdstuk 2 zal OPTA voor elk van de drie criteria gemotiveerd aangeven dat aan deze criteria is voldaan. OPTA zal in hoofdstuk 3 ingaan op de vraag of de Commissie met de toepassing van de drie criteria test juridisch gezien het juiste kader toepast bij de beoordeling of de ontwerpmaatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. OPTA vertrouwt er op dat de Commissie de bezwaren van OPTA zorgvuldig zal wegen en, indien zij OPTA niet zou

volgen, haar oordeel overeenkomstig artikel 7, vierde lid, van de Kaderrichtlijn gemotiveerd, voorzien van feitelijke argumentatie, zal onderbouwen.

OPTA is verheugd dat de Commissie het oordeel van OPTA deelt dat op de retailmarkt een transmissiedienst en een dienst die ziet op de levering van inhoud worden aangeboden. Doordat de Commissie aangeeft dat de ontwerpmaatregelen onder artikel 7, vierde lid, van de Kaderrichtlijn vallen, staat immers vast dat op de relevante retailmarkten een tweetal diensten, namelijk een transmissiedienst die onder het regelgevend kader valt en een dienst die ziet op de levering van inhoud, worden aangeboden.

Voorts is OPTA verheugd dat de Commissie zich kan verenigen met de in hoofdstuk 6, hoofdstuk 8, en paragraaf 11.1 tot en met 11.4 van de ontwerpmaatregelen uitgevoerde analyses. Immers, de Commissie heeft in haar brief enkel opmerkingen gemaakt ten aanzien van het niet voldoen van de in de ontwerpmaatregelen onderscheiden retailmarkten aan de drie criteria test zoals door OPTA uitgevoerd in paragraaf 11.5 van de ontwerpmaatregelen.

1. Samenvatting

De drie cumulatieve criteria

De retailomroepmarkten in de ontwerpmaatregelen voldoen naar het oordeel van OPTA, anders dan de Commissie stelt, aan de drie cumulatieve criteria.

OPTA is bij de gebruikte gehanteerde verwachtingen zorgvuldig te werk gegaan. Zo gaat OPTA bij de gehanteerde verwachtingen uit van een marktverwachting die gebaseerd is op haar eigen analyse en op de verwachting die het gemiddelde vormt van de vier studies waar het rapport van Dialogic op is gebaseerd.

De investeringen in andere infrastructuren hebben niet geleid tot noemenswaardige churn, zelfs niet in combinatie met aanzienlijke tariefstijgingen van kabelmaatschappijen zelf. Er bestaan hoge en hardnekkige toetredingsdrempels die van niet voorbijgaande aard zijn, hetgeen zich in grote mate laat illustreren door de minimale verwachte churn bij kabelmaatschappijen tot 2009. De kabelmaatschappijen hebben een voorsprong op dienstengebied waardoor de huidige toetredingsbelemmeringen zich ook in de toekomst zullen voordoen.

Uit de analyse van OPTA blijkt dat de combinatie van de verwachte penetratie van alternatieve platforms, het beperkte effect van digitalisering van kabelnetwerken en de voorsprong op dienstengebied van kabelmaatschappijen er toe leidt dat de toetredingsdrempels hoog en van niet voorbijgaande aard zijn waar het de verzorging van vrij toegankelijke rtv-pakketten betreft. Dit wordt versterkt door de verplichtingen uit de Mediawet.

Het enkele feit dat er investeringen gedaan worden in infrastructuur kan niet worden beschouwd als een (voldoende) indicatie dat kabelmaatschappijen gedisciplineerd worden in hun handelen, nu of in de toekomst. De marktstructuur van de kabelmarkt in Nederland neigt door de introductie en de opkomst van IP-TV niet naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon.

De Commissie relateert de investeringen in DVB-T niet aan churn bij kabelmaatschappijen en lijkt het feit dat er een aanbod bestaat op zich als bewijs te interpreteren dat er sprake is van (noemenswaardige) churn en potentiële concurrentie die kabelmaatschappijen zou disciplineren. Indien echter de technische en commerciële beperkingen van DVB-T in Nederland in ogenschouw worden genomen, alsmede de verwachtingen hieromtrent in de komende jaren dan kan worden geconcludeerd dat van DVB-T geen daadwerkelijke mededinging richting kabelmaatschappijen uitgaat. Dit gegeven versterkt de conclusie van de markt niet naar daadwerkelijke mededinging neigt binnen de relevante tijdshorizon.

De groei van het aantal satellietgebruikers in Nederland wordt door de Commissie als een geïsoleerd gegeven gepresenteerd. De Commissie geeft daarnaast aan dat er geen belemmeringen voor het plaatsen van satellietzschotels meer bestaan. De Commissie baseert zich hierbij op informatie die ontvangen is van kabelmaatschappijen. Het uitblijven van churn van kabelmaatschappijen naar satelliet alsmede de beperkingen die satelliet kent met betrekking tot het plaatsen van schotels maakt dat van daadwerkelijke mededinging vooralsnog geen sprake zal zijn. Ook de verwachtingen en het

blijvend uitblijven van prijsdruk en relevante churn bij kabelmaatschappijen dragen bij aan de conclusie dat de markt niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon.

Het is naar het oordeel van OPTA evident dat de komende jaren sectorspecifieke regelgeving noodzakelijk is. Op deze wijze kunnen én de belangen van de consumenten in Nederland beter gewaarborgd worden, zonder dat dit afbreuk doet aan de verdere ontwikkeling van innovatieve diensten. De NMa is het met OPTA eens dat de markt voor de verzorging van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel in Nederland zich leent voor sectorspecifieke regelgeving.

De Aanbeveling en de richtlijnen

De Commissie heeft naar het oordeel van OPTA de drie criteria test op onjuiste wijze uitgevoerd doordat zij de toets niet heeft toegepast op een volgens de principes van het mededingingsrecht afgebakende markt. Daarmee handelt de Commissie in strijd met de principes van het mededingingsrecht en de Aanbeveling.

De Commissie verlangt met de drie criteria een zwaardere bewijslast zonder dat hiervoor mededingingsrechtelijk aanleiding is. In Nederland leidt dit mogelijk tot bepaalde verschillen in regelgeving (en daarmee commerciële vrijheid) op elektronische communicatiemarkten, die alleen op grond van een mededingingsrechtelijke analyse niet te verklaren zijn.

Een nri komt een aanzienlijke discretionaire bevoegdheid toe bij haar marktdefinitie en marktanalyse. OPTA heeft haar marktdefinitie en marktanalyse uitgevoerd overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht, daarbij zoveel mogelijk rekening houdend met de Aanbeveling en de Richtsnoeren.

De Commissie legt ten onrechte de toetsing aan de drie criteria test als leidend principe op aan de nri's bij de beoordeling van de vraag of een markt voor regulering ex ante in aanmerking komt. De Aanbeveling bevat enkel een lijst met probleemmarkten, maar scheidt geen bindend beoordelingskader voor nri's. Artikel 15 lid 3 Kaderrichtlijn geeft aan dat markten overeenkomstig het mededingingsrecht bepaald dienen te worden en spreekt in dat kader niet van toepassing van de drie criteria. Voorts spreken de Richtsnoeren niet over de drie criteria, maar zij geven aan hoe relevante markten conform het mededingingsrecht moeten worden bepaald en geanalyseerd.

2. Reactie van OPTA op de drie criteria test

2.1 Inleiding

Bij de beoordeling van de ontwerpmaatregelen van OPTA heeft de Commissie geconcludeerd dat de door OPTA in de ontwerpmaatregelen onderscheiden retailomroepmarkten op grond van de ten tijde van haar brief beschikbare gegevens niet aan de drie criteria test uit de Aanbeveling van de Commissie voldoen en derhalve niet in aanmerking komt voor regelgeving ex ante. OPTA zal in dit hoofdstuk de conclusies van de Commissie gemotiveerd trachten te weerleggen.

OPTA baseert zich zowel in de ontwerpmaatregelen als in onderhavige reactie op eigen onderzoek en onderzoek dat OPTA heeft laten uitvoeren door een extern bureau, Dialogic. OPTA hecht er aan te benadrukken dat Dialogic een onafhankelijk onderzoeksbureau is. Dialogic heeft zich bij haar onderzoek mede gebaseerd op onderzoeken van een viertal 'industry-standard' studies van andere onderzoeksbureaus.

Voorts hecht OPTA er aan te benadrukken dat OPTA op grond van artikel 6a.4 Telecommunicatiewet verplicht is om de ontwerpmaatregelen uiterlijk binnen drie jaar na inwerkingtreding te heroverwegen.

2.2 De toepassing van de drie criteria test

De Commissie concludeert in haar brief dat de retailomroepmarkt in Nederland niet voldoet aan de drie criteria uit de Aanbeveling. In de brief gaat de Commissie niet in op de vraag hoe deze markt op grond van het mededingingsrecht afgebakend zou moeten worden. Naar het oordeel van OPTA is het niet mogelijk een uitspraak te doen over de vraag of een bepaalde markt voldoet aan de drie criteria zonder dat deze eerst op grond van mededingingsrechtelijke principes wordt afgebakend. OPTA zal hier in hoofdstuk 3 nader op terugkomen.

De systematiek van de drie criteria test vereist dat de drie criteria toets, voorzover deze moet worden toegepast, alleen kan worden toegepast op, volgens principes van mededingingsrecht, afgebakende relevante markten. Dit blijkt uit de formulering van de criteria zelf.

Het eerste criterium gaat over hoge toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard. Het gaat daarbij om toetreding tot de markt, hetgeen duidelijk veronderstelt dat reeds sprake is van een afgebakende markt. Om te kunnen vaststellen of er toegangsbelemmeringen zijn dient vanzelfsprekend eerst te worden vastgesteld tot welke relevante productmarkt de toegang wordt belemmerd. Alleen op deze wijze kan het criterium op zuivere wijze worden toegepast¹.

Het tweede criterium gaat over de dynamiek op de markt. De Commissie zegt daarover het volgende :
"De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken is

¹ Vergelijk daarbij de toepassing van het criterium toegangsbelemmeringen bij de bepaling van aanmerkelijke marktmacht. Zoals de Commissie in haar eigen richtsnoeren aangeeft dient deze analyse vooraf te worden gegaan door de afbakening van de relevante markt volgens principes van het mededingingsrecht.

betreffende de concurrentie “achter” de toegangsbelemmeringen”.² Om een dergelijke toets op een zuivere wijze uit te voeren dient eerst te worden vastgesteld welke diensten tot de markt behoren. Op basis daarvan kan worden bepaald welke ondernemingen actief zijn op de markt en welke ondernemingen die niet actief zijn op de markt kunnen worden beschouwd als potentiële concurrenten. Deze elementen vormen onderdeel van de afbakening van de relevante markt volgens mededingingsprincipes.

Doordat de Commissie in haar brief de drie criteria toets toepast zonder uitspraken te doen over de marktafbakening van OPTA (de markt voor de verzorging van vrij toegankelijke rtv via de kabel), op een niet volgens mededingingsprincipes afgebakende markt handelt de Commissie in strijd met de principes van het mededingingsrecht en tevens in strijd met haar eigen Aanbeveling. De principes van het mededingingsrecht gaan er immers vanuit dat conclusies over de structuur van markten en de mate van concurrentie daarop pas kunnen worden getrokken nadat een afbakening van de relevante markt heeft plaatsgevonden.

Indien de Commissie zich een oordeel had gevormd over de afbakening van de relevante markt en de aldus afgebakende markt onderworpen had aan de drie criteria test zou de Commissie niet anders kunnen concluderen dan dat de relevante markt hoge toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard kent en dat de relevante markt niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon.

2.3 Relatie goedgekeurde wholesalemarkten en retailmarkten

Bij brief van 28 oktober 2005 heeft de Commissie in zaak NL/2005/0246 overeenkomstig artikel 7, derde lid, van de Kaderrichtlijn aangegeven dat OPTA de ontwerpmaatregelen, voor zover betrekking hebbend op de wholesalemarkten, overeenkomstig artikel 7, vijfde lid, van de Kaderrichtlijn kan goedkeuren. De Commissie overweegt dat de benadering van OPTA bij de afbakening van de wholesalemarkten weliswaar afwijkt van de Aanbeveling, maar dat die afwijking gerechtvaardigd is vanwege de karakteristieken van vraag en aanbod in Nederland.

De wholesalemarkten zijn overeenkomstig de toepasselijke mededingingsrechtelijke systematiek gebaseerd op de analyse van de onderliggende retailmarkten. De Commissie maakt in zaak NL/2005/0246 geen opmerking(en) over (potentiële) concurrentie op wholesaleniveau of retailniveau.

In haar brief inzake zaak NL/2005/0247 lijkt de Commissie echter ten aanzien van satelliet, DVB-T en IP-TV te suggereren dat deze infrastructuren op retailniveau diensten leveren die óf tot dezelfde markt als die van de verzorging van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel behoren of in de (nabije) toekomst tot deze markt zullen gaan behoren. OPTA is van oordeel dat dit in strijd is met het oordeel van de Commissie in zaak NL/2005/0246. Immers, de mededingingsanalyse van de wholesalemarkt is (mede) gebaseerd op de substitutie-analyse van de onderliggende retailmarkt. Bij deze substitutie-analyse heeft OPTA geoordeeld dat er geen concurrentiedruk uitgaat van andere infrastructuren op de rtv-pakketten die via de kabel worden aangeboden en de Commissie heeft aangegeven het eens te zijn met deze analyse.

² Aanbeveling, overweging 9.

Naar het oordeel van OPTA is de twijfel die de Commissie in haar brief ten aanzien van NL/2005/0247 heeft geuit dan ook niet te verenigen met het ontbreken van commentaar ten aanzien van de mededingingsanalyse van OPTA in zaak NL/2005/0246.

2.4 Onderzoek OPTA

OPTA heeft bij de in de ontwerpmaatregelen gehanteerde verwachtingen gebruik gemaakt van een rapport van Dialogic, van een rapport van Datamonitor en van haar eigen analyse. Het door Dialogic uitgevoerde onderzoek maakt onder meer gebruik van de marktverwachtingen die in een viertal 'industry-standard' studies worden uitgesproken. OPTA wijst erop dat het juist die rapporten zijn die Dialogic heeft bestudeerd waarop veel (huidige en nieuwe) aanbieders hun business plannen en business cases baseren. Belangrijker nog, deze studies spelen ook een belangrijke rol bij de kapitaalverstrekkers, om te bepalen of ze al dan niet bereid zijn om geld aan operators beschikbaar te stellen voor de ontwikkeling van netwerken en diensten.

OPTA is bij de gebruikte gehanteerde verwachtingen zorgvuldig te werk gegaan, omdat OPTA bij de gehanteerde verwachtingen uitgaat van een marktverwachting die ongeveer het gemiddelde vormt van de bedoelde vier studies.³ Daarmee is de gevolgde werkwijze bij uitstek geschikt voor een onderbouwde vaststelling van de marktverwachtingen. Vanwege het gebruik van een gemiddelde zullen sommige studies voor een bepaald platform een hogere verwachting aangeven, sommige een lagere. Het zou niet zorgvuldig zijn geweest om bij een bepaald platform steeds alleen dat rapport aan te halen dat de hoogste verwachtingen weergeeft. De opmerking van de Commissie dat 'sommige' door OPTA gehanteerde verwachtingen aan de lage kant van de gegeven range zouden zijn is derhalve onjuist.

In dit kader merkt OPTA op dat de Commissie in haar brief ten aanzien van de inschatting van de toekomstige potentiële concurrentie met name refereert aan (vertrouwelijk) ingediende stukken van kabelmaatschappijen en niet aan stukken die door anderen zijn ingediend. Procedureel acht OPTA het gebruik van input van kabelmaatschappijen gepaster bij een tweede fase onderzoek dan voorafgaand hieraan. Doordat de Commissie geen uitspraak doet over de weging van de door verschillende partijen ingebrachte argumenten heeft dit geleid tot een eenzijdig, en op enkele punten zelfs foutief, beeld van de specifieke Nederlandse situatie.

2.5 Relatie tot de Aanbeveling

OPTA constateert dat de Commissie ten aanzien van de vraag of ex-ante regulering noodzakelijk is voor markten die niet in de Aanbeveling zijn opgenomen een zwaardere 'bewijslast' hanteert dan voor markten die wel in de Aanbeveling zijn opgenomen. Voor markten die wel in de Aanbeveling zijn opgenomen voldoet een mededingingsrechtelijke analyse ten aanzien van de noodzaak voor ex-ante regulering, terwijl ten aanzien van andere markten geldt dat (tevens) aan de drie criteria dient te zijn voldaan.

³ Overigens kan daarbij opgemerkt worden dat de verwachtingen weinig uiteenlopen.

Zoals OPTA in paragraaf 3.3 zal aangeven is er geen juridische basis om voor markten die niet in de Aanbeveling zijn opgenomen een andere, zwaardere toets te hanteren dan de toets zoals in een mededingingsrechtelijke analyse gebruikelijk is. Dat de wijze waarop de Commissie toetst aan de hand van de drie criteria een zwaardere toets is, laat zich vrij eenvoudig illustreren uit de analogie met de telefoniemarkten in Europa.

Aanwezigheid van hoge toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard:

Indien de redenering van de Commissie aangaande innovatie en de opkomst van nieuwe technologieën ook toegepast zou worden op retailmarkten die wel in de Aanbeveling voorkomen (zoals die van vaste telefonie) zou enkel de aanwezigheid en de opkomst van alternatieve technieken zoals mobiele telefonie, VoDSL en VoIP (via kabel) op deze markten aantonen dat niet aan het eerste criterium zou zijn voldaan. Dit heeft echter tot op heden niet geleid tot ernstige twijfel van de Commissie aangaande de noodzaak voor retailregulering op de telefoniemarkten in de landen die deze markten reeds hebben genotificeerd.

De structuur van de markt neigt niet naar daadwerkelijke mededinging binnen een relevante tijdshorizon:

De Commissie stelt dat het louterende effect van een potentiële toetredster al voldoende is voor marktpartijen om hun marktmacht niet uit te kunnen oefenen. Hiermee lijkt de aanwezigheid van potentiële concurrentie op termijn voor de Commissie een voldoende voorwaarde om van daadwerkelijke mededinging te spreken. In een SMP analyse is het echter normaal gebruik om op meerdere criteria te toetsen waarbij de impact van potentiële concurrenten wel erg groot moet zijn om ondanks een marktaandeel van 100% te spreken van daadwerkelijke mededinging. Bij veel telefoniemarkten in Europa is sprake van (meer) potentiële concurrentie en veel lagere marktaandelen dan op de rtv-markten in Nederland. Toch heeft dit niet geleid tot ernstige twijfel van de Commissie aangaande de noodzaak voor retailregulering op deze telefoniemarkten.

Door enkel naar de drie criteria te kijken komt de Commissie niet toe aan een beoordeling van de mededingingsrechtelijke analyse die OPTA heeft uitgevoerd. De Commissie neemt hierdoor geen rekenschap van de specifieke Nederlandse situatie waar er twee aansluitnetwerken op hun 'eigen' markt een zeer sterke positie innemen. Het gevolg hiervan is dat er een regulatorische onbalans dreigt te ontstaan waarbij kabelaanbieders een concurrentieel voordeel verkrijgen boven telefonieaanbieders, enkel vanwege het feit dat de retail-omroepmarkt niet in de Aanbeveling is opgenomen.

Hieronder zal OPTA op elk van de drie criteria nader ingaan.

2.6 Criterium 1: Aanwezigheid van hoge toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard

2.6.1 Standpunt Commissie

De retailomroepmarkt in Nederland betreft volgens de Commissie een markt waar innovatie een stuwende kracht is die wordt gekenmerkt door technologische vernieuwing, aangezien nieuwe

technologieën worden ingevoerd om gelijkwaardige diensten aan eindgebruikers aan te bieden. In het bijzonder denkt de Commissie aan aanbieders van IP-TV (KPN en Versatel) en aanbieders van digitale aardse transmissie (Digitenne, KPN en Scarlet). De Commissie geeft aan dat partijen via alternatieve infrastructures met succes retailomroepdiensten beginnen aan te bieden, en benoemt de verwachting dat deze partijen klanten zullen winnen van kabelmaatschappijen. Daarbij merkt de Commissie op dat de verwachting dat in 2009 het totale marktaandeel van alternatieve infrastructures onder de 24% blijft als zodanig geen aanwijzing is voor het bestaan van niet voorbijgaande toetredingsbelemmeringen.

De Commissie is bezorgd dat OPTA aan deze elementen onvoldoende gewicht heeft toegekend bij het analyseren van de toetredingsbelemmeringen.

Daarnaast merkt de Commissie op dat digitalisering van kabelnetwerken de huidige capaciteitsbeperkingen mogelijk doet verdwijnen, waardoor vrijwillig of gereguleerde toegang tot kabelnetwerken een alternatieve manier kan zijn voor derden om tot de retailmarkt toe te treden.

2.6.2 *Reactie OPTA*

OPTA ziet in het standpunt van de Commissie geen aanleiding om haar oordeel dat de toetredingsdrempels in Nederland, voor de beoogde reguleringsperiode, hoog en van niet voorbijgaande aard zijn te wijzigen. De argumenten die de Commissie gebruikt geven, mits in de juiste context geplaatst, geen aanleiding tot een ander oordeel. Hieronder gaat OPTA op een aantal ontwikkelingen in. Achtereenvolgens komen de volgende onderwerpen aan de orde:

1. Toetreding tot de retailmarkt vanuit alternatieve infrastructures;
2. Toetreding tot de retailmarkt via toegang tot kabelnetwerken;
3. De voorsprong van kabelmaatschappijen.

1. Toetreding tot de retailmarkt vanuit alternatieve infrastructures

De Commissie geeft aan dat OPTA's analyse onvoldoende bewijsmateriaal biedt met betrekking tot de door OPTA geconstateerde hoge en hardnekkige toegangsbelemmeringen en dat OPTA onvoldoende rekening heeft gehouden met nieuwe technologieën die worden ontwikkeld om gelijkwaardige diensten aan eindgebruikers aan te bieden.

OPTA zal in dit verband eerst in gaan op het (verwachte) uitblijven van churn, in relatie tot gedane investeringen door alternatieve infrastructuur aanbieders. Dit blijvend (in ieder geval tot 2009) uitblijven van noemenswaardige churn is een serieuze indicatie dat de retailmarkt gekenmerkt wordt door hoge toetredingsbelemmeringen, in ieder geval tot 2009. OPTA merkt hierover het volgende op:

- i. Ten aanzien van de tabel van Dialogic zoals door de Commissie op pagina drie in haar brief gebruikt, merkt OPTA op dat de in de tabel genoemde percentages geen marktaandelen betreffen op een middels het mededingingsrecht afgebakende relevante markt, maar totale aantallen gebruikers. De churn, het percentage van klanten van kabelmaatschappijen dat niet langer gebruik maakt van kabel, in de door OPTA onderzochte periode 2006-2008 bedraagt 7%. De churn is derhalve nog geen 2,5% per jaar, ondanks de aanzienlijke investeringen in alternatieve infrastructures. Deze lage churn is een duidelijke indicatie voor het bestaan van

- hoge en hardnekkige toetredingsbelemmeringen;
- ii. Het is OPTA bekend dat kabelmaatschappijen een hogere verwachting hebben over de impact, aantallen gebruikers en groei van alternatieve infrastructuren, net zoals het OPTA bekend is dat er partijen zijn die een lagere verwachting hebben. Om die reden heeft OPTA door het onafhankelijke Dialogic een marktonderzoek laten uitvoeren. OPTA is van oordeel dat aan de verwachtingen van de kabelmaatschappijen minder gewicht kan worden toegerekend, nu die niet zijn gebaseerd op een viertal onafhankelijke 'industry-standard' studies zoals het onderzoek van Dialogic;
 - iii. De Commissie stelt dat er een daling van het aantal kabelabonnees bij Casema van [**vertrouwelijk**] heeft plaatsgevonden sinds de introductie van KPN's aanbod van digitale televisie. De Commissie heeft hierbij echter niet betrokken dat Casema in de bewuste periode haar tarieven heeft verhoogd met meer dan 12%. Het feit dat er ondanks een dergelijke tariefsverhoging ten tijde van aanzienlijke investeringen in alternatieve infrastructuren slechts [**vertrouwelijk**] churn optrad, is een sterke indicatie dat de retailmarkt wordt gekenmerkt door hoge en hardnekkige toetredingsbelemmeringen;
 - iv. De Commissie stelt zich op grond van informatie van kabelmaatschappijen op het standpunt dat de belemmeringen ten aanzien van het plaatsen van satellietshotels in Nederland niet langer zouden bestaan. Dit standpunt van de Commissie wordt niet gestaafd door feiten. Uit een informatiebrochure van het Ministerie van VROM⁴ blijkt dat de regelgeving ten aanzien van het plaatsen van satellietshotels geldt sinds 1 januari 2003. Voorts leggen steeds meer woningbouwverenigingen (contractuele) beperkingen op met betrekking tot het plaatsen van satellietshotels. De in de ontwerpmaatregelen aangegeven, belemmeringen met betrekking tot het plaatsen van satellietshotels zijn derhalve geenszins opgeheven, zodat de in de ontwerpmaatregelen geconstateerde hoge en hardnekkige toetredingsbelemmeringen voor satellietaanbieders onverkort bestaan. Het feit dat satellietaanbieders grotendeels hun klanten winnen in niet bekabelde gebieden versterkt dit argument;
 - v. Indien toch zou worden uitgegaan van meer rooskleurige verwachtingen van alternatieve infrastructuren dan leidt dit niet automatisch tot meer churn bij kabelmaatschappijen, omdat naast satelliet ook DVB-T veel klanten wint buiten de bekabelde gebieden. Tevens zullen eindgebruikers in Nederland voor tweede en meerdere televisietoestellen in huis gebruik blijven maken van kabel (voor veel eindgebruikers zullen de alternatieve infrastructuren complementair zijn aan kabel). De aantrekkelijkheid van de gecombineerde propositie die kabelmaatschappijen kunnen bieden in de vorm van een aanbod dat zowel analoge als digitale doorgifte mogelijk maakt, is een toetredingsdrempel voor elke andere infrastructuur die van niet voorbijgaande aard is (zie hieronder voor een nadere uitwerking van de problemen aangaande volledige digitale doorgifte).

2. Toetreding tot de retailmarkt via toegang tot kabelnetwerken

De Commissie verwacht dat digitalisering van de kabel capaciteitsbeperkingen kan opheffen waardoor de effecten van de voorgestelde wholesalemaatregelen zich kunnen uitbreiden naar vrij toegankelijke rtv. OPTA deelt deze verwachting van de Commissie niet, om de volgende redenen:

⁴ <http://www.vrom.nl/pagina.html?id=2706&sp=2&dn=3028>

- i. De Nederlandse kabelmarkt wordt gekenmerkt door het feit dat er een verplichting op grond van de Mediawet op kabelmaatschappijen rust om onverkort, ongecodeerd en ongewijzigd een basispakket door te geven aan de abonnees. Deze verplichting voor kabelmaatschappijen lijkt de Commissie echter niet te betrekken in haar verwachting. Deze verplichting bemoeilijkt het Nederlandse retailmarkt zich kenmerkt door hoge toetredingsdrempels van niet voorbijgaande aard;
- ii. Indien een maatschappij in Nederland capaciteit vrijmaakt door bijvoorbeeld het aantal analoge zenders te verminderen, dan zal dit vooral uit overwegingen zijn om zelf aanvullende diensten aan te bieden. Bovendien zal eventuele toegang wel kunnen leiden tot meer concurrentie maar niet op het vrij toegankelijke rtv-pakket gezien de verplichtingen uit de Mediawet dat kabelexploitanten in ieder geval een dergelijk pakket aan moeten bieden. Ook in de situatie waarbij diensten louter digitaal worden aangeboden verandert dit niet;
- iii. Een kabelbedrijf heeft te maken met een complexe kanaalindeling, die allerlei beperkingen oplegt aan de totaalcapaciteit. Hierbij kan worden gedacht aan:
 - Kanalen waarop er sprake is van ingestraalde storing van buitenaf, bijvoorbeeld door aardse (digitale televisie)zenders. Hoewel het kabelnetwerk in de regel goed is afgeschermd, geldt dat vaak niet voor de installatie bij de abonnees in huis, en daarom is het kabelbedrijf vaak verplicht bepaalde groepen van kanalen ongebruikt te laten;
 - Andere vormen van storing, zoals man-made noise, die met name in de onderband spelen;
 - Kanalen waarop door technische artefacten in het netwerk zelf storingen optreden, zoals spiegelingen. Het totaal aan signalen is vrij complex geheel dat wordt gekenmerkt door allerlei verschillende modulatiemethoden (voor DOCSIS en andersoortige internetprotocollen, door DVB-C, voor analoge transmissie). Daarbij moet rekening worden gehouden met de (buitenband) storing die deze systemen veroorzaken (zowel voor naastliggende kanalen als verderop in het frequentiespectrum), alsook de gevoeligheid die systemen weer hebben voor andere signalen;
 - De buitengewone diversiteit en uiteenlopende kwaliteit van de feitelijke distributienetwerken. Dit waren vaak onafhankelijk van elkaar aangelegde, lokale netwerken met verschillende technieken, kwaliteitsnormen en dergelijke. Dat maakt het heel lastig een uniforme techniek en (kanaal)indeling te kiezen voor het hele verzorgingsgebied van een groot kabelbedrijf;⁵
- iv. Er kan pas echt capaciteit worden vrijgemaakt als alle 100% van de gebruikers zijn overgestapt naar digitale ontvangst van de vrij toegankelijke kanalen. Dat zal vermoedelijk niet snel plaatsvinden:
 - De benodigde investeringen in de settop-box zijn aanzienlijk. De interesse van eindgebruikers om hierin te investeren is de afgelopen jaren erg laag gebleken, en het is voor kabelbedrijven een kostbare operatie om op eigen kosten bij alle gebruikers een settop-box te installeren. Daar komt bij dat de afschrijftijd van deze apparatuur vermoedelijk relatief kort is; snelle nieuwe ontwikkelingen van diensten⁶ en ontwikkelingen op het gebied van de (interactieve)

⁵ In feite is dat ook de reden waarom UPC momenteel heeft aangekondigd ongeveer 75% van haar klanten te migreren naar een digitaal platform, en niet alle klanten.

⁶ Denk aan HDTV, een dienst die huidige settopboxen niet ondersteunen. HDTV vraagt namelijk onder meer om een daartoe geschikte, in de regel digitale verbinding met een HD televisietoestel (DVI, al dan niet met extra kopieerbeveiliging, HDMI of VEGA's concurrent DisplayPort). Het implementeren van deze poort is nog relatief duur, zeker voor settopboxen die tegen een zo laag mogelijke prijs in de markt moeten worden gezet.

dienstenplatformen (MHP en de talloze – vaak populairdere) alternatieven kan bedrijven nopen om na relatief korte tijd de settop-boxen weer te vervangen⁷;

- Technische problemen (zie ook hierboven) om werkelijk alle abonnees naar een digitaal signaal te migreren. In bepaalde gebieden of gemeentes levert dat problemen op.
- Gezinnen die meerdere televisies gebruiken hebben meerdere settopboxen nodig. Het is de vraag of de klant het zal accepteren om deze zelf te betalen;
- Nieuwe diensten zullen om meer bandbreedte vragen. Een van de ontwikkelingen is HDTV. Het uitzenden van dergelijke signalen kost veel meer bandbreedte dan gewone digitale televisie. Zo gebruikt de eerste Europese HDTV zender (Euro1080 uit België) twee volledige kanalen voor een enkele uitzending⁸. HDTV kost veel bandbreedte, maar de ongekende opmars van HDTV in de VS laat zien dat deze dienst veel potentieel heeft. De verspreiding van HDTV via IP-TV naar een groot deel van het klantenbestand lijkt vooralsnog niet mogelijk.

3. Voorsprong kabelmaatschappijen in Nederland

Een belangrijk punt is dat het, in toenemende mate, onvoldoende zal zijn om alleen naar het aanbod van de vrij toegankelijke rtv te kijken. Voor de consument is steeds meer van belang welke andere diensten ook via het gekozen platform kunnen worden afgenomen, en of nieuwe ontwikkelingen bij de vrij toegankelijke rtv worden ondersteund.

Het Dialogic-rapport besteedt al uitgebreid aandacht aan diverse nieuwe diensten, zoals interactieve televisie, video-on-demand, delay-TV en special interest programmapakketten. Elk van de relevante platformen heeft verschillende eigenschappen waar het de distributie van verschillende diensten betreft, maar de kabel is het beste gepositioneerd in die zin dat er geen enkel ander platform is dat (op zichzelf) alle genoemde diensten kan bieden⁹.

	Kabel (digitaal)	Digitale aardse televisie	Satelliet	IP-TV via ADSL
20-40 kanalen vrij toegankelijk	X	X	X	X
50-200 kanalen	X		X	X
interactieve televisie	X			X
video-on-demand	X			X
delay-TV en	X			X
special interest programmapakketten	X		X	X
HDTV	X		X	

⁷ Een vergelijk kan hier worden gemaakt met de eerste generatie internetmodems voor de kabels; de modems van allerlei verschillende leveranciers/technieken moesten vaak na relatieve korte tijd weer worden vervangen door andere modems, met alle kosten en migratieproblemen van dien.

⁸ HDTV signalen van het 720p of 1080i-type kunnen ook in een kleinere bandbreedte worden verstuurd (bijvoorbeeld met 6-8 Mbps) maar experts geven op basis van testen bij de EBU aan dat een bandbreedte van ongeveer 13 Mbps nodig is om ongewenste artefacten bij beweging van het beeld e.d. voldoende te voorkomen. Voor (ongeveer) 13 Mbps zijn minimaal twee volledige DVB-C kanalen nodig.

⁹ Televisie via VDSL of via fibre-to-the-home vormen hier een uitzondering op, maar aangezien deze platformen niet op korte of middellange termijn substantiële delen van de markt zullen bereiken laten we deze buiten beschouwing.

OPTA gaat hier nog speciaal dieper in op de rol van hoge-definitie televisie. Met een resolutie die tot vijfmaal groter is dan de huidige televisiebeelden, is de beeldkwaliteit aanzienlijk beter en komt veel dichterbij die van een bioscoopfilm. Ook in Europa groeit de interesse, en die kan verder gevoed worden door:

- Het steeds grotere marktaandeel van grootformaat (platte) televisieschermen, die in feite vragen om een beeld van hogere kwaliteit dan de huidige PAL-definitie;
- De verwachte brede introductie van hoge definitie videodragers (blu ray disc, HD-DVD) in 2005.

Hoewel het idee van HDTV niet nieuw is (in Japan bestaat er al meer dan een decennium een analoge versie) komt een en ander op dit moment in een stroomversnelling, zeker nu er in de Verenigde Staten reeds sprake is van een onstuitbare opkomst van HDTV.

Inmiddels zijn er verschillende stations die in Europa HDTV content verspreiden, waaronder het Belgische Euro1080 (die ook opereert onder de naam HD1), Astra-HD en Quali-TV. Andere partijen, zoals BSkyB en BBC, hebben aangekondigd HDPT-kanalen op te zetten via de satelliet.¹⁰ Deze zenders hebben nog een experimenteel karakter maar de programmering wordt steeds serieuzer en interessanter.

Ook in Nederland zijn de genoemde zenders te ontvangen, via de satelliet. Ook zijn er enkele Nederlandse kabelbedrijven die inmiddels HD1 doorgeven.¹¹ Het NOB heeft, in samenwerking met partners, een HDTV distributieproject opgezet met de naam First Mover TV.¹²

Niet elk distributieplatform is feitelijk geschikt voor HDTV. Satelliet en kabel zeker wel, omdat ze de benodigde capaciteit goed kunnen bieden. Digitale aardse televisie valt feitelijk af; hoewel technisch niet onmogelijk legt de benodigde bandbreedte een enorm beslag op deze netwerken, terwijl de beschikbare capaciteit al hard nodig is om de programma's in gewone kwaliteit door te geven. IP-gebaseerde netwerken zijn in beginsel geschikt voor het transport van HDTV, maar de benodigde bandbreedte voor een storingsvrij beeld wordt geschat op 13 Mbps, en daarbij moet ook nog enige extra capaciteit worden gereserveerd voor overhead en schommelingen. Internetverbindingen naar woonhuizen zijn daarvoor te traag. Hoewel ADSL-2 hogere snelheden belooft, is de feitelijk behaalde snelheid erg afhankelijk van de afstand van de centrale naar het woonhuis (zie het Dialogic-rapport). De benodigde snelheid voor kwalitatief acceptabele HDTV content is vermoedelijk dan alleen voor een zeer klein deel van de abonnees haalbaar. Voor zover bekend zijn er geen aanbieders die plannen hebben om HDTV via IP-TV te bieden.

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat aan het eerste criterium is voldaan.

¹⁰ Zie onder meer <http://markets.ses-astra.com/press-info/news/press-releases/05/RobbieWilliamsNL.pdf>

¹¹ Zie <http://www.hd-1.tv/hd1oncable.htm>.

¹² Zie <http://www.firstmover.tv/>

2.7 Criterium 2: De structuur van de markt neigt niet naar daadwerkelijke mededinging binnen een relevante tijdshorizon

2.7.1 Standpunt Commissie

De Commissie geeft aan dat zelfs wanneer een markt wordt gekenmerkt door hoge toegangsbelemmeringen, andere structurele factoren op die markt kunnen inhouden dat de markt binnen de relevante tijdshorizon neigt naar daadwerkelijke concurrentie. Om aan dit criterium te voldoen moet de nri aantonen dat er geen marktontwikkelingen zijn die de marktmacht van de kabelmaatschappijen zouden beperken, onafhankelijk van de toegangsbeperkingen tot de markt. Het beperkende effect van de loutere mogelijkheid tot markttoetreding kan zelfs ondernemingen met hoge marktaandelen verhinderen om marktmacht uit te oefenen.

De Commissie benoemt een aantal ontwikkelingen en indicaties die ertoe bijdragen dat de Commissie van mening is dat de markt binnen de relevante tijdshorizon die door OPTA is aangegeven naar daadwerkelijke mededinging neigt. In het bijzonder vanwege de stijgende concurrentiele druk uitgaande van alternatieve infrastructuren die ontstaan is zonder eerdere regelgevende interventie in deze markt tot nu toe. De Commissie benoemt de volgende ontwikkelingen en indicaties die allen bijdragen aan de door haar getrokken conclusie:

- Potentiële concurrentie die is ontstaan zonder enige vorm ex-ante regulering op retailniveau;
- De churn bij kabelmaatschappijen (als gevolg van ontwikkelingen van alternatieve infrastructuren);
- De prijsontwikkeling van de diensten van kabelmaatschappijen;
- De overgang en subsidiering naar een digitaal abonnement;
- De impact van de mogelijkheid tot markttoetreding;
- De ontwikkeling van IP-TV in Nederland;
- De ontwikkeling van aardse digitale televisie in Nederland;
- De ontwikkeling van satelliet in Nederland.

2.7.2 Reactie OPTA

OPTA maakt bij de bespreking van de ontwikkelingen een onderscheid in de ontwikkelingen die op de markt zelf plaatsvinden, en ontwikkelingen van buiten de markt die van invloed kunnen zijn. OPTA gaat er evenwel van uit dat dit criterium, zoals ook door de Commissie zelf aangegeven, structurele factoren op de markt betreft die kunnen inhouden dat de markt binnen de relevante tijdshorizon neigt naar een daadwerkelijk concurrerend resultaat. Hieronder zal aanvullende informatie worden verschaft waaruit blijkt dat de ontwikkelingen op de markt de conclusie versterken dat van daadwerkelijke mededinging binnen een relevante tijdshorizon geen sprake is.

De markt is gedefinieerd als de markt voor het verzorgen van vrij toegankelijke rtv via de kabel. Het tweede criterium beoordeelt de structuur van de markt op 'de neiging naar daadwerkelijke mededinging'. De invloed van potentiële concurrentie van buiten de markt op het gedrag van de dominante aanbieder op de markt is hierdoor minder relevant. Deze potentiële concurrentie speelt wel een belangrijke rol bij de bepaling of op de markt sprake is van een dominante aanbieder die zijn

dominante positie kan misbruiken. Overigens kan het zo zijn dat als gevolg van ontwikkelingen buiten de markt de structuur van de markt binnen de relevante tijdshorizon wijzigt. Voorzover de Commissie dit van belang acht voor de beoordeling van het tweede criterium geeft OPTA (subsidiar) aanvullende informatie ten aanzien van de conclusie dat potentiële concurrentie van buiten de markt geen disciplinerende invloed heeft op het gedrag van kabelmaatschappijen (en daarmee de marktstructuur niet beïnvloeden zodat daadwerkelijke mededinging ontstaat).

Ontwikkelingen op de markt

Hieronder wordt nader ingegaan op de ontwikkelingen die daadwerkelijk op de markt zelf plaatshebben, dan wel plaats hebben gehad in het verleden. Het betreft de door de Commissie benoemde:

- i. Potentiële concurrentie die is ontstaan zonder enige vorm ex-ante regulering op retailniveau;
- ii. De churn bij kabelmaatschappijen (als gevolg van ontwikkelingen van alternatieve infrastructuren);
- iii. De prijsontwikkeling van de diensten van kabelmaatschappijen;
- iv. De overgang en subsidiering naar een digitaal abonnement.

i. Potentiële concurrentie die is ontstaan zonder enige vorm ex-ante regulering op retailniveau

Uit de uitgebreide mededingingsanalyse die OPTA heeft uitgevoerd in de ontwerpmaatregelen blijkt dat er geen sprake is van potentiële concurrentie op retailniveau. Dit wordt bevestigd door het viertal 'industry-standard' studies waar aan Dialogic in haar onderzoek refereert. De stelling van de Commissie dat er in Nederland potentiële concurrentie is ontstaan (zonder ex-ante regulering op retailniveau) is derhalve onjuist.

ii. De churn bij kabelmaatschappijen (als gevolg van ontwikkelingen van alternatieve infrastructuren)

De Commissie geeft aan dat OPTA niet onderzoekt in welke mate de alternatieve infrastructuren reeds beschikbaar zijn en evenmin onderzoekt wat de daadwerkelijke churn is bij elk van de kabelmaatschappijen. Ten aanzien van deze punten merkt OPTA het volgende op:

OPTA herhaalt de conclusie zoals die ten aanzien van churn is gemaakt bij het eerste criterium: "OPTA concludeert dat de hoge investeringen in andere infrastructuren niet hebben geleid tot noemenswaardige churn, zelfs niet in combinatie met aanzienlijke tariefstijgingen van kabelmaatschappijen zelf. Daarnaast is de conclusie van OPTA en een onafhankelijk adviesbureau dat er hoge en hardnekkige toetredingsdrempels bestaan die van niet voorbijgaande aard zijn, hetgeen zich in grote mate laat illustreren door de minimale verwachte churn bij kabelmaatschappijen tot 2009. In reactie op de opmerking van de Commissie dat OPTA niet onderzoekt in welke mate de alternatieve infrastructuren nu reeds beschikbaar zijn in de verschillende verzorgingsgebieden, merkt OPTA op dat het onderzoek vooral aandacht besteedt aan de verwachte situatie in 2008. Op dat moment hebben, naar verwachting, zowel DVB-T, satelliet als IP-TV een zodanig dekkinggebied dat het percentage huishouden binnen de verzorgingsgebieden niet significant zal verschillen van het landelijke

gemiddelde. Dat komt juist omdat tegen die tijd de drie alternatieven in alle delen van het land zullen worden aangeboden en omdat de kabelbedrijven reeds meer dan 90% van de huishoudens kunnen bereiken (wat grote verschillen met het landelijk gemiddelde onmogelijk maakt).

Wel degelijk is onderzocht of er bij kabelmaatschappijen (vooral als gevolg van de introductie van KPN Digitale TV) sprake was van churn. Dit is in de besluiten vermeld (bijvoorbeeld het Casema besluit randnummer 177). De Commissie spreekt in haar brief van een significante daling (de bijdrage van Casema is bij het college niet bekend).

De Commissie hecht veel waarde aan informatie van een partij die ex ante verplichtingen opgelegd zou krijgen, zonder zich te vergewissen van de context, namelijk dat Casema in dezelfde periode haar tarieven met meer dan 12% heeft verhoogd, waardoor het verlies aan klanten vooral aan andere (beleidsmatig gekozen) oorzaken dan de opkomst van KPN-TV valt toe te rekenen.

In dit licht treft het argument dat zelfs een kleine churn ertoe kan leiden dat de kabelexploitant niet in staat is om zijn hoge vaste kosten te dekken geen doel. Blijkbaar is het winstgevend gebleken om de tarieven aanzienlijk verder te verhogen. Indien de Commissie alsnog zou wensen over te gaan tot nadere bestudering van het door Casema ingediende percentage, dan lijkt het onwaarschijnlijk dat het marktaandeel van Casema met meer dan [vertrouwelijk] is gedaald als gevolg van de introductie van KPN-TV. Het totaal aantal kabelabonnees anno 2005 bedraagt ongeveer 6 miljoen. Het aantal KPN abonnees voor digitale aardse televisie bedroeg per juni 2005 ongeveer 70.000. De daling in het aantal kabelabonnees door overstap naar KPN digitale aardse televisie kan daarmee landelijk niet meer dan [vertrouwelijk] bedragen en dan moet er vanuit worden gegaan dat iedere nieuwe KPN abonnee ook feitelijk een kabelabonnement opzegt, maar dat hoeft natuurlijk niet: mensen kunnen ook een additioneel digitaal aards abonnement nemen voor camping, boot of vakantiehuisje. In dat geval is het cijfer kleiner dan de genoemde [vertrouwelijk]. Opgemerkt wordt dat deze [vertrouwelijk] dus alle churn betreft, ook de overstappers naar satelliet of degenen die helemaal geen televisie meer wensen te kijken.

Aangevoerd zou nog kunnen worden dat de daling zich vooral in het westen van het land zal hebben voorgedaan, aangezien daar de eerste digitale aardse dekking bestond. In dat geval zullen UPC en Casema een grotere daling ervaren dan Essent, dat meer in het oosten en het zuiden van het land actief is. UPC en Casema hebben tezamen ruim 3,6 miljoen abonnees. Als alle KPN digitale aardse televisie abonnement inderdaad met een afmelding bij deze twee kabelbedrijven gepaard zou gaan, dan zouden deze ondernemingen maximaal een daling van [vertrouwelijk] kunnen hebben ervaren. De werkelijke daling zal lager zijn, omdat er ook nieuwe abonnementen (camping, boot, vakantiehuisje) bij zullen zijn en omdat ook andere (ook kleinere) kabeloperators enkele klanten zullen hebben verloren. Van een significante daling kan dan ook geen sprake zijn.

iii. De prijsontwikkeling van de diensten van kabelmaatschappijen

De Commissie geeft aan dat er externe druk op het gedrag van kabeloperatoren met betrekking tot prijsstelling waarneembaar is, maar ze staaft dit niet met feiten (zoals prijsdalingen). De Commissie concludeert op dit punt dat het niet mogelijk is om op grond van de op dit moment beschikbare informatie om definitieve conclusies te trekken betreffende de neiging naar daadwerkelijke

mededinging. Hieronder geeft OPTA aanvullende informatie die ertoe zal bijdragen dat de conclusie dat de marktstructuur niet neigt naar daadwerkelijke mededinging kan worden getrokken:

De door OPTA op grond van het mededingingsrecht uitgevoerde analyse leidt tot de conclusie dat kabelmaatschappijen als partij met aanmerkelijke marktmacht in staat zijn om excessieve tarieven te hanteren. De gemeentelijke contractuele voorzieningen die kabelmaatschappijen de afgelopen jaren ervan weerhielden excessieve tarieven te hanteren hebben er enerzijds voor gezorgd dat de tarieven in sommige gemeenten stabiel bleven, en weerhielden kabelmaatschappijen anderzijds ervan excessieve tarieven te hanteren. Het wegvallen van de contractuele voorzieningen betekent juist dat er niet langer een belemmering is om hoge en mogelijk excessieve tarieven te gaan vragen. De door OPTA voorgestelde regulering beoogt dit te voorkomen.

Pas indien de tarieven van de kabelmaatschappijen worden beschouwd in relatie tot de onderliggende kosten kan worden bepaald of sprake is van een kostengeoriënteerd, redelijk, hoog of excessief geprijsd aanbod. In dit kader verwijst OPTA naar de recente besluiten van de NMa waarin de NMa concludeert dat de tarieven weliswaar niet duurzaam excessief zullen zijn, maar dat wel zouden kunnen worden. Eén van de argumenten die de NMa tot deze conclusie heeft gebracht is de voorgenomen regulering door OPTA. Ook in eerdere adviezen aan OPTA heeft de NMa aangegeven dat de retailmarkt voor omroep zich vanwege het risico op excessieve tarieven leent voor ex-ante toezicht. Daarbij komt dat het boekenonderzoek van de NMa niet over 2005 heeft plaatsgevonden terwijl juist per 1 januari 2005 de tarieven weer significant zijn verhoogd. Inmiddels zijn de grote kabelexploitanten vele tientallen procenten duurder zijn dan de middelgrote en kleine exploitanten die een identiek product aanbieden. De Commissie lijkt dit in zijn geheel niet te betrekken. OPTA beschouwt de besluiten van de NMa als een serieuze aanwijzing dat de tarieven van UPC en Casema in relatie tot de onderliggende kosten excessief zijn, dan wel zouden kunnen worden de komende jaren, zeker indien regulering van OPTA achterwege blijft.

Ter illustratie hiervan kan een eerder dit jaar gedane uitspraak van John Malone, de CEO van het moederbedrijf van UPC, Liberty Global, worden aangehaald. Hij bevestigt (voor zijn aandeelhouders) dat de marge in Nederland erg ruim is, en geeft en passant aan hoe hij het wegvallen van de gemeentelijke contractuele beperkingen in Nederland percipieert. In een interview met zakenkrant Financial Times zegt hij dat Nederland het beste voorbeeld is van een lucratieve kabeltelevisiemarkt.

"Terwijl nog niet zo lang geleden UPC naar de rechtbank toog om abonnementen op kabel-tv duurder te kunnen maken, blijkt nu dat de oorzaak daarvan bepaald niet was gelegen in dreigende verliezen." "Zonder zich in te houden zegt Malone, na Murdoch nu 's werelds tweede grootste mediatycoon, dat marges met aanbod van televisie over de kabel in Nederland 'erg hoog' zijn. Dat komt daar het volgens Malone hier een nutsdienst is, met andere woorden: een monopolie."

De prijzen en het aanbod van kabelbedrijven vormen een onderdeel van een intensief publiek debat, waaraan consumenten maar ook de politiek (met name de tweede kamer) en de consumentenbod deelnemen. Het mogelijke voornemen om tarieven te 'bevriezen' (na enkele periodes van zeer significante verhogingen) van enkele kabelexploitanten kan ook goed ingegeven worden als het

(tijdelijk) uitbrengen van een gunstig gebaar richting het publiek en politiek.

De suggestie dat de drie grote kabelmaatschappijen gelijkwaardige prijzen toepassen als gevolg van gemeenschappelijke externe druk kan alleen opgaan indien de druk vanuit satelliet aanbieders waarneembaar is, aangezien de andere alternatieve infrastructures geen volledige dekking hebben in de drie verzorgingsgebieden. Ten aanzien van satelliet is in het besluit aangetoond dat geen disciplinerende werking bestaat op kabelmaatschappijen, hetgeen blijkt uit de afgelopen jaren waar ondanks de aanwezigheid van satelliet de kabelmaatschappijen aanzienlijke tariefstijgingen hebben doorgevoerd. Zoals OPTA al eerder in antwoord op vragen van Commissie heeft aangegeven is er geen sprake van zogenaamde '*common pricing constraint*'. Juist het grote verschil in de tarieven van de vijftig verschillende kabelexploitanten toont dit aan. De suggestie van de Commissie dat de uniformiteit van de relatief hoge tarieven van de drie grote kabelexploitanten op prijsdruk zou duiden is opmerkelijk in het licht van het feit dat het de Commissie uit de ontwerpmaatregelen van OPTA bekend is dat er vele kabelexploitanten zijn die veel lagere tarieven hanteren voor een identiek product.

Tenslotte kan worden opgemerkt dat de mogelijke perceptie aangaande het aanbod van de kabelmaatschappijen zijnde 'goedkoop' voortvloeit uit de periode dat er gemeentelijke contractuele beperkingen waren. Inmiddels zijn de tarieven van de grote kabelexploitanten in Nederland dusdanig gestegen dat de tarieven tot de Europese middenmoot behoren. In het licht van de kabeldichtheid in Nederland die niet te vergelijken is met de meeste Europese landen is dat inmiddels een opmerkelijke positie.

iv. De overgang en subsidiëring naar een digitaal abonnement

In haar brief beschrijft de Commissie de aanwezigheid van externe druk op het gedrag van de drie kabelexploitanten en suggereert dat die druk er door toedoen van (potentiële) concurrentie is. Zo wordt het modem wellicht deels gesubsidieerd. Ten aanzien hiervan merkt de Commissie het volgende op: 'Verder lijken de kabelbedrijven minstens gedeeltelijk de migratiekosten van de eindgebruikers van een analoog naar een digitaal kabelabonnementen subsidiëren, waarbij het ontbreken van het om het even welke druk op de prijzen onwaarschijnlijk zou zijn'. OPTA behandelt dit punt bij ontwikkelingen op de markt zelf, aangezien er van exogene druk op de markt geen sprake is. Hieronder wordt het door de Commissie gesignaleerde punt besproken.

De door de Commissie gedane uitspraak is naar de mening van OPTA niet onderbouwd. Er zijn namelijk andere veel meer voor de hand liggende redenen voor kabelbedrijven om de digitaliseren te subsidiëren, die geen van alle te maken hebben met druk die ontstaat door (potentiële) toetreding:

Digitale systemen maken een keur aan nieuwe diensten mogelijk, die vaak een opbrengstenpotentieel hebben (denk aan video-op-aanvraag, speciale pakketten). Het subsidiëren van de eindgebruiker vergroot de kans dat deze feitelijk deze diensten overweegt, uitprobeert en (betaald) afneemt;

De *position paper* van KPN wijst op de mogelijkheid die digitalisering als gevolg van verdergaande monopolisering biedt aan kabelmaatschappijen. Juist die digitalisering biedt kabelbedrijven de mogelijkheid om aan klantenbinding te doen en de overstapkosten te verhogen (zeker indien diensten gebundeld worden aangeboden). Heeft de consument immers eenmaal een kabeldecoder dan is de

stap groter geworden om alsnog naar een concurrent over te stappen.

Subsidiering naar een volledig digitaal platform kan daarnaast ook de operationele kosten terugbrengen. Dit is vergelijkbaar met de situatie bij telefoniebedrijven, die momenteel hun gehele, zeer diverse technische infrastructuur willen vervangen door een enkel, IP-gebaseerde 'core' (vaak met NGN – New Generation Networks – aangeduid). Telefoniebedrijven geven daarbij aan dat de operationele kosten met tientallen procenten zullen dalen. Kabelbedrijven ervaren nu overduidelijk de kosten van zeer uiteenlopende technologieën binnen hetzelfde netwerk (ook op geografische basis, een gevolg nog van de vroegere gemeentelijke netwerken).

Het subsidiëren van het modem door kabelmaatschappijen is vermoedelijk veel eerder een indicatie dat de tarieven voor de basisdienst zeer hoog zijn. Een serieuze indicatie hiervoor kan worden gevonden in het NMa besluit, waaruit blijkt dat er vooralsnog aanzienlijke ruimte tussen de eindgebruikerstarieven en de kosten is.

Invloeden van buiten de markt

Hieronder wordt nader ingegaan op de ontwikkelingen en invloeden van buiten de markt die er wellicht toe kunnen leiden dat de structuur op de markt neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen een relevante tijdshorizon. Hierbij wordt nogmaals aangegeven dat het geen ontwikkelingen op de markt betreffen en in die zin wellicht als een ten overvloede argument dienen te worden geïnterpreteerd, waarbij overigens de conclusie luidt dat deze ontwikkelingen de conclusie dat de marktstructuur niet naar daadwerkelijke mededinging neigt binnen een relevante tijdshorizon versterkt. Het betreffen de volgende ontwikkelingen:

- De impact van de mogelijkheid tot markttoetreding;
- De ontwikkeling van IP-TV in Nederland;
- De ontwikkeling van aardse digitale televisie in Nederland;
- De ontwikkeling van satelliet in Nederland.

De impact van de mogelijkheid tot markttoetreding

De Commissie geeft aan dat er ook rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid tot markttoetreding. Dit kan ondernemingen met grote marktaandeelen verhinderen om marktmacht uit te oefenen. Het is echter daarbij van belang om rekening te houden met de feitelijke context in Nederland. OPTA is van mening dat de werking die uitgaat van mogelijke markttoetreding zeer beperkt is. Zoals gezegd wordt dit mede veroorzaakt door het feit dat het opzetten van een nieuwe, concurrerende infrastructuur met een substantiële dekkinggraad een proces is dat jaren in beslag neemt. De dreiging voor incumbents voor een snelle afname van marktaandeel is daarmee gering. De incumbent kan hoge tarieven genereren, en mocht er zich inderdaad een nieuwe toetreder aandienen, dan kunnen de tarieven geleidelijk aan verlaagd worden, om op het moment waarop de dekking van de nieuwe toetreder inderdaad substantiële vormen heeft aangenomen (naar verwachting kan dit dus nog enkele jaren duren), de prijs te berekenen die het voor de nieuwe toetreder onmogelijk maakt daar veronder te duiken.

Het Dialogic rapport gaat, evenals het besluit van OPTA uitgebreid op overstapkosten in. Hieronder zal

enerzijds een aantal punten worden herhaald en anderzijds aanvullende informatie worden verschaft die ertoe leiden dat ook binnen de relevante tijdshorizon de marktstructuur niet dusdanig is dat van daadwerkelijke mededinging kan worden gesproken. Hieronder zal dit per infrastructuur nader worden onderbouwd. Bij de onderbouwing zal worden benadrukt dat de hooggespannen verwachtingen omtrent de impact van IP-TV enige nuance behoeven.

Als relevante tijdshorizon is door OPTA steeds gehanteerd de periode 2006 tot en met 2008, met daarbij in ogenschouw nemende ontwikkelingen in de periode na 2008 voorzover mogelijk. De beoogde regulering ziet toe op 2006-2008, waarbij bij de invulling van de regulering de periode na 2009 wordt meegewogen.

De ontwikkeling van IP-TV in Nederland

In het hiernavolgende gaat OPTA uitgebreid in op de verwachte ontwikkeling van en investeringen in IP-TV in Nederland, daar de Commissie lijkt te verwachten dat vanuit deze ontwikkeling toetreding is te verwachten, alsmede concurrentiedruk uitgaat op kabelmaatschappijen:

OPTA merkt op dat mogelijke aantallen gebruikers van IP-TV in Nederland positief zijn ingeschat. OPTA verwacht dat, bij een volledig landelijke uitrol, ongeveer 60% van de huishoudens een basisdienst geboden kan worden (daarmee wordt bedoeld een enkel gelijktijdig televisieprogramma met een kwaliteit vergelijkbaar met die van de kabel). Wil men de gebruiker echter een dienst bieden die (net als de kabel) het kijken naar verschillende programma's op twee toestellen mogelijk maakt, dan is er een hogere bandbreedte nodig, en daarbij neemt het percentage van de gezinnen dat bediend kan worden af. Hetzelfde geldt voor diensten van een hogere beeldkwaliteit (EDTV, HDTV).

De verschillende partijen die DSL-toegangsnetwerken bieden, waarden momenteel hun apparatuur op tot ADSL2+. ADSL2+ ondersteunt snelheden tot meer dan 20 Mbps, en lijkt daarmee een voor de hand liggende techniek om televisiebeelden te verspreiden.

Zoals beschreven in het Dialogic-rapport is er echter een relatie tussen de afstand van een abonnee tot de nummercentrale, en de maximaal te behalen snelheid. Ook andere factoren, zoals de kwaliteit van de aansluitlijn, spelen een rol. Hoe hoger de snelheid die men wil kunnen garanderen, hoe lager het percentage van de klanten dat bedient kan worden.

Omdat televisiediensten veel bandbreedte vereisen, heeft de aanbieder te maken met een trade-off tussen dekingsgraad en dienstenaanbod/kwaliteit. Bij het aanbod gaat het dan met name om de vraag of er meer stromen (televisieprogramma's, radioprogramma's en/of veeleisend internetverkeer) tegelijkertijd kunnen worden gebruikt. Bij de kwaliteit gaat het met name om de beeldkwaliteit: met name programma's met snelle beeldwisselingen (videoclips, beelden met panning) resulteert een te lage verbindingssnelheid in zichtbare problemen (artefacten).

Momenteel is het nog zo dat men bij snelle internetverbindingen per abonnee bekijkt wat de hoogst mogelijke snelheid is (die bedraagt 8 mbps bij de reguliere ADSL techniek). Bij televisiedistributie zal het, zowel commercieel als technisch, echter erg lastig zijn om per individuele gebruiker de kwaliteit te variëren. Het materiaal wordt in een bepaalde snelheid gecodeerd en vervolgens aan het hele

klantenbestand doorgegeven.

Zoals reeds in het Dialogic rapport is aangegeven is het op basis van de nu beschikbare informatie niet mogelijk goede uitspraken te doen over de te behalen dekking gegeven een bepaalde (strategische) keuze voor een kwaliteit en dienstenaanbod bij IP-TV. Wel is het zo dat geraadpleegde experts aangeven dat de genoemde trade-off een lastige is en dat bij een goede kwaliteit het onvermijdelijk is dat een substantieel deel van de abonnees buiten de boot valt.

Een andere vraag is die van de geografische spreiding van de dekking en de non-dekking. De brief van de Commissie geeft daarbij aan te verwachten dat de IP-TV dekking binnen de verzorgingsgebieden van de drie grote kabelaanbieders groter zal zijn dan de landelijke gemiddelde dekking. Dit verschil zal echter gering zijn, juist omdat het huidige bereik van de kabel (het percentage huishoudens dat kabeldiensten kan afnemen) op het hoge niveau van 95% ligt.

De Commissie geeft in haar brief aan dat de schakelkosten voor consumenten die al een ADSL aansluiting hebben gering zijn (daarmee specifiek doelend op de randapparatuur en niet de andere soorten schakelkosten). Ze gaat daarbij voorbij aan het feit dat er alsnog een extra decoder (zijnde een IP-TV decoder) moet worden gekocht. Ook moet in deze context worden opgemerkt dat het huidige ADSL-modem dat de klant al heeft veelal ongeschikt is om IP-TV stromen via ADSL2+ te ontvangen. Er kan niet worden gesteld dat de schakelkosten lager zijn dan bij andere platforms.

De Commissie dient tevens te betrekken bij een dergelijke suggestie dat het opzeggen van het kabelabonnement tevens het verlies aan analoge televisie voor de tweede en derde televisietoestellen betekent. De Commissie dient bij een dergelijke vergaande conclusie zich te baseren op een volledige vraag- en aanbodssubstitutie en niet één geïsoleerd element te gebruiken. Voor deze volledige analyse verwijst OPTA naar zijn besluit aangevuld met dit schrijven.

De Commissie gaat in op het door KPN aangekondigde aanbod van IP-TV, maar neemt daarbij niet in betrekking dat dit aanbod aanzienlijk duurder zal zijn dan dat van de kabelmaatschappijen en niet op de tweede en derde televisie zonder meerkosten is te bekijken.

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat de Commissie de aanwezigheid van een toekomstig aanbod van KPN lijkt te beschouwen als een indicatie dat kabelmaatschappijen zich niet langer onafhankelijk zullen kunnen gedragen. Indien echter volgens mededingingsrechtelijke principes wordt geanalyseerd dan luidt de conclusie dat wellicht van enige mate van potentiële concurrentie sprake kan zijn over een aantal jaar, maar dat IP-TV kabelmaatschappijen niet zodanig disciplineren dat zij zich niet meer onafhankelijk zouden kunnen gedragen.

De brief van de Commissie wijst op de aankoop van voetbalrechten door Versatel en de investeringen die dat bedrijf heeft aangekondigd voor de opwaardering van haar netwerk. Dat argument behoeft echter enige nuance.

Versatel kondigde in eerste instantie aan de voetbaluitzendingen exclusief via haar eigen netwerk aan te bieden (perbericht Versatel, 15 april 2005). Er rezen echter veel publieke twijfels over de mate waarin Versatel met haar eigen, opgewaardeerde netwerk deze uitzendrechten wel effectief kan

exploiteren. Niet lang daarna werd duidelijk dat ook Versatel zelf deze conclusie had getrokken, getuigen de onderhandelingen die het bedrijf was aangegaan met andere distributeurs van televisiediensten, om toch voldoende dekking om de aangekochte beeldmaterialen te kunnen exploiteren. Op 4 juni 2005 berichtte het Financiële Dagblad: "Versatel praat met kabelbedrijven en KPN-dochter Digtienne over het kopen van dekking in gebieden waar internet onvoldoende snel is voor live voetbal op televisie. Dat zeggen welingelichte bronnen." In juni 2005 liet het bedrijf dan ook weten uiteindelijk tot een overeenkomst te zijn gekomen voor verspreiding via CanalDigitaal (een grote concurrent, die de aankoop van deze voetbalrechten zelf juist was misgelopen). Uit het bovenstaande moet afgeleid worden dat het eigen (op te waarderen) netwerk onvoldoende dekking biedt om als substantiële concurrentie te beschouwen voor de kabelbedrijven. Overigens biedt Versatel momenteel geen aanbod van vrij toegankelijke rtv-programma's.

Overigens is het aantal abonnees (circa 35.000) van Versatel's IP-TV aanbod (eredivisievoetbal) ver achter gebleven bij de aanvankelijke verwachtingen (100.000 eind van 2005). Ook KPN zal pas in de loop van 2006 met een commerciële propositie komen.

De DSL-markt is een woelige markt, waar partijen zich een bestaansrecht (of overlevingskans) 'aankopen' door consumententarieven te hanteren die onder de kostprijs liggen. Sommige consumententarieven liggen zelfs amper boven de vastgestelde tarieven die de operator moet afdragen voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en de afdrachten voor het opstellen van de apparatuur in de kosten voor het opstellen van de apparatuur in wijkcentrales en voor transportcapaciteit naar de deze centrales. In deze markt zijn spectaculaire aankondigen van nieuwe producten en diensten en lage tarieven zeer gebruikelijk. Lang niet altijd worden ze nagekomen; soms zijn er grote vertragingen, soms komt het er nooit (vergelijk de term 'vaporware' in de computerwereld).

De vrijblijvendheid van de omvang van de betreffende investering door Versatel wordt geïllustreerd door de volgende quote: 'Als de hooggespannen verwachtingen uitkomen, dan heeft de overeenkomst [tussen Samsung en Versatel voor het opwaarderen van het netwerk en voor settop-boxen] een waarde van 340 miljoen dollar. Mocht Versatel dat geld niet volledig beschikbaar hebben dan kan het bedrijf altijd nog een beroep doen op grootaandeelhouder John de Mol, die onlangs voor 170 miljoen euro 41 procent van de aandelen van het telecombedrijf kocht.'

In de pers werd aangegeven dat Versatel bij haar televisiedienst uit gaat van minimale benodigde verbindingssnelheid van 2 Mbps (zie ZDnet, DSL-tv met live-voetbal blijkt Koreaans project, 23 december 2004). Veel experts achten dit echter een veel te lage verbindingssnelheid om betrouwbaar beeldmateriaal door te geven, zeker als het om materiaal gaat dat technisch gezien kritisch is (en voetbal, met de snelheid van de beelden en de pans, hoort daartoe).

De ontwikkeling van digitale aarde televisie in Nederland

In haar brief geeft de Commissie aan dat DVB-T in Nederland zal uitbreiden naar landelijke dekking en benoemt een aantal factoren als stijgende verkoopcijfers en dergelijke. In het hiernavolgende gaat OPTA uitgebreid in op de verwachte ontwikkeling van en investeringen in DVB-T in Nederland:

De ontvangst van DVB-T (in Nederland door Digtienne) kent een aantal beperkingen. In veel landen

waar deze techniek populair is, wordt uitgegaan van het gebruik van de bestaande dakantenne voor analoge ontvangst (zie bijvoorbeeld bij de succesvolle Engelse Freeview dienst:

<http://www.freeview.co.uk/whatdoineed/aerials.html>).

In Nederland is het aantal huishoudens dat (nog) een dergelijke antenne op het dak heeft staan echter heel erg klein (naar schatting kleiner dan 2%, en dat is dan ook nog voornamelijk in buitengebieden). Omdat het zeer lastig zal zijn de kijker zo ver te krijgen een nieuwe antenne op het dak te installeren, heeft de Nederlandse DVB-T aanbieder Digitenne besloten het product te profileren als een dienst met in-huis ontvangst. De decoder en antenne staan daarbij in directe nabijheid van het televisietoestel. Het doel is om in de gebieden waar dekking wordt geboden, dat in elk huis(kamer) wel een plekje gevonden moet kunnen worden waar ontvangst mogelijk is (hoewel wat schuiven, met name in de richting van een raam, vaak nodig zal blijven);

Het is echter zeer lastig om dat doel te realiseren.¹³ Door de demping die daarbij optreedt is het signaal binnenshuis slechter. Zeker bij meerlaags bouw en bij het gebruik van bepaalde bouwmaterialen (betonijzer, opgedampte folie op ramen, bepaalde type vliesgevels) is de demping erg hoog. Ook in Nederland blijken abonnees geconfronteerd te worden met ontvangstproblemen. Gebruikers maken er melding van dat na de ontvangstklachten de aanbieder (op eigen kosten) een buitenantenne was komen plaatsen, maar het zal duidelijk zijn dat het niet mogelijk is iets dergelijks op grote schaal vol te houden.

Door (veel) meer opstelpunten te realiseren kan de signaalkwaliteit binnenshuis worden vergroot, maar dat gaat gepaard met (zeer) hoge kosten terwijl het volledig garanderen van in-huis ontvangst nog steeds niet mogelijk zal zijn. Daarom verwacht OPTA dat dekkingsissues ook op termijn een belangrijke beperking zullen blijven vormen voor het aantal huishoudens dat feitelijk voor digitale aardse televisie kan kiezen, zelfs op het moment dat Digitenne de aangekondigde landelijke dekking heeft gerealiseerd. Daarbij speelt zeker ook het beeld mee dat in de media en op het internet (in fora) wordt gevormd; als dat eenmaal naar negatief omslaat kan dat vergaande gevolgen hebben. Mensen achten dan het omschakelrisico te groot;

Hoewel het met de beschikbare gegevens op dit moment niet mogelijk is om de dekkingsbeperkingen in termen van percentages van de televisiemarkt weer te geven, moeten er vooralsnog van uitgegaan worden dat het hier een beperking van blijvende aard betreft. De Commissie voert geen volledige analyse uit met betrekking tot overstapdrempels en substitueerbaarheid van infrastructuren, maar benoemt een aantal zaken die het product dat wordt aangeboden vergelijkbaar maakt met kabel. Het feit dat producten vergelijkbare kenmerken bevatten is nog geenszins gelijk aan de aanwezigheid van disciplinerende werking dan wel daadwerkelijke mededinging, hetgeen de Commissie lijkt te veronderstellen.

Het feit dat de top 10 kanalen via alle infrastructuren worden aangeboden en in het geval van digitale aardse televisie soms tegen lagere tarieven is juist een zeer belangrijke indicatie dat het DVB-T

¹³ In Engeland is inmiddels veel ervaring opgedaan met DVB-T ontvangst. De conclusie is doorgaans dat in-huis ontvangst zeer problematisch is (zie bijvoorbeeld <http://www.megalithia.com/elect/aerialsite/goodbadugly.html>)

product geen concurrent is van kabelmaatschappijen. Dit gegeven zou immers in een marktstructuur met daadwerkelijke mededinging hebben moeten leiden tot churn bij kabelmaatschappijen, terwijl het omgekeerd juist zo is dat kabelmaatschappijen in staat zijn gebleken hun tarieven te verhogen.

Daarbij komt dat kabelmaatschappijen met hun gecombineerde analoge en digitale propositie de overstapkosten naar elke andere infrastructuur aanzienlijk verhogen voor mensen met meerdere televisietoestellen in huis. De overstap naar DVB-T voor mensen met meer dan één TV is groot daar in meerdere decoders zal moeten worden geïnvesteerd.

De ontwikkeling van satelliet in Nederland

In de brief van de Commissie wordt onder meer ingegaan op de rol van satellietdiensten voor de verspreiding van vrij toegankelijke rtv-pakketten. Daarbij verwijst de Commissie met name naar het dat Canal Digitaal in de komende drie jaar verwacht door te groeien tot 1 miljoen klanten. OPTA merkt ten aanzien van de ontwikkeling van satelliet in Nederland het volgende op:

De uitspraak van Canal Digitaal komt in grote mate overéén met de conclusie van het Dialogic rapport, waarmee de onafhankelijkheid en betrouwbaarheid van het rapport wordt bevestigd. De groei van satellietgebruikers in Nederland is door OPTA onderzocht, alsmede de potentiële impact op de churn van kabeloperators. Dialogic concludeert dat minstens zestig procent van alle satellietgebruikers buiten kabeltelevisiegebied wonen en dat ditzelfde percentage voor nieuwe aansluitingen geldt. Dit betekent dat maximaal veertig procent van de te verwachten groei van satelliet de satellietaansluiting aanschaft als mogelijk substitueert voor de kabel.

Dialogic verwacht een toename van satellietaansluitingen tussen 2004 en 2008 van ongeveer 260,000 huishoudens. Veertig procent van deze groei heeft binnen kabelgebied plaats, hetgeen betekent dat circa 105,000 huishoudens tot 2008 satelliet aanschaffen als mogelijk substitueert voor de kabel; minder dan 2 procent van het totaal aantal televisiehuishoudens in 2008. Indien in ogenschouw wordt genomen dat het hier om 85% van de Nederlandse huishoudens gaat en de churn naar satelliet vanuit kabel zeer beperkt is gebleven kan onderbouwd worden geconcludeerd dat de komende drie jaar satelliet een gering aantal klanten van de kabel winnen.

Ook geeft de Commissie aan dat nog niet duidelijk is hoe de aanwezigheid van meer dan een televisietoestel in een huishouden een belemmering vormt. De belemmering is gelegen in het feit dat er een decoder nodig is. De meest gebruikelijk (enkele of 'single') decoder zet slechts een signaal om (dat wordt ook wel met een enkele tuner aangeduid, hoewel deze term technisch gezien niet altijd geheel juist is). Voor elke extra televisie (of een videorecorder) is een extra decoder nodig, en ook een extra smartcard. Beide leiden tot extra kosten. Er zijn tegenwoordig ook decoders op de markt die twee programma's omzetten ('twin tuners'). Deze zijn echter meer geschikt voor de aansluiting van een videorecorder dan voor een tweede televisie.¹⁴ Bovendien heeft Canal Digitaal, verreweg de grootste

¹⁴ Deze tuners hebben doorgaans een zogenaamde scart-aansluiting als videouitgang. Deze verbinding is echter voor maximaal enkele meters geschikt. Voor een langere verbinding is gespecialiseerde (al dan niet draadloze) apparatuur nodig. Daar komt bij dat de klant dan ook een oplossing voor de afstandsbediening zal wensen, aangezien het erg onhandig is naar beneden te moeten lopen om in de slaapkamer een ander programma te willen kijken.

satellietaanbieder in Nederland, geen twin tuners gecertificeerd voor gebruik met haar dienst. Deze conclusie maakt het nog minder waarschijnlijk dat er van een hoge churn bij kabelmaatschappijen sprake zal zijn, aangezien 48% van de Nederlandse huishoudens over twee of meer televisietoestellen beschikt.

Natuurlijk speelt bij digitale televisie via de kabel dezelfde discussie. Echter, zolang de kabelaanbieders nog tegelijkertijd het analoge signaal blijven distribueren, kan de (digitale) kabelkijker gemakkelijk een tweede toestel analoog blijven aansluiten, en is de belemmering aanzienlijk minder groot dan bij satellietontvangst (waar de prijs van een extra ontvanger al snel in de buurt van de waarde van het aangesloten tweede, kleine televisietoestel komt).

OPTA herhaalt dat er belemmeringen zijn bij het plaatsen van satellietantennes in Nederland. Zo zijn er gevallen waar het niet lukt om op eigen pand een antenne te plaatsen die goed gericht kan worden (bijv. omdat de buitenmuren van een flat alleen op het noorden liggen, of omdat het zicht op de satelliet sterk belemmerd wordt door andere hoge gebouwen). Anderzijds zijn er de (vermoedelijk nog grotere groep) gezinnen die om esthetische of sociale redenen liever geen antenne op hun pand installeren.

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat ook aan het tweede criterium is voldaan.

2.8 Criterium 3: De toepassing van het mededingingsrecht alleen is ontoereikendheid om de betreffende marktverstoringen te verhelpen

2.8.1 Standpunt Commissie

Dit criterium onderzoekt de mate waarin het mededingingsrecht voldoende is voor het verminderen of wegnemen van toegangsbelemmeringen of het herstellen van daadwerkelijke concurrentie. De Commissie acht de noodzaak van sectorspecifieke regels om op korte termijn de belangen van de consument te vrijwaren niet nodig. Hierbij spelen de volgende elementen een rol:

- i. De NMa heeft onlangs geoordeeld dat de tarieven in de zin van de Mededingingswet niet excessief zijn;
- ii. Kabelmaatschappijen verliezen momenteel klanten;
- iii. Marktdynamiek zal de mogelijkheid van de kabelmaatschappijen om hun prijzen verder te laten stijgen verder beperken;
- iv. Zelfs als tarieven zouden worden verhoogd is onduidelijk waarom het mededingingsrecht niet zou volstaan;
- v. De Commissie is bezorgd dat prijscontrole averechtse effecten kan hebben, in die zin dat regulering op zichzelf een toegangsbelemmering kan vormen die de ontwikkeling van alternatieve infrastructuur op de Nederlandse retailmarkt en de digitalisering van de kabelnetwerken.

2.8.2 Reactie OPTA

In het onderstaande zal OPTA op de door de Commissie genoemde elementen ingaan. OPTA ziet in de elementen van de Commissie geen aanleiding om haar standpunt te wijzigen dat het

mededingingsrecht niet voldoende is voor het verminderen of wegnemen van toegangsbelemmeringen of het herstellen van daadwerkelijke concurrentie.

De door de Commissie genoemde conclusie betreft een 'fragment' uit het NMa besluit, dat in de juiste context gelezen dient te worden. De NMa oordeelt dat er thans reeds sprake is van hoge rendementen en dat de markt zich leent voor sectorspecifieke regelgeving. Indien de beoogde regulering van OPTA geen doorgang kan vinden, is OPTA van oordeel dat niet langer gewaarborgd is dat consumenten bescherming genieten tegen het hanteren van excessieve tarieven van kabelmaatschappijen.

Ten aanzien van de opmerking van de Commissie dat kabelmaatschappijen momenteel klanten verliezen merkt het college op dat juist de analyse van OPTA uitwijst dat dit aantal zeer beperkt is, en dat dit vooral te maken heeft met de meest recente, zeer significante tariefsverhogingen van de grote kabelexploitanten. Wanneer alleen het feit dat 'er klanten vertrekken' beschouwd zou worden roept dit bovendien de vraag op waarom dit bij andere retail-markten (zoals vaste telefonie) anders zou worden beoordeeld.

Ten slotte merkt OPTA dat de Telecommunicatiewet meer mogelijkheden biedt dan de Mededingingswet waar het toezicht op tarieven aangaat. De NMa onderschrijft dit in haar besluiten.

OPTA is derhalve van oordeel dat ook aan het derde criterium is voldaan.

3. Reactie OPTA op interpretatie en toepassing van het regelgevend kader

3.1 Inleiding

Bij haar beoordeling van de ontwerpmaatregelen van OPTA heeft de Commissie geconcludeerd dat de door OPTA in de ontwerpmaatregelen onderscheiden retailomroepmarkten op grond van de ten tijde van haar brief beschikbare gegevens niet aan de drie criteria test uit de Aanbeveling van de Commissie voldoen en derhalve niet in aanmerking komt voor regelgeving ex ante. De ontwerpmaatregelen van OPTA zouden om die reden niet voldoen aan de vereisten van artikel 15, derde lid, van de Kaderrichtlijn, in samenhang met de Aanbeveling, en artikel 8 van de Kaderrichtlijn.

OPTA is van oordeel dat de Commissie hiermee een onjuiste invulling geeft aan de relevante regelgeving, en in het bijzonder aan de artikelen 15 en 16 van de Kaderrichtlijn. In dit hoofdstuk licht OPTA haar bezwaren met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het regelgevend kader toe. In dit verband zijn met name de volgende twee aspecten van belang.

In de eerste plaats zal OPTA beargumenteren dat uit de Kaderrichtlijn, de Aanbeveling, de Richtsnoeren en het Gemeenschappelijk Standpunt blijkt dat de nationale regelgevende instanties (hierna: nri's) een ruimere beoordelingsruimte toekomt met betrekking tot de relevante marktdefinitie en marktanalyseprocedure dan de Commissie in haar brief lijkt te onderkennen. OPTA werkt dit nader uit in paragraaf 3.2. In de tweede plaats, en daarmee samenhangend, plaatst OPTA kanttekeningen bij de interpretatie door de Commissie van de juridische status van (de inhoud van) de Aanbeveling. In dit verband is van belang de status van de drie criteria test en de verhouding van deze door de

Commissie in de Aanbeveling ontwikkelde toets met het vereiste uit de Kaderrichtlijn dat de markten dienen te worden gedefinieerd overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. OPTA werkt dit verder uit in paragraaf 3.3.

3.2 Beoordelingsruimte voor de nri's bij de marktdefinitie

3.2.1 Inleiding

Teneinde te kunnen beoordelen welke beoordelingsruimte een nri toekomt met betrekking tot de relevante marktdefinitie en marktanalyseprocedure, zal OPTA hierna kort de relevante bepalingen uit de Kaderrichtlijn, de Aanbeveling, de Richtsnoeren en het Gemeenschappelijk Standpunt weergeven. Vervolgens zal OPTA nagaan of deze beoordelingsruimte ruimer is dan de Commissie in haar brief lijkt te onderkennen.

3.2.2 Kaderrichtlijn en Aanbeveling

Op grond van artikel 16, eerste lid, van de Kaderrichtlijn voeren de nri's, zoveel mogelijk met inachtneming van de Richtsnoeren een analyse van de relevante markten uit, in voorkomend geval in samenwerking met de nationale mededingingsinstanties. De nri bepaalt vervolgens overeenkomstig de Richtsnoeren of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is, aldus artikel 16 tweede lid, van de Kaderrichtlijn. Indien een nri vaststelt dat een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, bepaalt de nri welke ondernemingen op die markt een aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 14 van de Kaderrichtlijn hebben en legt de nri passende verplichtingen op, aldus artikel 16, vierde lid, van de Kaderrichtlijn.

Op grond van artikel 15, eerste lid, van de Kaderrichtlijn heeft de Commissie de Aanbeveling vastgesteld. De kenmerken van de hierin genoemde markten kunnen zodanig zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn, onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd. De Commissie dient deze markten te definiëren overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. In dat kader maakt zij, blijkens overweging 9 van de Aanbeveling, onder meer gebruik van een drietal criteria (de drie criteria test), te weten:

- i. Aanwezigheid van hoge toetredingsbelemmeringen die niet van niet voorbijgaande aard zijn;
- ii. De marktstructuur neigt niet naar daadwerkelijke mededinging binnen een relevante tijdshorizon;
- iii. De toepassing van het mededingingsrecht alleen is ontoereikendheid om de betreffende marktverstoringen te verhelpen.

De nri's bepalen vervolgens op grond van artikel 15, derde lid, van de Kaderrichtlijn de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht, zoveel mogelijk rekening houdend met de Aanbeveling en de Richtsnoeren.

3.2.3 Richtsnoeren

De Richtsnoeren, die ingevolge artikel 16, eerste lid, van de Kaderrichtlijn bij de

mededingingsrechtelijke marktanalyse zoveel mogelijk in acht moeten worden genomen, bevatten de beginselen die de nri's dienen toe te passen bij de analyse van de markten en daadwerkelijke mededinging. In het eerste hoofdstuk wordt uitgebreid ingegaan op de beginselen en beleidsdoelstellingen van sectorspecifieke maatregelen, waarbij de eigen bevoegdheden van de nri worden uiteengezet. Ook geven de Richtsnoeren aan dat de nri's bij de uitoefening van hun taken uit hoofde van de artikelen 15 en 16 van de Kaderrichtlijn een aanzienlijke discretionaire bevoegdheid genieten. Hoofdstuk 2 gaat in op de definiëring van markten die niet in de Aanbeveling voorkomen. In hoofdstuk 2 komen de drie cumulatieve criteria uit de Aanbeveling van de Commissie niet voor. Het hoofdstuk bevat een 'klassieke' beschrijving van de criteria die bepalen of er sprake is van een relevante markt, zoals substitutie van vraag en aanbod.

3.2.4 Gemeenschappelijk Standpunt

Tijdens de onderhandelingen over de Kaderrichtlijn heeft de Raad het standpunt ingenomen dat het voorstel van de Commissie te weinig ruimte bood voor de lidstaten om in te spelen op de nationale omstandigheden. In het bijzonder heeft de Raad stilgestaan bij de bevoegdheden van nri's om relevante markten te bepalen. De Raad heeft in haar Gemeenschappelijk Standpunt aangegeven dat de Raad ernaar heeft gestreefd meer evenwicht te brengen tussen de behoefte aan flexibiliteit voor de nri's enerzijds en de behoefte aan een samenhangende communautaire aanpak anderzijds. Voorts heeft de Raad het van belang geacht om de rol van de nri bij het definiëren van de relevante markten op haar grondgebied te versterken, omdat veel markten nog steeds vooral van nationale of regionale aard zijn. In de tekst van het Gemeenschappelijk Standpunt wordt er derhalve in een samenhangende communautaire aanpak voorzien door middel van een aanbeveling van de Commissie inzake relevante markten voor producten en diensten en een vereiste voor nri's om de procedure van artikel 6 Kaderrichtlijn te volgen voor het definiëren van markten die verschillen van de in de aanbeveling genoemde.

3.2.5 Discretionaire bevoegdheid

Het hiervoor beschreven kader leidt tot de conclusie dat de nri's een analyse van de relevante markten dienen uit te voeren en tevens de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden dienen te bepalen. Deze procedure dient te worden uitgevoerd overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. Daarnaast dienen de nri's zoveel mogelijk rekening te houden met de Aanbeveling en de Richtsnoeren bij het bepalen van de relevante markten. Aan de nri komt daarbij een aanzienlijke discretionaire bevoegdheid toe. Deze discretionaire bevoegdheid is het gevolg van de onderhandelingen tussen de Raad en de Commissie en is uitdrukkelijk vastgelegd in de Kaderrichtlijn. Anders dan de Commissie lijkt te stellen, zijn de nri's bij hun marktdefinitie en hun marktanalyse niet beperkt tot de drie criteria.

OPTA heeft haar marktdefinitie en marktanalyse uitgevoerd overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht, daarbij zoveel mogelijk rekening houdend met de Aanbeveling en de Richtsnoeren. Deze handelwijze is geheel in overeenstemming met de relevante richtlijnbepalingen en binnen de eigen beoordelingsruimte van OPTA.

3.3 De drie criteria test uit de Aanbeveling in verhouding tot een analyse overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht

De Commissie komt bij de motivering van haar ernstige twijfels niet toe aan de enige rechtens relevante vraag, namelijk of OPTA de procedure voor de marktdefinitie en de marktanalyse overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht - en dus in overeenstemming met het relevante Gemeenschapsrecht - heeft uitgevoerd. Zij stelt daarentegen vast dat OPTA bij de uitvoering van de door haar in de Aanbeveling geïntroduceerde drie criteria test tot een onjuiste conclusie is gekomen en dat alleen daarom al de ontwerpmaatregelen niet verenigbaar zouden zijn met het Gemeenschapsrecht.

De Aanbeveling stelt zelf weliswaar in overweging 19 dat alle door de nri's bepaalde markten dienen te zijn aangewezen op basis van de mededingingsbeginselen die werden ontwikkeld in de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht en consistent moeten zijn met de Richtsnoeren, alsmede moeten voldoen aan de drie criteria, doch OPTA is op grond van een drietal redenen van oordeel dat dit laatste, aanvullende, vereiste niet zonder meer aan de nri's kan worden gesteld.

In de eerste plaats bepaalt artikel 249, vijfde alinea, van het EG-verdrag dat aanbevelingen van de Europese instellingen niet verbindend zijn. Dit betekent niet dat de Aanbeveling daarmee niet een belangrijke plaats inneemt in het reguleringskader, maar wel dat het niet zo kan zijn dat mogelijke strijd met het in de Aanbeveling door de Commissie gehanteerde toetsingskader van de onderhavige ontwerpmaatregelen op zichzelf voldoende is om te concluderen tot strijd met het Gemeenschapsrecht. Dit impliceert dat in een discussie omtrent de toepassing van de relevante bepalingen van het Gemeenschapsrecht tussen de Commissie en de nri, de Commissie op grond van de rechtens niet bindende Aanbeveling geen veto-beschikking kan geven. Weliswaar verwijst de Commissie in haar brief naar artikel 15, derde lid, (en artikel 8) van de Kaderrichtlijn, maar zoals hiervoor uiteengezet komt daarin de drie criteria test niet voor.

In de tweede plaats moeten de markten in de Aanbeveling ingevolge artikel 15, eerste lid, van de Kaderrichtlijn ook door de Commissie overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht worden gedefinieerd. In de op grond van dit artikellid vastgestelde Aanbeveling staan de relevante markten waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van ex-ante verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn, onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd. Hoe relevante markten in overeenstemming met het mededingingsrecht moeten worden bepaald en geanalyseerd heeft de Commissie uitgewerkt in haar Richtsnoeren. Hierin zijn geen nadere toetsingscriteria opgenomen die de nri's beperken bij het bepalen van de relevante markten in de zin van het mededingingsrecht.

De Aanbeveling is slechts een concrete opsomming van markten, namelijk die markten waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van ex-ante verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn. Om vast te kunnen stellen wanneer dit het geval is, heeft de Commissie de eerder genoemde drie cumulatieve criteria opgesteld en uitgewerkt in de overwegingen bij de Aanbeveling. Naast de markten uit de concrete opsomming van de Aanbeveling, kan een nri op grond van artikel 15, derde lid, van de

Kaderrichtlijn ook andere markten bepalen op grond van de beginselen van het mededingingsrecht. Dit betekent dat de Commissie de door OPTA bepaalde markt moet toetsen aan het algemene mededingingsrecht en niet kan volstaan met een toets enkel aan de drie criteria uit de Aanbeveling.

In de derde plaats geldt dat de drie criteria zelf niet één op één overeenstemmen met de overeenkomstig het mededingingsrecht uit te voeren marktdefinitie en marktanalyse, zoals deze nader zijn uitgewerkt in de hoofdstukken 2 en 3 van de Richtsnoeren. Een selectieve keuze zoals de Commissie heeft gemaakt bij de drie criteria test voor verschillende elementen van de marktdefinitie en marktanalyse uit het mededingingsrecht is in strijd met de systematiek daarvan. Een dergelijke keuze is evenmin terug te vinden in de Richtsnoeren. Bovendien geldt specifiek ten aanzien van het derde criterium, namelijk ontoreikendheid van het algemene mededingingsrecht, dat dit in het geheel niet voorkomt in de Richtsnoeren. Ten slotte is de drie criteria test als zodanig evenmin terug te vinden in de Richtsnoeren.

3.4 Conclusie

Op grond van het voorgaande concludeert OPTA dat de Commissie in haar brief voorbijgaat aan het feit dat de nri's de procedures voor de definitie en de analyse van de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden dienen uit te voeren, en wel overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. Daarbij komt aan de nri een aanzienlijke discretionaire bevoegdheid toe. OPTA heeft haar marktdefinitie en marktanalyse uitgevoerd overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht, daarbij zoveel mogelijk rekening houdend met de Aanbeveling en de Richtsnoeren. Deze handelwijze is geheel in overeenstemming met het relevante Gemeenschapsrecht.

Voorts concludeert OPTA dat de Commissie ten onrechte de toetsing aan de drie criteria test als leidend principe oplegt aan de nri's bij de beoordeling van de vraag of een markt voor regulering ex ante in aanmerking komt. Er bestaat daardoor onvoldoende juridische basis voor het opleggen van een eventueel veto. De Commissie heeft daarbij immers tot op heden nog niet de conclusie kunnen trekken dat OPTA de betreffende relevante markt in strijd met het Europese mededingingsrecht heeft bepaald, nu zij aan de beoordeling daarvan niet toekomt als gevolg van de introductie van de drie criteria toets als voorfase voor de eigenlijke procedure voor marktdefinitie en –analyse als bedoeld in de artikelen 15, derde lid, en 16 van de Kaderrichtlijn.

4. Overig

Deze brief bevat vertrouwelijke elementen. OPTA zal u zo spoedig mogelijk een openbare versie toesturen alsmede een Engels vertaling van deze brief (waarbij onderhavige Nederlandstalige brief leidend is).

OPTA is daarnaast uiteraard bereid tot het geven van nadere (mondelijke of schriftelijke) informatie. Hiervoor kunt u contact opnemen met Robin van Zoest via telefoonnummer: +31 70 315 92 29 of via <mailto:r.vanzoest@opta.nl>

OPTA vertrouwt er op, zoals door de Commissie in de bespreking van 8 november 2005 is aangegeven, dat OPTA in de gelegenheid zal worden gesteld om mondeling danwel schriftelijk te reageren op de door derden bij de Commissie ingediende zienswijzen, waarbij de Commissie OPTA een redelijke termijn zal geven om te reageren.

Hoogachtend,

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter