



VMW TAXAND

Aangetekend en per telefax: 070 315 3501
Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG



Datum: 18 augustus 2011
Uw kenmerk: OPTA/AM/2011/201380 - 10.0317.23
Ons kenmerk: 1000298
Onderwerp: YouCa / OPTA (Concept-oordeel Analyse Televisie & Concept-besluit ULL)
Doorkiesnr.: 020 301 66 33
E-mail: alex.meijer@vmwtaxand.nl

Geacht College,

Namens cliënte, YOUCA B.V. (hierna: "YouCa") gevestigd te Rotterdam richt ik mij tot u met het volgende.

YouCa heeft kennisgenomen van het concept-oordeel "Analyse Televisie" en het ontwerpbesluit "Marktanalyse ontbundelde toegang op wholesale niveau (ULL)" die uw College op 23 juni 2011 heeft gepubliceerd. OPTA heeft marktpartijen tot en met 18 augustus 2011 in de gelegenheid gesteld om naar aanleiding van het concept-oordeel en het ontwerpbesluit zienswijzen in te dienen. Van die mogelijkheid maakt YouCa graag gebruik. Deze schriftelijke zienswijze is op 18 augustus 2011 per aangetekende post, per telefax en per e-mail aan OPTA verzonden en derhalve tijdig ingediend.

YouCa wordt graag door OPTA in de gelegenheid gesteld deze zienswijze nader mondeling toe te lichten.

Deze zienswijze is in het geheel OPENBAAR.

Inleiding en samenvatting

1. Zonder overdrijving is YouCa van oordeel dat OPTA op het punt staat een historische vergissing te maken door UPC en Ziggo noch op de Televisiemarkt noch op de ULL-markt,

VMW Taxand N.V.
Advocaten
Belastingadviseurs
Notariaat

Piet Heinkade 55
Postbus 2911
1000 CX Amsterdam
Nederland

T +31 20 301 66 33
F +31 20 301 66 22
www.vmwtaxand.nl
www.taxand.com

Kamer van Koophandel
24436729
BTW
NL.8194.92954.B.01





aan regulering te onderwerpen. Indien OPTA haar oordeel over de Televisie en ULL-markt niet bijstelt, dan zal het huidige College van OPTA de geschiedenis ingaan als het College dat de machtspositie van de kabelbedrijven, zowel gewild als geweten, heeft bestendigd, en dat mede daardoor het monopolie in de telecommarkt dat ooit in handen was van het staatsbedrijf KPN heeft overgedragen aan de kabelbedrijven. Dat zou een ontluisterend slot zijn van ruim 15 jaar kabel- en telecomregulering in Nederland. Dit klemmt temeer omdat een dergelijke onevenwichtigheid van grote betekenis is voor de ontwikkeling van de telecom- en informatiemarkten op de langere termijn, ook omdat deze in de kern foutieve marktstructuur niet meer of alleen met zeer veel moeite zal kunnen worden hersteld. Dit gaat ten koste van de te behalen welvaartswinsten, omdat de Nederlandse markten hierdoor suboptimaal zullen presteren.

2. Iedereen- ook OPTA - is het er over eens dat dienstenconcurrentie het doel is. Die dienstenconcurrentie op ieder huisadres in Nederland komt echter alleen van de grond als er twee¹ infrastructures zijn waarop wholesale toegang mogelijk is. OPTA lijkt op de korte termijn echter nog uitsluitend in te zetten op de stimulering van netwerkconcurrentie. Dienstenconcurrentie op kabelnetten is nodig om prijsdruk tot stand te brengen en consumenten van innovatieve diensten te voorzien. In de huidige markt worden consumenten door hun kabel-aanbieder gedwongen meer af te nemen dan zij wellicht nodig hebben en betalen zij daarvoor een prijs die aanmerkelijk hoger is dan de onderliggende kosten rechtvaardigen. Alle serieuze concurrentie in de markt moet bij KPN vandaan komen of van partijen die zich van het KPN-netwerk bedienen om hun klanten aan te sluiten.
3. Door technische en geografische omstandigheden (zie hierna) is het niet mogelijk om over het KPN netwerk iedereen in Nederland een daadwerkelijk concurrerend televisie-aanbod te kunnen doen. In haar wensdenken overschat OPTA de concurrentiemogelijkheden (nu en in de toekomst) van andere TV-infrastructures, waaronder de mogelijkheden van het KPN netwerk. De markt onderkent echter de beperkingen van de KPN-infrastructuur, daarom worden lokaal en regionaal investeringen gedaan in derde infrastructures. Die investeringen zouden overbodig zijn bij een open en gereguleerde Kabel. Probleem is echter dat de - in de ogen van YouCa ondeugdelijke - argumenten van OPTA om de kabel niet open te stellen in de volgende reguleringsperiode nog minder aanleiding zullen geven om de Kabel open te stellen. Hierdoor wordt (a) onnodig geïnvesteerd in infrastructuur en komt (b) dienstenconcurrentie eerst jaren later tot stand dan mogelijk zou zijn, waardoor (c) de dominante positie van de kabelbedrijven en hun vermogen tot het behalen van bovenmatige rendementen door OPTA wordt bestendigd.

¹ Meer open infrastructures zijn niet nodig. De aanleg van een derde infrastructuur of meer is niet nodig voor effectieve diensten concurrentie. Beleid van OPTA dat desondanks leidt tot de aanleg van zo'n derde infrastructuur leidt in de ogen van YouCa tot (vermijdbaar) welvaartsverlies.



4. Terugkijkende op de reguleringsperiode 2012-2014, zal men in 2015 vaststellen dat dit de reguleringsperiode was waarin een groot deel van Nederlandse consumenten één van zijn twee aansluitingen definitief de deur deed. COAX of koper, daar gaat het de komende drie jaar om. Naar verwachting van YouCa zal de keuze van consument daarbij meer uitgaan naar COAX dan naar koper.
5. Uit het *over all* beleid van OPTA blijkt niet dat zij inziet dat COAX en koper de afgelopen jaren functioneel naar elkaar zijn toegegroeid en zich allebei hebben ontwikkeld tot breedband-infrastructuren waarover interactieve televisie in HD-kwaliteit kan worden aangeboden in samenhang met breedband internet en telefonie. OPTA ziet niet dat koper inmiddels ver voorbij is gestreefd door COAX en dat koper die achterstand in feite niet meer zal kunnen inhalen. Zelfs indien KPN haar belofte aan haar eigen aandeelhouders waarmaakt en inderdaad eind 2013 76%² van de huishoudens in potentie kan aansluiten op een IP-aansluiting van 40 Mbit/s³ (hetgeen nodig is om twee interactieve tv-kanalen in HD-

² Zie randnummers 11 en 157 van het concept-oordeel. YouCa betwijfelt sterk of het KPN gaat lukken deze dekkingsgraad per eind 2013 te realiseren. YouCa meent dat OPTA deze feitelijke mededeling van OPTA te kritiekloos overneemt. KPN is in het verleden wel vaker over-optimistisch gebleken bij het schetsen van tijdpaden (denk bijvoorbeeld aan de moeizame introductie van IPTV van KPN). Ten onrechte neemt OPTA dit niet mede in aanmerking.

³ De door KPN aangegeven 40 Mbit/s moet bovendien worden gerelativeerd. Het betreft een theoretische technisch natuurkundige snelheid net als de 20 Mbit/s die men nu aanbiedt maar feitelijk nergens op een stabiele manier kan realiseren. YouCa wijst hierbij op een onderzoek uitgevoerd door de Consumentenbond.

"De meeste aanbieders van internet komen beloftes over downloadsnelheid niet na. Bij populaire internetabonnementen van 20Mb halen alle grote ADSL-aanbieders met moeite de helft van de beloofde snelheid. Dat blijkt uit onderzoek van de Consumentenbond.

Volgens de Consumentenbond doen kabelbedrijven het een stuk beter. Zo haalt Ziggo 80 procent van de beloofde downloadsnelheid en UPC 62 procent. Als de echte snelheid van downloaden wordt afgezet tegen de prijs, ontstaan er grote verschillen tussen aanbieders. XS4ALL en KPN zijn dan ronduit duur, terwijl UPC het goedkoopst is, aldus de Consumentenbond."

http://www.joop.nl/media/detail/artikel/consumentenbond_internet_vaak_langzamer_dan_beloofd/

Hoewel in OPTA bijeenkomsten " De Kabel " altijd aangeeft van KPN sterke concurrentie te ondervinden door producten als ADSL en VDSL laat men regelmatig aan de consument weten dat kabel superieur is.



kwaliteit te kunnen leveren met breedband internet en telefonie), dan nog kunnen KPN en degenen die hun diensten over het netwerk van KPN aanbieden 24 % van de huishoudens niet een dergelijke productaanbod doen; *nu niet en nooit*. Deze huishoudens liggen eenvoudigweg op te grote afstand van KPN-centrales om dergelijke bandbreedtes te realiseren en het verder uitrollen van het netwerk is economisch gezien niet rendabel. Omdat alle concurrenten van "De Kabel" afhankelijk zijn van toegang tot het netwerk van KPN in hun concurrentie met KPN en "De Kabel", staat op voorhand vast dat - grofweg - een kwart van de huishoudens gebonden afnemers van "De Kabel" is en zal blijven, tenzij OPTA met regulering ingrijpt.

Om dit percentage van 24% in perspectief te plaatsen merkt YouCa op dat toen een aantal jaren geleden analoge ethertelevisie moest worden uitgeschakeld, dit in Politiek Den Haag nog heel wat voeten in de aarde heeft gehad omdat nog ongeveer 60.000 huishoudens (minder dan 1%) hiervan gebruik maakten. Tegen die achtergrond is het moeilijk te begrijpen dat OPTA het laat gebeuren dat straks zeker een kwart van de huishoudens geen serieus concurrerend televisieaanbod zal kunnen ontvangen.

6. Voor YouCa is evident - OPTA ziet het niet - dat verglazing, satelliettelevisie en digitenne dit probleem niet gaan oplossen. Als in de buitengebieden investeren in het kopernet al niet rendabel is dan is investeren in Glas dat evenmin. Satelliettelevisie biedt weliswaar een breed palet aan programma's, maar geen on demand TV.. Bovendien blijft de consument voor internet en telefonie afhankelijk van een andere aanbieder. DVBT blijft kwalitatief aanmerkelijk achter bij digitale kabeltelevisie biedt geen HDTV en geen on demand en heeft technisch daarvoor ook niet de ontwikkelingsmogelijkheden⁴.
7. In dit alles weegt OPTA de rol van analoge televisie veel te licht. Het niet kunnen aanbieden van analoge televisie is voor alternatieve aanbieders als YouCa een daadwerkelijke en

"NLkabel, de belangenvereniging van de kabelaars, stelt dat uit metingen van iPing Research blijkt dat kabelabonnees gemiddeld viermaal sneller downloaden dan adsl-gebruikers. Ook zou de prijs/prestatie verhouding van de kabel beter zijn (...) NLkabel stelt dat kabelinternetaanbieders dankzij een grotendeels verglaasd netwerk nog meer afstand zullen nemen tot adsl en vdsl. De belangenvereniging stelt dat adsl inmiddels de onderkant van de markt bedient en claimt verder dat de uploadsnelheden op de kabel binnenkort hoger zullen liggen dan de downloadsnelheden die adsl-abonnees momenteel behalen.."

<http://tweakers.net/nieuws/72985/kabelinternet-gemiddeld-viermaal-sneller-dan-adsl.html>

⁴ DVBT een broadcast netwerk zonder 'retourpad' waarvoor geen additionele frequentieruimte beschikbaar zal komen (NB zeker niet in de komende reguleringsperiode) die toereikend is om de kwaliteit toekomstbestendig te maken. Het realiseren van een retourpad zal nooit mogelijk worden.



ernstige toetredingsdrempel (zie ook hierna). Het is dan ook niet voor niets dat een partij als Tele2, die een eigen digitale IP TV operatie heeft over het netwerk van KPN, vooraan in de rij stond gebruik te maken van het vernietigde WLR-C besluit. Binnen enkele weken kreeg men duizenden aanvragen. YouCa wijst ook op cijfers van de Stichting Kijkonderzoek waaruit blijkt dat dat meer huishoudens de mogelijkheid hebben digitaal televisie te kijken, maar ook dat momenteel de helft van de kijktijd via het analoge signaal verloopt. Ook digitale huishoudens kijken nog steeds analoog, met name op tweede toestellen in huis.

8. In haar prospectieve beoordeling van de verschillende telecommarkten mist OPTA de werkelijk relevante trends. (i) de concurrentiestrijd op de retailmarkten voor Televisie, Internet en Telefonie zal de komende drie jaar uitgevochten worden op de Televisiemarkt. Consumenten kiezen op basis van het Televisieaanbod; Internet en Telefonie worden in rap tempo homogene commodity producten. (ii) centraal in die strijd zal interactieve televisie in HD-kwaliteit staan. Degene die de meeste consumenten HD TV over twee kanalen⁵ kan bieden wint die strijd, omdat deze die klant ook van breedband internet en telefonie kan voorzien. (iii) Consumenten zullen de komende jaren dus massaal overstappen van twee naar één aansluitingen en kiezen voor COAX of koper.⁶
9. Met haar reguleringsbeleid (of beter gezegd het volledig ontbreken van regulering) doet OPTA 24% van de huishoudens eenvoudigweg cadeau aan UPC, Ziggo en de rest van de Kabelbedrijven. 24% van de huishoudens wordt door OPTA bewust onbereikbaar gehouden voor ieder relevant concurrerend televisie/internet/telefonie aanbod. Zonder toegang tot de netwerken van Ziggo, UPC en de rest van de Kabelbedrijven worden KPN, Tele2 en andere concurrerende aanbieders zoals YouCa bij deze consumenten weggehouden.
10. Hoe men het wendt of keert; de kabel in Nederland (UPC en Ziggo voorop) heeft momenteel technisch gezien en qua geografische dekking een product dat superieur is, in vergelijking met dat van de concurrentie. "De Kabel" is momenteel de enige die 98% van de Nederlandse huishoudens heeft aangesloten op voldoende bandbreedte om gelijktijdig twee tv-kanalen in HD-kwaliteit aan te bieden met on demand faciliteiten, samen met breedband internet en telefonie.
11. Het is in de ogen van YouCa onbegrijpelijk dat OPTA de beste infrastructuur momenteel ongereguleerd laat. In een markt waarin de concurrentie hoofdzakelijk plaatsvindt tussen COAX en koper (tussen Kabel en KPN) is het onbegrijpelijk dat OPTA er voor kiest één van die twee infrastructuren middels regulering open te stellen voor concurrentie, terwijl zij de andere infrastructuur geheel gesloten laat. *Die* beslissing is al niet te begrijpen. Maar zelfs als OPTA zou mogen kiezen tussen één van beide netwerken om de een *wel* en de ander niet te reguleren, dan is het niet te begrijpen dat OPTA er juist voor kiest de infrastructuur

⁵ Zodat gelijktijdig een programma gekeken kan worden en kan worden opgenomen.

⁶ Dan wel glas in gebieden waar koper door glas vervangen is.



met de grootste dekking (98% op dit moment) en waarover technisch gezien het meest superieure product geleverd kan worden, gesloten houdt en het netwerk dat in het meest positieve scenario pas eind 2013 maximaal 76% van de huishoudens op breedbandige infrastructuur zal aansluiten waarover een daadwerkelijk concurrerend product kan worden geleverd, door middel van regulering openstelt.

12. Het verschil in benadering is naar het oordeel van YouCa te verklaren, doordat het netwerk van KPN in de marktanalyses (vanuit de historie) nog steeds gezien wordt als een netwerk waarover eerst telefonie en later (breedband) internet kon worden aangeboden. Het KPN-netwerk is vanaf 1997 steeds het netwerk geweest waartoe andere aanbieders toegang dienden te krijgen teneinde hen een ingang te verschaffen op de retailmarkt. Vandaaruit hebben verschillende telecom-aanbieders in de loop van de tijd geïnvesteerd in de aanleg van eigen netwerkinfrastructuur en op die manier hun afhankelijkheid van het netwerk van KPN gaandeweg teruggebracht.
13. Waar het gaat om het bedienen van de consumentenmarkt zien we dat die ontwikkeling op een punt is aanbeland dat de grotere spelers in de markt allemaal in meer of mindere mate over een eigen backbone infrastructuur beschikken, maar voor het aansluiten van consumenten op dat netwerk zijn aangewezen op toegang tot het aansluitnetwerk van KPN (glasinitiatieven daargelaten). Dit is voorwerp van het ULL-besluit.
14. "De Kabel" wordt door OPTA nog steeds gezien als een netwerk, waarover radio en televisie wordt geleverd. "De Kabel" heeft zich sinds 1997 echter ontwikkeld van een netwerk waarover eerst analoge televisie, toen digitale televisie, vervolgens interactieve televisie en thans digitale interactieve televisie in HD- en HD 3D kwaliteit geleverd kan worden. Van een unidirectioneel broadcast netwerk voor de distributie van analoge signalen is "De Kabel" geëvolueerd tot een super breedband datanetwerk dat nagenoeg ieder huishouden in zijn verzorgingsgebied kan aansluiten, maar waarop slechts één aanbieder – de eigenaar – toegang heeft.
15. In deze ontwikkeling komt het punt in zicht waarop het kopernetwerk aan het maximum van zijn mogelijkheden is aanbeland. Op voorwaarde dat de afstand tussen de centrale en de huisaansluiting niet te groot wordt, kan KPN met vdsl-technieken een breedbandaansluiting leveren van 40Mbit/s; voldoende voor de gelijktijdige ontvangst van twee interactieve TV-kanalen in HD-kwaliteit, inclusief radio, breedband internet en telefonie. Technisch gezien zijn weliswaar steeds hogere bandbreedtes mogelijk doch over steeds kortere afstanden, waardoor op een zeker moment een punt bereikt wordt waarop verdere uitrol van het netwerk bedrijfseconomisch gezien niet langer rendabel is.
16. In dit verband wordt gerefereerd aan de situatie in België, waar de toezichthouders reguleringsbesluiten over de toegang tot de kabel hebben genomen, die ook inhoudelijk aanzienlijk verder gaan dan wat nu in Nederland voorligt. De Belgische



marktomstandigheden zijn, naar de mening van YouCa, niet zoveel anders dan in Nederland dat daardoor het grootst mogelijk verschil in reguleringsbesluiten: wel of geen regulering, kan worden gerechtvaardigd. In dit verband is ook van belang dat de Europese Commissie geen overwegende bezwaren tegen het Belgische besluit heeft. Europa kent twee landen die van oudsher zeer dicht bekabeld zijn (Nederland en België). Waar het in de zuidelijke Europese lidstaten nog nodig is de kabel "te gebruiken" om het oude telecom staatsmonopolie aan te vallen bestaat die noodzaak in Nederland en België niet langer. In België hebben toezichthouders dit begrepen en de Europese Commissie inmiddels kennelijk ook.

17. YouCa herhaalt dat het beleid, of het ontbreken daarvan, van OPTA niet zal leiden tot welvaartswinst maar tot welvaartsverlies. Zowel politiek, OPTA als marktdeskundigen zijn het er over eens dat dienstencompetitie het doel is. Deze kan worden gerealiseerd met twee open netwerken, meer is niet noodzakelijk. Omdat er momenteel slechts één open en gereguleerd netwerk is – dat ook nog eens het inferieure netwerk is – zien we in de markt lokale overheden en private partijen derde netwerken ontwikkelen. Deze netwerken zouden nimmer worden aangelegd als men op wholesale niveau toegang had tot beide bestaande netwerken, die in de komende 20 jaar hoe dan ook allebei verder zullen verglazen. Verglazing van het KPN netwerk tot een volledig dekkend FTTH netwerk zal bij het thans voorgenomen reguleringsbeleid overigens niet tot stand komen. De kosten voor het aanleggen van de derde netwerken zullen uiteindelijk ook door de consument moeten worden opgebracht het geen onherroepelijk zal leiden tot welvaartsverlies. Dit kan en mag niet de uitkomst zijn van het door OPTA gevoerde beleid.
18. YouCa meent dat het door OPTA gegeven concept-oordeel te weinig aansluit bij de werkelijkheid op de markt van kabelaars, programma-aanbieders en consumenten en OPTA zich teveel laat leiden door de waan dat in de drie voor ons liggende jaren de digitalisering alle bestaande problemen wel zal oplossen. Zoals uit de eigen onderzoeken van OPTA blijkt zijn die veronderstellingen met grote onzekerheid omgeven. Zoals uit de kritiek van YouCa blijkt zal daarvan geen sprake zijn.
19. OPTA gaat met zijn concept-oordeel ook voorbij aan de breed in de samenleving geconstateerde monopoliepositie van de kabel in zijn verspreidingsgebied. Zowel in de bevolking als in de politiek bestaat een breed draagvlak voor regulering van de kabel. Zie daarvoor de recent aangenomen amendementen op de Telecomwet en de Mediawet en het algemene publicitaire onbegrip toen het CBB de door OPTA voorgestelde regulering afwees op voor niet juridische ingewijden duistere gronden. OPTA lijkt nu hetzelfde te gaan doen als zij niet in staat blijkt voor dit markt- en maatschappelijk probleem een adequate markttechnisch (en) juridische oplossing te bieden.
20. De navolgende zienswijze richt zich zowel tegen het ontwerp ULL-besluit als tegen het concept-oordeel "Analyse Televisie", waarbij de nadruk ligt op dit laatste besluit/oordeel.



21. Met betrekking tot het ULL-besluit is YouCa van oordeel dat waar op de consumentenmarkt de producten over Kabel en koper in toenemende mate identiek zijn, de huidige asymmetrische regulering van de onderliggende Wholesale markt (ULL over Kabel niet en ULL over koper wel) niet kan worden volgehouden.
22. Met betrekking tot het concept-oordeel "Analyse Televisie" zal YouCa hierna aanvoeren dat OPTA de *rechtsplicht* heeft dit oordeel in een besluit neer te leggen zodat YouCa en andere belanghebbenden daartegen beroep kunnen instellen bij het College van beroep voor het bedrijfsleven.
23. Vervolgens zal YouCa betogen dat de zogeheten drie-criteria toets wel gehaald kan worden en dat OPTA bij gevolg niet ontkomt aan het nader onderzoeken en uiteindelijk reguleren van de Televisiemarkt en het in hun verzorgingsgebied aanwijzen van - ten minste - Ziggo en UPC als partijen met een aanmerkelijke marktmacht.

Juridisch kader

24. Het relevante juridisch kader is door OPTA adequaat samengevat in hoofdstuk 2 van het concept-oordeel en in hoofdstuk 2 van het ontwerp ULL-besluit. YouCa volstaat met korthedshalve naar die twee hoofdstukken te verwijzen.
25. In deze zienswijze zal worden verwezen naar verschillende juridische en andere documenten en bronnen. Het gaat daarbij om:
 - Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevend kader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PbEG 2002 L 108/33), hierna: "de Kaderrichtlijn";
 - Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (PbEG 2002 L 108/7), hierna: "de Toegangsrichtlijn";
 - Aanbeveling 2007/879/EG van 17 december 2007 van de Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (PbEG 2007 L 344/56), hierna: "de Aanbeveling";
 - Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten, 2002/C/165/03; PbEG C165/6), hierna: "de Richtsnoeren";



Concept-oordeel "Analyse Televisie"

Geen oordeel maar besluit

Inleiding

26. Voordat YouCa op de inhoud van het concept-oordeel ingaat, merkt zij op onaangenaam verrast te zijn door het feit dat OPTA ervoor heeft gekozen om geen marktanalysebesluit terzake van de televisiemarkt te nemen, maar te volstaan met een "oordeel". YouCa meent dat OPTA ten onrechte niet van plan is haar beslissing in de vorm van een besluit neer te leggen. Daardoor worden er – bewust of onbewust – door OPTA procedurele belemmeringen opgeworpen die het YouCa bemoeilijken het oordeel van OPTA aan de bestuursrechter ter toetsing voor te leggen. YouCa meent dat de uiteindelijke beslissing van OPTA om de Televisiemarkt niet langer te reguleren een besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, althans dat OPTA de keuze heeft haar oordeel in een besluit te vervatten en dat zij haar beslissing in de vorm van een besluit dient te nemen. Ter toelichting hierop wordt het navolgende aangevoerd.

Periode van regulering dient met een besluit te worden afgesloten

27. In de randnummers 1 t/m. 3 en 22 t/m. 24 van het concept-oordeel licht OPTA haar keuze voor een oordeel in plaats van een besluit toe. In randnummer 22 verwijst OPTA naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: "CBb") van 18 augustus 2010 (LJN: BN4243), waarin het CBb de vier Marktanalysebesluiten Omroep van OPTA van 5 maart 2009 (hierna: "de omroepbesluiten 2009") heeft vernietigd. In de omroepbesluiten 2009 had OPTA geconcludeerd dat de televisiemarkten waarop UPC en Ziggo actief zijn in aanmerking komen voor regulering. Aan UPC en Ziggo waren verplichtingen opgelegd, waaronder de verplichting om andere aanbieders de mogelijkheid te geven om het analoge televisiepakket te wederverkopen (WLR-C). OPTA concludeert dat als gevolg van de vernietiging door het CBb de televisiemarkt niet langer gereguleerd is.
28. Het CBb heeft de omroepbesluiten 2009 vernietigd op de geografische marktafbakening. OPTA had onder meer op grond van afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de verschillende kabelbedrijven geconcludeerd dat sprake was van geografische markten die zich beperken tot het verzorgingsgebied van de verschillende kabelbedrijven c.q. dat sprake was van regionale markten. Het CBb was van oordeel dat het OPTA dit onvoldoende aannemelijk had gemaakt en dat de geografische markt derhalve niet was afgebakend in overeenstemming met randnummer 56 van de Richtsnoeren.
29. OPTA geeft vervolgens aan dat zij voor de keuze stond om een herstelbesluit te nemen, dan wel een volledige marktanalyseprocedure uit te voeren. OPTA heeft voor dat laatste



gekozen om de veranderingen in deze markt te kunnen betrekken bij de oordeelsvorming” (vgl. randnummer 24).

30. Bij de te volgen procedures voor de marktdefinitie en de marktanalyse dient OPTA onder meer rekening te houden met de Aanbeveling en de Richtsnoeren. De Commissie heeft op 17 december 2007 de Aanbeveling goedgekeurd betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig de Kaderrichtlijn aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (2007/879/EG). De Aanbeveling is tot stand gekomen op grond van artikel 15, eerste lid, van de (oude) Kaderrichtlijn. Deze Aanbeveling vervangt de eerdere Aanbeveling van 11 februari 2003 (2003/311/EG).
31. In de Aanbeveling geeft de Commissie aan welke relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector voor ex-anteregulering in aanmerking komen, omdat op die markten nog onvoldoende concurrentie bestaat. Aan de hand van een drietal cumulatieve criteria (waarover nog nader) heeft de Commissie vastgesteld of de afgebakende markten zodanige kenmerken hebben dat het opleggen van wettelijke verplichtingen op de diverse markten gerechtvaardigd kan zijn. Indien OPTA een markt wil bepalen die niet in de Aanbeveling staat, zal zij moeten aantonen dat deze markt ook aan de drie criteria voldoet.
32. OPTA stelt zich in het concept-oordeel op het standpunt dat als gevolg van de uitspraak van het CbB van 18 augustus 2010, de televisiemarkt niet langer gereguleerd is. YouCa bestrijdt dit standpunt. Naar haar oordeel leidt de vernietiging van de omroepbesluiten 2009 ertoe dat de omroepbesluiten die tot 5 maart 2009 van kracht waren (de omroepbesluiten uit 2006; hierna: “de omroepbesluiten 2006”) daaraan voorafgaand omroepbesluiten uit 2006 herleven. De beslissing tot intrekking van de omroepbesluiten 2006 was immers onderdeel van de omroepbesluiten 2009. Door de algehele vernietiging door het CbB van het omroepbesluit 2009 is ook de intrekking door OPTA van het omroepbesluit 2006 vernietigd. Die intrekking wordt met terugwerkende kracht niet geacht te hebben bestaan en dus herleeft in deze redenering het omroepbesluit 2006, waarin partijen als UPC waren aangewezen als marktpartijen met een aanmerkelijke marktmacht en waarin voor partijen als UPC verplichtingen waren opgenomen.
33. YouCa is bekend met de uitspraak van de Voorzieningenrechter van het CbB van 15 november 2010 (LJN: BO6543; Kabelkrant Dinxperlo) waarin de voorzieningenrechter (beslissende als bodemrechter) tot het oordeel kwam dat de oude verplichtingen uit de omroepbesluiten 2006 niet herleefden door vernietiging van de marktanalysebesluiten 2009. YouCa blijft evenwel van oordeel dat uit het stelsel van de artikelen 6 en 7 van de Toegangsrichtlijn (2002/19/EG) volgt dat niet alleen het opleggen, maar ook het intrekken van verplichtingen steeds op een marktanalysebesluit gebaseerd moet zijn. Zo bepaalt artikel 7, lid 3 van de Toegangsrichtlijn:



“De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties zo spoedig mogelijk na inwerkingtreding van deze richtlijn, en vervolgens op gezette tijden, een marktanalyse uitvoeren volgens de procedure van artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) om te bepalen of de betrokken verplichtingen moeten worden gehandhaafd, gewijzigd of opgeheven. Voor de voorafgaande kennisgeving aan de partijen waarvoor een dergelijke wijziging of opheffing van verplichtingen geldt wordt een passende termijn in acht genomen.”

Artikel 6, lid 3 van de Toegangsrichtlijn bepaalt (onder andere):

“(...) wanneer een nationale regelgevende instantie uit [de] marktanalyse opmaakt dat één of meer exploitanten op de desbetreffende markt geen aanmerkelijke marktmacht bezitten, kan zij de voorwaarden met betrekking tot die exploitanten wijzigen of intrekken (...)”

34. Naar het oordeel van YouCa volgt aldus uit de Toegangsrichtlijn dat het wel of niet bestaan van een aanwijzing en het bijgevolg wel of niet opleggen van verplichtingen steeds op een marktanalysebesluit dient te berusten. Anders gezegd: de Toegangsrichtlijn gaat ervan uit dat er altijd een marktanalysebesluit van kracht is op grond waarvan een marktpartij al dan niet is aangewezen. Dit betekent dat in een geval als dit, waarin een aanwijzing met verplichtingen wordt “opgevolgd” door een nieuwe aanwijzing met verplichtingen de vernietiging van de nieuwe aanwijzing er niet toe kan leiden dat een regulatorisch vacuum ontstaat.
35. Dat de Richtlijnwetgever een sterke wens had om een regulatorisch vacuum te voorkomen blijkt naar het oordeel van YouCa uit de overwegingen bij de Toegangsrichtlijn. Verwezen zij naar overweging 12 dit met zoveel woorden wordt overwogen:

“Om de continuïteit van de bestaande afspraken te waarborgen en te voorkomen dat een rechtsvacuüm ontstaat, moet ervoor gezorgd worden dat de verplichtingen [op grond van het oude regelgevend kader] in een eerste stadium in het nieuwe regelgevend kader worden overgenomen, zij het met de mogelijkheid deze onmiddellijk te herzien in het licht van de heersende marktomstandigheden. (...)”

36. Indien de Richtlijnwetgever het belangrijk vond dat geen rechtsvacuüm zou ontstaan tussen het oude en nieuwe regelgevend kader, ziet YouCa niet in waarom zo'n rechtsvacuüm opeens wel acceptabel is tussen op elkaar volgende marktanalysebesluiten.
37. Die continuïteitsgedachte van de Richtlijnwetgever blijkt verder uit de artikelen 1 en 5 van de Toegangsrichtlijn. Zo bepaalt artikel 1, lid 1 van de Toegangsrichtlijn dat de doelstelling van deze richtlijn is om:



"... met inachtneming van de beginselen van de interne markt een regelgevingskader voor de betrekkingen tussen aanbieders van netwerken en diensten tot stand te brengen, dat leidt tot duurzame concurrentie, interoperabiliteit van elektronische communicatiediensten en voordelen voor de consument."

Artikel 5, lid 1 van diezelfde Richtlijn bepaalt:

"Met het oog op de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), bevorderen en waar nodig waarborgen de nationale regelgevende instanties overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn passende toegang en interconnectie, alsook interoperabiliteit van diensten, en oefenen zij daarbij hun bevoegdheid uit op een wijze die bevorderlijk is voor efficiënte en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt."

38. De Voorzieningenrechter heeft naar het oordeel van YouCa ten onrechte niet onderkend dat zijn uitleg van wet en richtlijnen tot een stelsel van discontinue regulering leidt. De Voorzieningenrechter aanvaardt een stelsel van "knipperlichtregulering", waarbij soms wel een aanwijzing met verplichtingen geldt en soms even niet. Daarmee leidt de uitspraak-Kabelkrant Dinxperlo tot een reguleringstelsel dat funest is voor duurzame concurrentie. Daarnaast kan niet worden volgehouden dat de uitspraak van het CBb eindgebruikers het grootste voordeel biedt.
39. Naar het oordeel van YouCa moet het er dan ook voor worden gehouden dat op de omroep/televisiemarkt nog steeds partijen zijn aangewezen met een aanmerkelijke marktmacht en dat OPTA aan die situatie uitsluitend bij besluit een einde kan maken (zo daartoe al aanleiding bestaat; zie ook hierna).

OPTA is wettelijk verplicht een besluit te nemen ten aanzien van de Televisiemarkt

40. In aanvulling op het voorgaande, kan OPTA naar het oordeel van YouCa gelet op de op haar rustende evaluatieplicht van artikel 6a.4 Tw niet volstaan met een "oordeel", maar dient zij - ook na vernietiging van de Omroepbesluiten 2009 door het CBb - een besluit te nemen. Artikel 6a.4 Tw luidt als volgt:

Artikel 6a.4

Uiterlijk binnen drie jaar nadat een besluit als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, inzake het opleggen of in stand houden van verplichtingen met betrekking tot een onderneming die beschikt over een aanmerkelijke macht op een relevante markt in werking is getreden, besluit het college op grond van:

- a. artikel 6a.2, eerste lid, onderdeel b, om deze verplichtingen in stand te houden, of*
- b. de artikelen 6a.2, eerste lid, onderdeel c, of 6a.3 om deze verplichtingen in te trekken.*



41. OPTA heeft ervoor gekozen om na vernietiging door het CBb van de Omroepbesluiten 2009 geen herstelbesluit te nemen, maar meteen een nieuw onderzoek te doen naar de periode 2012-2014. Daarmee heeft OPTA tot de dag van vandaag niet voldaan aan haar wettelijke de omroepbesluiten van 2006 te evalueren, zoals deze voortvloeit uit het hier geciteerde artikel 6a.4. OPTA dient dan ook nog steeds een besluit (en niet een oordeel) te nemen tot instandhouding dan wel intrekking van de in 2006 opgelegde verplichtingen. Uiteraard kan dat besluit gestoeld zijn op een recente analyse van de Omroep/Televisiemarkt.

**OPTA heeft de Televisiemarkt onderzocht,
dan dient zij de uitkomsten daarvan ook in een besluit neer te leggen**

42. Ten derde merkt YouCa op dat uit het stelsel van de Kaderrichtlijn en de Toegangsrichtlijn, bezien in samenhang met de Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 (2007/879/EG) volgt dat OPTA de vrijheid heeft om markten die niet in die Aanbeveling worden genoemd niet te onderzoeken. Onderwerpt OPTA die markten echter wel aan een onderzoek en brengt zij de resultaten van dat onderzoek naar buiten, dan voert OPTA een marktanalyse uit en dient zij de uitkomsten van die marktanalyse in een besluit neer te leggen.

Minst genomen dient het oordeel als bestuurlijk rechtsoordeel te worden aangemerkt

43. YouCa doet een dringend beroep op OPTA om de beslissing om geen van de partijen die op de Televisiemarkt actief zijn aan te wijzen al partij met aanmerkelijke marktmacht neer te leggen in een besluit, waartegen belanghebbenden, zoals YouCa, beroep kunnen instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.
44. OPTA lijkt de behoefte te onderkennen van partijen als YouCa bij toetsing van van haar oordeel met betrekking tot de Televisiemarkt. Des te merkwaardiger is het dat zij het belanghebbenden vervolgens onnodig moeilijk maakt om dat oordeel door een rechter te laten toetsen.
45. Tijdens de presentatie van het concept-oordeel heeft OPTA geschetst hoe de inhoud van het (uiteindelijke) oordeel door een rechter getoets zou moeten worden. Begrijpt YouCa het goed, dan verwacht OPTA dat YouCa zich tot – bijvoorbeeld – UPC wendt met een verzoek om toegang tot dat netwerk. Dat verzoek zal UPC weigeren (als het aan OPTA ligt wordt zij immers niet aangewezen). Die weigering zou YouCa vervolgens inzet moeten maken van een geschilprocedure op grond van hoofdstuk 12 Telecommunicatiewet. De uitkomst van die procedure staat ook op voorhand vast. Het ligt niet voor de hand dat OPTA YouCa in dat geschil in het gelijk zal stellen. Tegen die beslissing moet YouCa vervolgens beroep instellen bij het CBb. Als YouCa het goed begrijpt zou zij in die procedure indirecte of exceptieve toetsing moeten vragen van OPTA's beslissing om – in het voorbeeld – UPC niet aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht.



46. Naar het oordeel van YouCa is dit een onaanvaardbare rechtsgang. Men zou bijna denken dat OPTA partijen als YouCa moedwillig op procedurele achterstand plaatst. Alle marktpartijen: UPC, Ziggo, KPN, Tele2, Youca en andere potentiële toetreders hebben belang bij duidelijkheid op de kortst mogelijke termijn te verkrijgen in de meest efficiënte rechtsgang, hetgeen OPTA op eenvoudige wijze kan regelen door het concept-oordeel om te vormen tot een besluit tot niet aanwijzen van de verschillende spelers op de Televisiemarkt.
47. YouCa gaat ervan uit dat OPTA alsnog zal overgaan tot aanwijzing van ten minste UPC en Ziggo. Mocht OPTA hier onverhoopt vanaf zien en mocht OPTA haar beslissing weigeren in een besluit neer te leggen, dan zal YouCa het oordeel als rechtsoordeel aanmerken en daartegen alsnog rechtstreeks beroep in stellen bij het CBb, omdat de rechtsgang die OPTA kennelijk voor ogen heeft evident onevenredig bezwarend is.

Marktafbakening

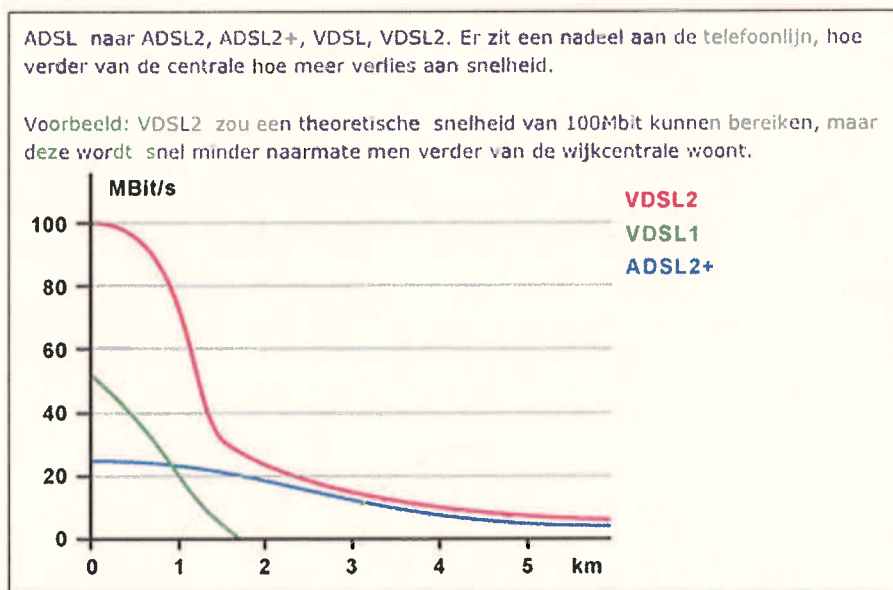
Inleiding

48. In hoofdstuk 3 (paragrafen 3.1 - 3.6) van het concept-oordeel onderzoekt OPTA welke diensten tot de televisiemarkt behoren en daarmee de relevante markt vormen. In paragraaf 3.6 concludeert OPTA uiteindelijk dat de relevante *productmarkt* bestaat uit de levering van analoge en digitale televisiediensten in standaardpakketten, al dan niet met plus- en themapakketten, televisiediensten op aanvraag en in bundels met andere elektronische communicatiediensten, via aansluitingen op kabelnetwerken, kopernetwerken (DSL), glasvezelnetwerken, satelliet en digitale ether.
49. OPTA ziet er vanaf om onderzoek te doen naar de *geografische* marktafbakening. OPTA overweegt dat het onderzoek van artikel 6a.1, tweede lid Tw onafhankelijk van de geografische marktafbakening tot dezelfde conclusie te leiden. Voor zowel de situatie dat een regionale markt (het verzorgingsgebied van het kabelbedrijf) wordt afgebakend als de situatie dat een nationale markt wordt afgebakend, concludeert het OPTA op grond van de drie-criteriatoets dat regulering op de televisiemarkt niet langer gerechtvaardigd is.
50. YouCa kan zich in grote lijnen vinden in de uitkomsten van de door OPTA uitgevoerde afbakening van de *productmarkt*. Naar de mening van YouCa overschat OPTA echter grotelijks de concurrentie tussen de verschillende distributievormen van televisie. In essentie zijn er maar twee infrastructuren die er de komende reguleringsperiode echt toe doen: (i) de Kabel en (ii) IPTV met gebruikmaking van ontbundelde toegang tot het KPN-netwerk.
51. In randnummer 75 overweegt OPTA dat eindgebruikers in Nederland via meerdere infrastructuren televisie kunnen kijken met keuze uit tot zes verschillende typen netwerken:



kabelnetwerken, kopernetwerken, glasvezelnetwerken, digitale ether, satelliet en mobiele netwerken (DVBH en mobiel internet). Zoals hierboven al is betoogd, meent YouCa dat de stelling van OPTA dat eindgebruikers een keuze hebben uit maximaal zes infrastructuren misleidend is en leidt (later in het concept-oordeel) tot een overschatting van de concurrentieverhoudingen op de televisiemarkt.

52. In de eerste plaats is DVB-H begin 2011 door KPN uitgefaseerd en is televisie op handhelsd via mobiel internet gelet op de technische beperkingen en de sterk afwijkende productkenmerken geen substituut voor reguliere televisie. Elders komt OPTA ook terecht tot die conclusie en wordt televisie over mobiele netwerken terecht niet gerekend tot de Televisiemarkt.
53. In de tweede plaats wordt het KPN-netwerk door OPTA gepresenteerd als een infrastructuur met een in beginsel landelijke dekking, doch dit is slechts de helft van het verhaal. OPTA erkent weliswaar dat de mogelijke bandbreedte van DSL afhankelijk is van de afstand van huishoudens tot de wijkcentrale, maar zij vergeet op deze plaats in het concept-oordeel te melden dat om een in alle opzichte daadwerkelijk concurrerend televisieaanbod te kunnen doen op de aansluiting een bandbreedte gerealiseerd moet worden van 40 Mbit/s. Volgens opgave van KPN kan met DSL deze bandbreedte in 2013 op maximaal 76 % van de huisadressen gerealiseerd (vgl. concept-oordeel, randnummer 157). Uit onderstaande figuur blijkt dat het met nieuwe technieken mogelijk is om steeds hogere bandbreedtes over het kopernet van KPN te realiseren, maar alleen bij steeds kortere afstanden tot de centrale van KPN.



Bron: <http://eulinkonline.wordpress.com/2010/11/30/glasvezel-of-kabel/>



54. Ten derde worden glasvezelnetwerken en kopernetwerken ten onrechte door OPTA als concurrerende infrastructures gepresenteerd. Hiermee geeft OPTA geen blijk van een juist begrip van de marktontwikkelingen. In woonwijken waar KPN momenteel glas uitrolt, wordt daarnaast niet ook een kopernetwerk uitgerold (nieuwbouwwijken) of wordt het bestaande kopernetwerk juist door glas vervangen (bestaande wijken). Behoudens een paar glasinitiatieven in bestaande woonwijken die uitgaan van andere partijen dan KPN, leidt verglazing in Nederland dus niet tot de aanleg van een extra concurrerende infrastructuur naast het kopernetwerk.
55. Verder overschat OPTA de technische en praktische kwaliteit van diverse mogelijkheden om anders dan via analoge kabel het tweede (en volgende) televisie toestellen in een huishouden te bedienen zonder hiervoor excessieve kosten te maken. YouCa merkt hierbij op dat de Kabel met de zogenaamde CI+ insteekmodules⁷ voor televisies ook hier een enorme voorsprong heeft. Deze modules bestaan wel voor DVB-T (Digitenne), maar niet voor IP-TV producten van KPN en Tele2. Het Digitenne product is als eerder aangegeven geen alternatief. Kortweg: indien men een tweede toestel wenst aan te sluiten op het relevante product en men geen extra hardware wenst is kabel het enige alternatief.
56. Daar waar OPTA het doet voorkomen dat er zes concurrerende infrastructures zijn, zijn dat er in de praktijk maximaal twee grote infrastructures: (i) kabel en (ii) koper of glas, waarbij nu al vaststaat, dat wanneer de uitrol door KPN voltooid is, nog altijd ten minste een kwart van de huishoudens niets te kiezen hebben en zijn aangewezen op de kabel.

Geografische marktafbakening

57. In randnummers 208 t/m. 213 van het concept-oordeel refereert OPTA aan het feit dat zij in het omroepbesluit van 2009 concludeerde dat de geografische markt zich beperkt tot het verzorgingsgebied van UPC en Ziggo, aangezien de concurrentieomstandigheden tussen de verzorgingsgebieden te veel verschilden en de concurrentiedruk van landelijke platforms nog onvoldoende was.
58. Het CBB heeft in zijn uitspraak van 18 augustus 2010 (LJN: BN4243) geoordeeld dat OPTA in het omroepbesluit 2009 niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabelbedrijven en dat om die reden de geografische markt niet is afgebakend in overeenstemming met punt 56 van de Richtsnoeren.
59. In randnummer 211 geeft OPTA aan opnieuw onderzoek verricht te hebben naar de geografische marktafbakening. OPTA laat echter in het kader van het concept-oordeel in het midden of de televisiemarkt regionaal, dan wel nationaal dient te worden afgebakend.

⁷ Zie: <http://www.upc.nl/televisie/wat-is-digitale-tv/ci-plus/>.



Elders in het concept-oordeel komt OPIA tot de conclusie dat regulering op de televisiemarkt niet langer gerechtvaardigd is, omdat niet zou zijn voldaan aan alle voorwaarden van de drie-criteriatoets. Deze conclusie – aldus OPTA – geldt *zowel* in het geval van een regionale marktafbakening (waarbij wordt uitgegaan van het verzorgingsgebied van het kabelbedrijf) als in het geval van een nationale marktafbakening. Om die reden laat OPTA de geografische marktafbakening in het geheel achterwege.

60. In randnummer 212 kondigt OPTA vervolgens aan dat in hoofdstuk 4 van het concept-oordeel de drie-criteriatoets wordt uitgevoerd, uitgaande van een regionale markt en dat OPTA in die situatie – dus uitgaande van regionale markten – concludeert dat niet wordt voldaan aan de drie-criteriatoets. Indien die conclusie geldt bij regionale marktafbakening, dan geldt deze te meer indien de televisiemarkt nationaal afgebakend zou moeten worden.
61. Naar het oordeel van YouCa voldoet de huidige marktsituatie wel aan de drie-criteriatoets. Dit betekent dat OPTA een definitief marktanalysebesluit zal moeten nemen, waarin zij alle overige stappen dient te doorlopen, die in het voorliggende oordeel in het midden worden gelaten of waaraan OPTA nog niet aan is toegekomen. Dit betekent onder andere dat zij de uitkomsten van de geografische marktafbakening niet in het midden zal kunnen laten.
62. In dit verband is het relevant op te merken dat de NMa (kennelijk) van oordeel is dat de televisiemarkt regionaal moet worden afgebakend. NMa maakt zich kennelijk zorgen over de concurrentie op de televisie/internet/telefonie markt in het verzorgingsgebied van CAIW. NMa schrijft in haar persbericht van 8 augustus 2011:

“De overname van CAIW door KPN zorgt er voor dat de concurrentiestrijd in de regio’s waar CAIW actief is, kan afnemen. De concurrenten van CAIW en KPN, zoals Tele2 en Online, zijn in dit gebied wellicht niet in staat afdoende concurrentiedruk uit te oefenen bij het aanbieden van de verschillende diensten. Bovendien zijn zij afhankelijk van toegang tot de infrastructuur van KPN om consumenten televisie, internettoegang en vaste telefonie te kunnen aanbieden.”

De drie-criteriatoets

Inleiding

63. OPTA kan, indien daar naar haar oordeel aanleiding toe is, onder meer op grond van artikel 6a.1, tweede lid, van de Tw, in overeenstemming met de beginselen van het algemene mededingingsrecht andere relevante markten bepalen dan de markten genoemd in de Aanbeveling die in aanmerking komen voor regulering. Indien het college hiertoe overgaat, dient het college te toetsen of deze markt voldoet aan de drie criteria die zijn neergelegd in



de overwegingen 5 t/m. 14 van de Aanbeveling. Deze drie-criteriatoets houdt samengevat het volgende in:

- i) er moet sprake zijn van hoge toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard;
- ii) de markt moet niet neigen naar daadwerkelijke mededinging, en
- iii) het toepassen van het algemene mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen te verhelpen.

64. Criterium 1: toetredingsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard. In paragraaf 4.3 onderzoekt OPTA de vraag of op de Televisiemarkt sprake is van toetredingsdrempels van niet voorbijgaande aard. OPTA concludeert in randnummer 247 dat deze drempels sinds 2009 verlaagd zijn, maar dat niet vaststaat dat niet voldaan wordt aan dit criterium, zodat OPTA ook het tweede criterium onderzoekt.
65. De twijfel van OPTA omtrent de vraag of voldaan is aan het eerste criterium is naar het oordeel van YouCa niet op zijn plaats.
66. OPTA onderschat grotelijks het belang van analoge televisie bij toetreding tot de televisiemarkt. De kabelbedrijven zijn de enige die een eenvoudig tv-product hebben in de vorm van analoge tv waarmee zonder extra randapparatuur tv gekeken kan worden op een tweede of derde tv-toestel. Het belang van analoge tv wordt in de door OPTA gehanteerde cijfers niet juist tot uitdrukking gebracht. Als OPTA spreekt over het percentage digitale penetratie, dan betreft zij in die cijfers alleen het eerste toestel. Er zijn in Nederland 7,39 miljoen huishoudens⁸, waarvan 98% een of meer televisie bezit, bij gemiddeld 1,7 televisies per huishouden.⁹ Hetgeen overeenkomt met 12,3 miljoen toestellen. Eind 2010 keek 52,8 % van de huishoudens naar traditionele analoge televisie en was 42,7% van de huishoudens in het bezit van digitale kabeltelevisie¹⁰. Dit betekent dat eind 2010 op in totaal 8,84 miljoen toestellen ($52,8\% * 7,39\text{mio} * 1,7 + 42,7\% * 7,39 * 0,7$) k analoog tv gekeken wordt. Die 8.84 miljoen toestellen zijn nog steeds goed voor ruim 50% van de kijktijd.¹¹ Het niet kunnen aanbieden van analoge televisie is derhalve in de ogen van YouCa een significante toetredingsdrempel voor concurrenten om de televisiemarkt te betreden.
67. In dit verband wijst YouCa op de reclame-uitingen van UPC, waarin analoge kabeltelevisie en -radio als één van de te onderscheiden producten prominent vermeld wordt. UPC zou analoge tv niet zo prominent in haar campagnes laten figureren, indien zij niet beseft daarmee ten opzichte van de concurrentie een uniek productaanbod te hebben.

⁸ Aantal huishoudens op 1 januari 2010, bron CBS.

⁹ Bron: Stichting Kijk Onderzoek, jaarverslag 2010, p. 13.

¹⁰ Bron: Stichting Kijk Onderzoek, jaarverslag 2010, p. 13.

¹¹ Bron: Stichting KijkOnderzoek, persbericht TV in Nederland, 1^e helft 2011, d.d. 11 augustus 2011.



68. Verder merkt YouCa op dat het bestaan van andere infrastructuren waarover TV aan eindgebruikers kan worden aangeboden de toetredingsdrempels in deze markt niet of niet significant helpen slechten. DVB-T is weliswaar digitale televisie, maar gelet op het beperkte zenderaanbod, het ontbreken van on demand functionaliteit, een beeldkwaliteit die ver achter blijft bij digitale kabeltelevisie¹² en het ontbreken van HD-TV hooguit een alternatief voor analoge TV, maar geen alternatief voor digitale kabeltelevisie. Iets soortgelijks geldt voor satelliet televisie (geen on demand).
69. OPTA kent belang toe aan het feit dat er een commercieel wholesale aanbod voor televisiediensten bestaat, waardoor de drempels voor nieuwe spelers lager zijn geworden. OPTA geeft echter zelf aan dat het ODF-access aanbod van Reggefiber voor FTTH nog een te geringe schaalgrootte kent om economisch interessant te zijn. Dit betekent dat concurrenten alleen via MDF-toegang bij KPN IPTV diensten kunnen aanbieden. Zoals al in de inleiding uiteengezet, zullen concurrenten van de Kabel via het KPN Netwerk nooit dezelfde dekkinggraad kunnen realiseren als de Kabel. Om redenen eerder in deze zienswijze toegelicht zal uiteindelijk ongeveer een kwart van de huishoudens niet via het KPN-netwerk van een voldoende breedbandige aansluiting voorzien kunnen worden om daadwerkelijk met de Kabel concurrerende dienstverlening te kunnen aanbieden. Een kwart van de huishoudens zit dus "vast" aan de kabel en kan alleen met daadwerkelijk concurrerende diensten worden bediend, indien over de kabel gereguleerde toegang wordt geboden tot die klanten. In zoverre is derhalve sprake van toetredingsdrempels van niet voorbijgaande aard.
70. Volgens OPTA helpt de gereguleerde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN de toegangsdrempels tot de televisiemarkt te verminderen. Dat argument betekent echter dat de regulering van KPN tot in lengte van jaren in stand gehouden zou moeten worden alleen al om te voorkomen dat de kabel gereguleerd moet worden, terwijl de kabel en kopernetten in Nederland voor wat betreft hun functionaliteit en de over die netten geleverde diensten steeds meer naar elkaar toegegroeid zijn. In de visie van YouCa moeten netten die in essentie dezelfde functionaliteit hebben en waarover dezelfde diensten worden geleverd op dezelfde manier worden gereguleerd. Indien beide netten niet worden gereguleerd, leidt dat terstond tot een verhoging van de toetredingsdrempels, hetgeen naar het oordeel van YouCa het doorslaggevende argument is om beide netten te reguleren.
71. Wat YouCa betreft is de twijfel die OPTA uit over de vraag of voldaan wordt aan het eerste criterium niet terecht. Het lijkt geen twijfel dat de Televisiemarkt nu en de komende jaren gekenmerkt wordt door hoge toetredingsdrempels die zeker niet van voorbijgaande aard zijn.

¹² Hierover bestaat geen onenigheid. De Consumentenbond heeft dit verschillende malen geoordeeld en ook consumenten onderkennen de beperkingen van DVB-T.



Criterium 2: de markt neigt niet naar daadwerkelijke mededinging

72. In paragraaf 4.4 van het concept-oordeel (randnummer 248) beschrijft OPTA de relevante ontwikkelingen aan de hand waarvan zij analyseert en beoordeelt of de structuur van de televisiemarkt al dan niet neigt naar daadwerkelijke concurrentie. Hierbij kiest OPTA als startpunt de marktpositie van de huidige spelers op de markt en schetst zij eerst de ontwikkelingen die de marktaandeelen in de afgelopen periode hebben doorgemaakt. Vervolgens bekijkt OPTA de marktontwikkelingen op dienstenniveau om te constateren of daaruit kan worden geconcludeerd dat sprake is van toenemende dynamiek. Daarna gaat OPTA in op de meer structurele factoren die van invloed zijn op het gedrag in de markt: de marktontwikkelingen op infrastructuurniveau en op randapparatuurniveau. Ten slotte beschouwt OPTA of druk van potentiële concurrenten van buiten de markt zorgt voor verdere dynamiek en daarmee een neiging naar daadwerkelijke concurrentie.
73. Uit de Aanbeveling (randnummers 5 en 6; zie hieronder) volgt dat bij de beantwoording van de vraag of de onderzochte markt neigt naar daadwerkelijke mededinging van de te onderzoeken markt een soortgelijke analyse gemaakt moet worden als bij de prospectieve beoordeling in het kader van de daadwerkelijke marktanalyse, zoals beschreven in de Richtsnoeren. Daarbij is van belang dat die prospectieve beoordeling steeds betrekking heeft op de relevante reguleringsperiode (de relevante tijdshorizon).

"(5) (...)Gezien het dynamische karakter en functioneren van elektronischecommunicatiemarkten moet bij het uitvoeren van een prospectieve analyse voor het aanwijzen van de relevante markten die voor regelgeving ex ante in aanmerking komen, echter ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat toegangsbelemmeringen binnen de relevante tijdshorizon worden overwonnen. Daarom staat het tweede criterium slechts de aanwijzing toe van markten waarvan de structuur niet neigt naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken op concurrentiegebied is „achter“ de toegangsbelemmeringen. (...)

(6) De voornaamste indicatoren waarop bij de toetsing aan het eerste en het tweede criterium moet worden gelet, zijn vergelijkbaar met die welke in het kader van een toekomstgerichte marktanalyse worden onderzocht, met name indicatoren van toegangsbelemmeringen bij afwezigheid van regelgeving (onder meer de omvang van initiële investeringen), marktstructuur, marktontwikkeling en marktdynamiek, met inbegrip van indicatoren zoals marktaandeelen en trends daarvan, marktprijzen en trends daarvan, en de reikwijdte en dekkingsgraad van concurrerende netwerken of infrastructuren. Elke markt die bij afwezigheid van regelgeving ex ante aan de drie criteria voldoet, komt voor regelgeving ex ante in aanmerking."



74. In de Richtsnoeren wordt vervolgens duidelijk omschreven bij welke marktaandelen (prospectief beoordeeld) een marktpartij geacht wordt een machtspositie te hebben. Deze passages uit de richtsnoeren dienen in samenhang gezien met de zojuist aangehaalde overwegingen uit de aanbeveling te worden toegepast bij de beoordeling van de vraag of de markt binnen de relevante tijdshorizon neigt naar volledige mededinging.

“ 3.1. Criteria voor de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht

72. Zoals het Hof heeft benadrukt, sluit de vaststelling dat er sprake is van een machtspositie het bestaan van een zekere mate van mededinging op de markt niet uit. Een machtspositie stelt het bedrijf dat zich in een dergelijke positie bevindt, enkel in staat de voorwaarden waaronder bedoelde mededinging zich zal ontwikkelen, zo al niet te bepalen, dan toch aanmerkelijk te beïnvloeden, en zich bij haar gedrag niets aan de concurrentie gelegen te laten liggen, zolang zulk gedrag niet in haar nadeel werkt.

73. Bij een marktanalyse ex post kan een mededingingsautoriteit te maken krijgen met een aantal verschillende voorbeelden van marktgedragingen, die elk op zich een indicatie kunnen zijn voor een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag. Bij een beoordeling ex ante daarentegen wordt marktmacht in hoofdzaak afgemeten aan de macht die de betrokken onderneming heeft om prijzen te verhogen door de productie te beperken zonder een aanzienlijk verlies van verkopen of inkomsten.

74. De marktmacht van een onderneming kan ook worden ingeperkt door het bestaan van potentiële concurrenten. Een NRI moet dus ook de vraag stellen in hoeverre het waarschijnlijk is dat ondernemingen die momenteel niet actief zijn op de relevante productmarkt, op middellange termijn kunnen besluiten tot die markt toe te treden, na een kleine, maar significante, duurzame prijsverhoging. Ondernemingen die in het geval van een dergelijke prijsverhoging in de mogelijkheid verkeren om hun productlijn/ dienstenaanbod om te schakelen of uit te breiden en de markt te betreden, moeten door NRI's worden behandeld als potentiële marktdeelnemers, ook al produceren ze momenteel niet het betrokken product of leveren ze niet de betrokken dienst.

75. Zoals in de volgende punten wordt uitgelegd, wordt het bestaan van een machtspositie aangetoond aan de hand van een aantal criteria en een dergelijke beoordeling is, zoals hierboven reeds is verklaard, gebaseerd op een prospectieve marktanalyse uitgaande van de geldende marktvoorwaarden. Het marktaandeel wordt vaak gebruikt als indicatie van de marktmacht. Ofschoon een groot marktaandeel op zichzelf niet volstaat als criterium voor aanmerkelijke marktmacht (een machtspositie), is het onwaarschijnlijk dat een onderneming zonder significant marktaandeel een machtspositie heeft. Ondernemingen met een marktaandeel van maximaal 25 % hebben waarschijnlijk geen (individuele) machtspositie op de betrokken markt. In de beschikkingenpraktijk van de Commissie is er doorgaans pas sprake van gevaar voor een individuele machtspositie ingeval een onderneming een marktaandeel van meer dan



40% bezit, ofschoon de Commissie soms ook al bij een lager marktaandeel een vermoeden kan hebben van het bestaan van een machtspositie (77), aangezien een machtspositie ook mogelijk is zonder dat de betrokken onderneming een groot marktaandeel heeft. Volgens de jurisprudentie vormt een zeer groot marktaandeel – meer dan 50 % – op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten. Een onderneming met een groot marktaandeel mag geacht worden over aanmerkelijke marktmacht te beschikken – dus in een machtspositie te verkeren – wanneer haar marktaandeel over langere tijd stabiel is gebleven (79). Het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest, kan erop wijzen dat de markt concurrerender wordt, maar hoeft niet uit te sluiten dat aanzienlijke marktmacht wordt vastgesteld. Marktaandelen die over een periode fluctueren, kunnen dan weer een aanwijzing zijn dat marktmacht op de betrokken markt ontbreekt.”

75. OPTA overweegt in randnummer 259 van het concept-oordeel dat UPC en Ziggo eind 2014 - dat wil zeggen aan het einde van de reguleringsperiode waarop het concept-oordeel betrekking heeft - in hun verzorgingsgebieden nog steeds over marktaandelen beschikken van ruim meer dan 50% (55-64% voor UPC en 62-71% voor Ziggo). Desondanks meent OPTA dat zij op basis van marktaandeel alleen geen eenduidige conclusie kan trekken of de markt binnen de relevante tijdshorizon al dan niet neigt naar daadwerkelijke mededinging.
76. In de randnummers 262, 263 en 264 van het concept-oordeel wordt door OPTA vrij evident het toetsingskader van randnummer 75 van de Richtsnoeren toegepast. Naar het oordeel van YouCa gebeurt dit echter op ondeugdelijke wijze, hetgeen in de navolgende randnummers wordt uitgewerkt. Blijkens overweging 75 van de Richtsnoeren - waarin wordt verwezen naar relevante mededingingsrechtelijke jurisprudentie - vormt een zeer groot marktaandeel - d.w.z. een marktaandeel van meer dan 50% - op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten.
77. In de eerste plaats ziet OPTA over het hoofd dat zij dient te onderzoeken of de markt binnen de relevante tijdshorizon neigt naar daadwerkelijke mededinging (vgl. overweging 5 van de Aanbeveling). In plaats daarvan onderzoekt OPTA of de Televisiemarkt meer in het algemeen neigt naar daadwerkelijke mededinging en daarmee legt OPTA een kennelijk onjuist criterium aan.
78. OPTA kwalificeert de marktaandelen van UPC en Ziggo als "groot" en overweegt dat een groot marktaandeel wordt gezien als een belangrijke indicatie van een machtspositie in de mededingingsjurisprudentie. OPTA ziet evenwel over het hoofd dat de regionale marktaandelen van UPC en Ziggo aan het einde van de reguleringsperiode nog steeds ruim meer dan 50% bedragen en aldus kwalificeren als " zeer groot" marktaandeel. Blijkens randnummer 75 van de Richtsnoeren (en de onderliggende jurisprudentie) geldt een zeer groot marktaandeel van 50% of meer als bewijs van een machtspositie, behoudens



uitzonderlijk omstandigheden. Ten onrechte kwalificeert OPTA de marktaandelen van UPC en Ziggo niet als “ zeer groot” . Evenmin draagt OPTA uitzonderlijke omstandigheden aan op basis waarvan geconcludeerd kan worden dat Ziggo en UPC per einde 2014 niet langer dominant zijn in hun verzorgingsgebied.

79. Aangezien de Televisiemarkt naar de mening van YouCa regionaal moet worden afgebakend, is de verdere analyse door OPTA in de paragrafen 4.4.2 – 4.4.5 van het concept-oordeel mitsdien overbodig. OPTA heeft in het concept-oordeel zo'n nader onderzoek wel laten uitvoeren.
80. In genoemde paragrafen onderzoekt OPTA wat de invloed is van ontwikkelingen op het gebied van diensten, infrastructuur, randapparatuur en potentiële concurrentie voor de concurrentie op de Televisiemarkt. De algemene conclusie is dat zich op ieder van die deelgebieden ontwikkelingen voordoen die ertoe leiden dat de concurrentie op de Televisiemarkt verder toeneemt . Uit OPTA's onderzoek en analyse van deze ontwikkelingen blijkt ook dat deze met de nodige grote onzekerheden zijn omgeven en volgt daaruit ook nadrukkelijk niet dat die ontwikkelingen binnen de relevante tijdshorizon (per eind 2014) tot volledige mededinging zullen leiden. Ervan uitgaande dat de Televisiemarkt regionaal moet worden afgebakend, zullen UPC en Ziggo eind 2014 marktaandelen hebben die ruim boven de 50% liggen, hetgeen betekent dat zij alsdan nog steeds zullen beschikken over een aanmerkelijke marktmacht. Aldus kan OPTA op basis van de door haar gepresenteerde feiten en analyses niet volhouden dat de Televisiemarkt binnen de relevante tijdshorizon neigt naar volledige mededinging.

criterium 3: het toepassen van het algemene mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen te verhelpen

81. Het derde criterium is door OPTA niet onderzocht, maar daaraan wordt in dit geval zonder twijfel voldaan. YouCa verwijst kortheidshalve naar paragraaf 10.5 van de Omroepbesluiten 2009, waarin een en ander is uitgewerkt. Kort gezegd komt het erop neer dat het geconstateerde marktfalen met specifieke verplichtingen moet worden geredresseerd, welke verplichtingen op grond van het mededingingsrecht niet opgelegd kunnen worden. Daarbij moet gedacht worden aan specifieke toegangsverplichtingen en tariefreguleringsverplichtingen.

Conclusie drie-criteriatoets

82. In het licht van al het voorgaande komt OPTA, naar het oordeel van YouCa, in randnummer 336 van het concept-oordeel op basis van een onjuiste uitleg van de Aanbeveling en de Richtsnoeren mede in aanmerking nemende de ontwikkelingen op de Televisiemarkt ten onrechte tot de *over all* conclusie dat niet voldaan is aan het tweede criterium en daarmee niet voldaan is aan de drie-criteriatest. Daarnaast meent YouCa meent dat zij in het



voorgaande tevens heeft aangetoond dat ook aan het eerste en derde criterium wordt voldaan.

83. Het moge zo zijn – vgl. randnummer 338 – dat de concurrentie op de Televisiemarkt zich sneller ontwikkelt dan OPTA in haar analyse van 2009 had verondersteld en wellicht is het zo dat de Televisiemarkt zich verder richting concurrentie ontwikkelt. Feit blijft echter dat UPC en Ziggo, uitgaande van regionale afbakening van de Televisiemarkt aan het einde van de relevante tijdshorizon (eind 2014) ondanks alle ontwikkelingen die OPTA ziet gebeuren, nog steeds marktaandeel zullen hebben van ruim boven de 50%, hetgeen betekent dat zij de komende jaren nog steeds een aanmerkelijke marktmacht bezitten, hetgeen binnen het stelsel van de Wet, de relevante Richtlijnen, alsmede de Aanbeveling en de Richtsnoeren, dient te leiden tot een AMM-aanwijzing van (in elk geval) Ziggo en UPC op de relevante Televisiemarkt.

Ontwerpbesluit "Marktanalyse ontbundelde toegang op wholesale niveau (ULL)"

OPTA bakent de productmarkt ten onrechtete eng af

84. In paragraaf 4.4.3 van het ontwerp ULL-besluit onderzoekt OPTA of toegang tot kabelnetwerken tot de markt voor ontbundelde toegang behoort. In dat verband onderzoekt OPTA of toegang tot kabelnetwerken een (direct) substituut vormt voor ontbundelde kopertoegang en QDF-access.
85. In randnummer 220 van het ontwerp ULL-besluit overweegt OPTA dat zij in de marktanalyse ontbundelde toegang van 2005 heeft geconstateerd dat een aan ontbundelde toegang tot het koperaansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van wholesale toegang via kabelnetwerken niet realiseerbaar zou zijn. Een belangrijke reden hiervoor – aldus OPTA – zou zijn dat door de netwerkarchitectuur van kabelaansluitnetwerken voor het overnemen van een point-to-point aansluiting, uitrol tot de zogeheten multitap noodzakelijk zou zijn. De kabelnetwerken bestaan vanaf de multitaps uit ongedeelde aansluitingen per huishouden. Hoger gelegen in de kabelnetwerken zijn de aansluitingen gedeeld. In theorie – aldus OPTA – bestaat er dus een technische mogelijkheid voor een marktpartij om ontbundelde toegang af te nemen vanaf de multitaps. Hiervoor zal de toegangsvrager zijn netwerk moeten uitrollen tot aan de multitaps, waarvan er – zo schrijft OPTA – meer dan 500.000 in Nederland zijn.
86. Om ontbundelde toegang tot het kabelnetwerk te realiseren, zou – volgens OPTA – het kabelnetwerk dus nagenoeg gedupliceerd moeten worden door de alternatieve afnemer van ontbundelde toegang. Wanneer het netwerk is uitgerold tot de multitap, dan heeft de afnemer van ontbundelde toegang vervolgens toegang tot slechts circa 12 huishoudens, terwijl individuele MDF-centrales vaak duizenden eindlocaties bedienen. De kosten voor de



uitrol van een netwerk naar multitaps zijn dus aanzienlijk hoger dan de kosten voor de uitrol naar MDF-locaties, terwijl de mogelijkheden om investeringen terug te verdienen per multitap aanzienlijk lager zijn dan per MDF-centrale, omdat er minder huishoudens verbonden zijn. Het is hierdoor - volgens nog steeds OPTA - niet economisch rendabel voor alternatieve afnemers om hun kabelnetwerk uit te rollen tot enkele meters van de klant. Een aan ontbundelde kopertoegang of ODF-access (FttH) equivalente vorm van wholesale toegang via het kabelnetwerk is daarom niet realiseerbaar.

87. YouCa is van oordeel dat OPTA te snel tot deze conclusie komt. Volgens TNO¹³ bieden kabelinfrastructuren diverse mogelijkheden tot openstelling in de vorm van wholesale-toegang voor andere dienstverleners.¹⁴ Die mogelijkheden zijn er volgens TNO op verschillende niveaus in het netwerk.¹⁵ Dat is veel bemoedigender dan de weergave door OPTA van dit TNO-rapport in randnummer 222 van concept ULL-besluit, waarin OPTA aangeeft dat volgens TNO "bepaalde vormen van toegang denkbaar zijn". Het is juist dat TNO overweegt dat toegang in de praktijk mogelijk lastig is, maar dat heeft meer te maken met de praktische en regulatoire aspecten van zodanige toegang dan dat het technisch lastig is die toegang tot stand te brengen. Met name waar het gaat om het slechten van praktische en regulatoire belemmeringen heeft OPTA naar het oordeel van YouCa bij uitstek een taak (daar is OPTA per slot van rekening voor). Het is YouCa dan ook volstrekt onduidelijk waarom OPTA geen nader onderzoek heeft gedaan naar de mogelijkheden die het TNO-rapport aanreikt.
88. Daarnaast schetst TNO de mogelijkheid om kabelnetten om te vormen tot netwerken waarover Ethernet kan worden aangeboden.¹⁶ Als dit soort ontwikkelingen maken dat kabelnetten toegankelijker worden voor wholesale-toegang, dan zou men van OPTA mogen verwachten dat zij waar nodig en mogelijk zulke ontwikkelingen door middel van regulering stimuleert.
89. Zoals eerder in deze zienswijze is belicht, zijn kabelnetwerken en traditionele telefoonnetwerken de afgelopen jaren qua functionaliteit en de daarover aangeboden diensten sterk naar elkaar toegegroeid. De concurrentie op de consumentenmarkt zal de komende reguleringsperiode gedreven worden door televisie. De aanbieder (over koper dan wel COAX) die op de meeste adressen voldoende bandbreedte kan realiseren om twee TV-

¹³ TNO-rapport: "Vraag en aanbod Next-Generation Infrastructures 2010-2020", d.d. 25 februari 2010.

¹⁴ TNO-rapport: "Vraag en aanbod Next-Generation Infrastructures 2010-2020", d.d. 25 februari 2010, bijlage C, p. 12.

¹⁵ TNO-rapport: "Vraag en aanbod Next-Generation Infrastructures 2010-2020", d.d. 25 februari 2010, p. 27.

¹⁶ TNO-rapport: "Vraag en aanbod Next-Generation Infrastructures 2010-2020", d.d. 25 februari 2010, p. 26.



kanalen in HD-kwaliteit met on demand faciliteiten aan te bieden zal de komende jaren het meest succesvol blijken in het verwerven van marktaandeel op de Televisie-, breedband-internet- en telefoniemarkt.

90. Zoals eveneens eerder in deze zienswijze is belicht, heeft "de Kabel" hierbij de beste uitgangspunten (nu al 98% dekking) ten opzichte van KPN en de aanbieders die van ULL op het KPN-netwerk van KPN afhankelijk zijn (at best maximaal 76% dekking op zijn vroegst eind 2013 te realiseren).
91. In een markt, waarin digitale televisie uiteindelijk het dominante product aan het worden is, kan OPTA niet volstaan met "cut and paste"-regulering door wat bevindingen uit 2005 te herhalen en deze te onderbouwen met selectieve citaten uit rapporten van gerenommeerde instellingen als TNO. Daarnaast meent YouCa dat als OPTA blij zou geven van een *over all* inzicht in de verschillende telecommunicatiemarkten en de interactie tussen die markten, zij voor de analyse van de ULL markt als relevant gegeven had moeten onderkennen dat in de meest gunstige situatie op 24% van de huisadressen in Nederland uiteindelijk geen met de Kabel concurrerend aanbod gedaan kan worden door KPN of door derden over het netwerk van KPN. Daarbij is van belang dat de uitrol van andere infrastructuren dit probleem niet gaat oplossen, aangezien de verdere uitrol van het KPN-netwerk, dan wel de aanleg in deze gebieden van een glasnetwerk in beide gevallen bedrijfseconomisch niet rendabel is.
92. Indien tegen deze achtergrond een instituut als TNO aangeeft dat toegang tot kabelnetten op verschillende niveaus in die netwerken technisch mogelijk is dan had OPTA daar nader onderzoek naar moeten laten verrichten. Daarbij dient als uitgangspunt te gelden dat OPTA niet te snel moet terugdeinzen indien bepaalde technische oplossingen misschien op dit moment niet of moeilijk zijn te realiseren zijn, maar wel door de Kabelbedrijven gebouwd zouden kunnen worden. Dat oplossingen technisch moeilijk waren of onmogelijk leken, heeft OPTA er in de begindagen van de telecomregulering nooit van weerhouden van KPN soms het schijnbaar onmogelijke te vragen. YouCa meent dat de ontwikkelingen op de Televisiemarkt een punt bereikt hebben, waarop deze verandering in het denken van OPTA verwacht mag worden.
93. OPTA laat zich te veel leiden door de bestaande netwerktopologie van de kabelbedrijven. YouCa brengt bij OPTA in herinnering dat zij dit in het geval van KPN ook nooit geaccepteerd heeft ("als u het niet heeft, dan bouwt u het maar"). YouCa begrijpt op zichzelf best dat het moeten uitrollen van een concurrerend netwerk naar alle multitaps van - bij voorbeeld - UPC of Ziggo geen viable business case oplevert. Echter, de netwerken van - bijvoorbeeld - UPC en Ziggo zijn geschikt om klanten op zeer hoge bandbreedtes aan te sluiten. TNO ziet kennelijk nu al mogelijkheden om die bandbreedte ter beschikking te stellen aan concurrerende dienstverleners. Een toezichthouder die daadwerkelijk maximale dienstenconcurrentie voor de meeste Nederlandse huishoudens nastreeft, zou met die informatie "aan de slag" gegaan zijn. Op dit punt kan en mag van OPTA inzicht, visie



durf en doortastendheid verwacht worden. Indien OPTA op dit punt het initiatief niet neemt, dan doet OPTA de Kabel uiteindelijk minimaal een kwart van de Nederlandse huishoudens cadeau en helpt zij de Kabel een kwart van de Nederlandse huishoudens af te houden van een daadwerkelijk concurrerend televisie aanbod.

94. Het TNO-rapport sluit niet uit dat een vorm van ULL-toegang over kabelnetten - met enige investeringen - is te realiseren. Dat betekent dat ontbundelde toegang tot kabelnetten onderdeel uitmaakt van de ULL-productmarkt en dat OPTA de gehele marktanalyse vanaf dat punt opnieuw zal moeten doorlopen.

Slot / Conclusie

95. Concluderend meent YouCa dat OPTA de Televisiemarkt aan een nadere beschouwing dient te onderwerpen, om tot de conclusie te komen dat aan de drie criteriatoets is voldaan. Dit betekent dat OPTA een marktanalysebesluit dient te nemen, waarin zij tot een regionale afbakening van de Televisiemarkt dient te beslissen, om vervolgens tot de conclusie te komen dat de kabelbedrijven (Ziggo en UPC voorop) op die regionale markten een aanmerkelijke marktmacht hebben. Dit dient vervolgens te leiden tot oplegging van een algemene toegangsverplichting. Gelet op het grote belang dat analoge televisie voor grote groepen consumenten heeft en in de reguleringsperiode zal houden, dient de regulering door OPTA andermaal (net als in de omroepbesluiten 2009) betrekking te hebben op de wederverkoop van analoge televisie.
96. Ten aanzien van het concept ULL-besluit meent YouCa dat OPTA minstensom de productafbakening nog eens aan een serieus en meer uitvoerig onderzoek dient te onderwerpen en zich daarbij rekenschap te geven van de *over all* ontwikkelingen op de Televisiemarkt waar ten minste een kwart van de huishoudens verstoken zal blijven van een met de kabel concurrerend aanbod, indien OPTA niet linksom (marktanalysebesluit Televisiemarkt) of rechtsom (ontbundelde toegang tot het kabelnet) de kabelnetwerken opent voor concurrentie.

Hoogachtend,

VMW Taxand
A.Th. Meijer