Besluit
Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2011/202754
Zaaknummer: 11.0235.22

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het verzoek van KPN B.V. tot het nemen van een marktanalysebesluit terzake van de televisiemarkt op basis van artikel 6a.2 jo. 6a.1 van de Telecommunicatiewet.

Samenvatting

1. KPN B.V. (hierna: KPN) heeft een verzoek bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) ingediend tot het nemen van een marktanalysebesluit terzake van de televisiemarkt. Het college heeft op 23 juni 2011 de resultaten van zijn analyse van de televisiemarkt in het conceptoordeel Analyse Televisie gepubliceerd, en dit acht weken ter consultatie voorgelegd aan de markt. KPN heeft vervolgens een aanvraag gedaan bij het college tot het nemen van een marktanalysebesluit. Op 20 december 2011 heeft het college zijn definitieve oordeel Analyse Televisie gepubliceerd. Het college wijst in onderhavig besluit het verzoek tot het nemen van een marktanalysebesluit af.

Verloop van de procedure

2. Per email van 18 augustus heeft KPN (uw kenmerk: R/11/U/081) haar zienswijze ingediend op het conceptoordeel Analyse Televisie[1], zoals gepubliceerd door het college op 23 juni 2011 (OPTA/AM/2011/201380)[2].

3. Het college heeft per email op 21 oktober 2011 bij KPN om opheldering gevraagd over de vraag of paragraaf 5 'Procedurele Kaders' van haar zienswijze dient te worden opgevat als het verzoek tot het nemen van een besluit door het college inzake de door hem uitgevoerde analyse van de televisiemarkt.

4. Per email van 25 oktober 2011 heeft KPN aangegeven dat zij van oordeel is dat het college voor zowel de marktanalyse Televisie als FttO een voor beroep vatbaar besluit conform de regels van hoofdstuk 6a en 6b Tw dient te nemen.

5. Het college heeft in een telefoongesprek op 26 oktober 2011 bij KPN geïnformeerd of de email van 25 oktober 2011 van KPN moet worden opgevat als een aanvraag tot het nemen van een besluit.

---

[1] Zie http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3470.

[2] Zie http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3431.

6. Op 26 oktober 2011 heeft KPN per email bevestigd dat deze email inderdaad moet worden beschouwd als een aanvraag tot het nemen van een besluit.

7. Bij brief van 2 november 2011 heeft het college KPN laten weten de aanvraag tot het nemen van een besluit in behandeling te nemen. In deze brief heeft het college gemeld dat hij er van uit gaat dat KPN reeds in het kader van de consultatie van de Analyse Televisie haar zienswijze naar voren heeft gebracht, en om die reden geen aanleiding zag om een hoorzitting te organiseren in het kader van de aanvraag. KPN heeft op deze brief niet meer gereageerd.

Feiten

8. Op 23 juni 2011 heeft het college het conceptoordeel Analyse Televisie gepubliceerd en voor een periode van acht weken ter consultatie aan de markt voorgelegd.

9. In de email van 25 oktober 2011 geeft KPN aan dat nu het college in de omroepbesluiten van 2009 aanbieders heeft aangewezen als partij met AMM en aan hen verplichtingen heeft opgelegd, het college op grond van artikel 6a.4 van de Tw binnen drie jaar opnieuw dient te besluiten of de bestaande verplichtingen in stand worden gehouden, dan wel of deze verplichtingen worden ingetrokken.

10. KPN meent dat het college duidelijk moet maken of hij van mening is dat het oordeel een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is.

11. Op 10 november 2011 heeft het college via de verkorte notificatieprocedure de uitkomst van zijn analyse van de televisiemarkt bij de Europese Commissie (hierna: de Commissie) genotificeerd.

12. De Commissie heeft per brief van 12 december 2011 gereageerd op deze notificatie. De Commissie had geen opmerkingen.[3]

13. Op 20 december 2011 heeft het college de definitieve versie van het oordeel Analyse Televisie gepubliceerd.

Juridisch Kader

14. Artikel 6a.1, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) stelt dat het college de

[3] Europese Commissie, SG-greffe (2011) D/23077, *Besluit van de commissie met betrekking tot Zaak NL/2011/1267: retailmarkt voor tv-diensten,* 12 december 2011.

relevante markten in de elektronische communicatiesector moet bepalen waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een in een aanbeveling als bedoeld in artikel 15, eerste lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG vermelde product- of dienstenmarkt. Artikel 6a.1, tweede lid, van de Tw stelt dat het college de relevante markten, waarvan de product- of dienstenmarkt niet is opgenomen in de Aanbeveling van de Europese Commissie, kan bepalen indien hier naar zijn oordeel aanleiding toe is. Het derde lid van artikel 6a.1 Tw geeft aan dat het college de overeenkomstig het eerste en tweede lid bepaalde relevante markten zo spoedig mogelijk onderzoekt.

15. Artikel 6a.2 Tw stelt dat indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, van de Tw blijkt dat een relevante markt onderscheidenlijk een transnationale markt niet daadwerkelijk concurrerend is, het college vaststelt welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over aanmerkelijke marktmacht. Op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder a van de Tw legt het college ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 of 6a.12 tot en met 6a.15 op.

16. Uit artikel 6a.4 van de Tw volgt dat uiterlijk binnen drie jaar nadat een besluit als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw, 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, het college moet besluiten op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder b, van de Tw om deze verplichtingen in stand te houden, of op grond van de artikelen 6a.2, eerste lid, onderdeel c, of 6a.3, van de Tw om deze verplichtingen in te trekken.

17. Uit artikel 1.3, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) volgt dat onder een besluit wordt verstaan een “een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling”.

Overwegingen

18. Het college interpreteert het verzoek van KPN om een besluit te nemen als een aanvraag tot het nemen van een marktanalysebesluit als bedoeld in artikel 6a.2 jo. 6a.1 van de Tw strekkende tot aanwijzing van een of meer ondernemingen die elektronische communicatienetwerken, -diensten en/of bijbehorende faciliteiten aanbieden als onderneming met aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM) op de relevante televisiemarkt en het opleggen van passende verplichtingen aan genoemde ondernemingen. Ten aanzien van deze aanvraag overweegt het college als volgt.

19. Het college is op basis van de Tw in twee gevallen verplicht een marktanalyse als bedoeld in hoofdstuk 6a Tw uit te voeren en daarover een besluit te nemen. Allereerst is het college op grond van artikel 6a.1, eerste lid jo. 6a.2 van de Tw, verplicht om een dergelijk besluit te

nemen, indien de betreffende markt op de Aanbeveling staat. Het college is daarnaast op grond van artikel 6a.4 van de Tw verplicht om een dergelijk besluit te nemen, indien de betreffende markt reeds gereguleerd is.

20. Aangezien de televisiemarkt niet op de Aanbeveling staat, is het college van oordeel dat hij niet verplicht is om met betrekking tot de televisiemarkt een marktanalyse zoals bedoeld in artikel 6a.1, eerste lid, Tw uit te voeren, en daarover een besluit te nemen.

21. Een verplichting om de televisiemarkt aan een marktanalyse te onderwerpen en daar vervolgens een besluit te nemen volgt volgens het college ook niet uit artikel 6a.4 Tw. Omdat het CBb de omroepbesluiten 2009 op 18 augustus 2010 heeft vernietigd[4], geldt er namelijk op de televisiemarkt geen regulering. De voorzieningenrechter van het CBb heeft in zijn uitspraak van 15 november 2010 bevestigd dat na een vernietiging van de omroepbesluiten van 2009 oude verplichtingen niet herleven[5]. Als gevolg hiervan hoeft het college ook geen marktanalyse uit te voeren om te bezien of bestaande verplichtingen moeten worden ingetrokken, gewijzigd of in stand gelaten.

22. Het college kan daarnaast op basis van artikel 6a.1, tweede lid, Tw andere relevante markten bepalen en onderzoeken dan die markten die op de Aanbeveling staan, indien hier naar zijn oordeel aanleiding toe is[6]. Uit de Aanbeveling van de Commissie volgt dat een dergelijke markt alleen in aanmerking komt voor ex-anteregulering indien is voldaan aan de drie-criteriatoets.

23. Om vast te stellen of de televisiemarkt in aanmerking komt voor ex-anteregulering, heeft het college onderzocht of deze markt voldoet aan de drie-criteriatoets. Het college heeft geconcludeerd, op basis van de argumenten weergegeven in het oordeel zoals opgenomen in Annex A, dat de televisiemarkt niet voldoet aan de drie-criteriatoets. Dit oordeel heeft geen rechtsgevolg, aangezien het geen rechtens relevante verandering in een al bestaande situatie brengt: de televisiemarkt was immers ongereguleerd en blijft ongereguleerd. Bijgevolg kan het oordeel naar de mening van het college niet worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Het college beschouwt het oordeel Analyse Televisie echter als een integraal onderdeel van onderhavig besluit, zodat de argumenten die het college hebben geleid tot de conclusie dat de televisiemarkt niet voor ex-anteregulering in aanmerking komt, hier als herhaald en ingelast kunnen worden beschouwd.

24. Aangezien het college in zijn oordeel heeft geconcludeerd dat de televisiemarkt niet in aanmerking komt voor ex-anteregulering, is het onderzoek zoals bedoeld in artikel 6a.1, derde lid, van de Tw niet meer aan de orde, evenmin als het op grond daarvan vaststellen welke

---

[4] LJN: BN4243.

[5] LJN: BO6543.

[6] Zie ook de uitspraak van het CBb van 13 juli 2006 (LJN: AY3813).

ondernemingen beschikken over aanmerkelijke marktmacht en het aan hen opleggen van passende verplichtingen, zoals bedoeld in artikel 6a.2 van de Tw.

25. Om die reden dient de aanvraag van KPN tot het nemen van een marktanalysebesluit als bedoeld in artikel 6a.2 jo. 6a.1 van de Tw strekkende tot aanwijzing van een of meer ondernemingen als onderneming met AMM op de relevante televisiemarkt en het aan hen opleggen van passende verplichtingen dan ook te worden afgewezen.

Dictum

26. Het college wijst het verzoek van KPN af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

prof.dr. M.W. de Jong, plv. voorzitter

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.
Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021,2500 EA 's-Gravenhage.
Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.
Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.