

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 44, eerste lid, van de Mededingingswet.

Nummer 4490 / 155

Betreft zaak: 4490/UPC - Canal+

- I. DE PROCEDURE
- II. DE PARTIJEN
- III. DE OPERATIE
- IV. TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIE TOEZICHT
- V. BEOORDELING

A. RELEVANTE MARKTEN

Relevante product markten

- i. De markt voor het verwerven van (uitzend)rechten van content voor betaalde televisie*
 - De markt voor het verwerven van exclusieve (uitzend)rechten op premium filmcontent*
- ii. De markt voor het aanbieden van betaalde televisie*

Relevante geografische markten

- i. De markt voor het verwerven van exclusieve (uitzend)rechten op premium filmcontent*
- ii. De markt voor het aanbieden van betaalde televisie*

B. GEVOLGEN VAN DE CONCENTRATIE

- i. Inleiding*
- ii. De markt voor het verwerven van exclusieve (uitzend)rechten op premium filmcontent*
- iii. De markt voor het aanbieden van betaalde televisie*
 - 1. Horizontale effecten*
 - 2. Verticale effecten*
 - a. Doorgiftweigering*
 - b. Leveringsweigering*

VI. CONCLUSIE

I. DE PROCEDURE

1. Op 15 december 2004 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een melding ontvangen waarin is medegedeeld dat UPC Programming B.V. voornemens is zeggenschap te verkrijgen, in de zin van artikel 27, onder b, van de Mededingingswet, over een deel van de activiteiten van Canal+ N.V.
2. Op 28 februari 2005 heeft de d-g NMa besloten¹ (hierna: het besluit van 28 februari 2005) dat voor deze concentratie een vergunning is vereist. Van dit besluit is mededeling gedaan in Staatscourant 45 van 4 maart 2005.
3. Op 17 maart 2005 heeft de d-g NMa met betrekking tot de onderhavige concentratie een aanvraag om vergunning als bedoeld in artikel 42 van de Mededingingswet ontvangen van Chellomedia Programming B.V. (de nieuwe naam van UPC Programming B.V.).
4. Op 15 april 2005 zijn nadere vragen ter aanvulling van de aanvraag om vergunning gestuurd aan partijen. Op 21 april 2005 is deze aanvulling van partijen ontvangen. Op 19 mei 2005 zijn nogmaals vragen ter aanvulling van de aanvraag om vergunning gestuurd aan partijen. Deze aanvulling is op 26 mei 2005 ontvangen. Als gevolg hiervan is de in artikel 44, eerste lid, van de Mededingingswet genoemde termijn van 13 weken, ingevolge artikel 4:15 van de Algemene wet bestuursrecht, in totaal 13 dagen opgeschort geweest.
5. Van de aanvraag om vergunning is mededeling gedaan in Staatscourant 57 van 22 maart 2005. Naar aanleiding van de vergunningseis van de d-g NMa van 28 februari 2005 en de mededeling in de Staatscourant en in de loop van de procedure zijn zienswijzen van derden ontvangen. De van derden ontvangen zienswijzen worden, voorzover er overwegingen aan zijn ontleend die dragend zijn voor dit besluit, in het navolgende nader uiteengezet.
6. Na ontvangst van de aanvraag om vergunning is door de NMa nader onderzoek verricht naar de relevante marktafbakening en naar de te verwachten gevolgen van de concentratie voor de mededinging op die markten. In verband met dit onderzoek zijn vragen gesteld aan verschillende marktpartijen.

II. DE PARTIJEN

¹ Besluit met kenmerk 4490/67.

7. Chellomedia Programming B.V. is (indirect) een 100%-dochtervennootschap van United Pan-Europe Communications N.V. (hierna: UPC). UPC is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht. Zij is een 100%-dochtervennootschap van UnitedGlobalCom Europe, Inc. De aandelen van UnitedGlobalCom Europe, Inc. worden indirect gehouden door UnitedGlobalCom, Inc. (hierna: UGC). Liberty Media International, Inc. (hierna: LMI) had ten tijde van de melding reeds een belang van 53% in (en daarmee reeds uitsluitende zeggenschap over) UGC, en heeft vervolgens aangekondigd² haar belang uit te breiden naar 100%. Als gevolg van deze transactie zijn LMI en UGC ondergebracht in een nieuwe houdstermaatschappij, namelijk Liberty Global, Inc. Deze transactie is geïmplementeerd op 15 juni 2005.

8. LMI was recentelijk nog een 100%-dochtervennootschap van Liberty Media Corporation (hierna: LMC). Op 7 juni 2004 is LMI een zelfstandige onderneming geworden met een eigen beursnotering.³ In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat de d-g NMa niet heeft kunnen vaststellen dat LMC en LMI dusdanig met elkaar zijn verbonden dat zij dienen te worden beschouwd als één onderneming. Derhalve is voor de materiële beoordeling geen rekening gehouden met de activiteiten van LMC.

9. LMI is internationaal actief op het gebied van media, entertainment, technologie en communicatie. Naast haar belang in UGC heeft LMI enkele andere dochterondernemingen, waarvan uitsluitend Princes Holdings Ltd. in Europa actief is.⁴ UGC is in Nederland actief via UPC. UPC exploiteert vaste communicatienetten voor de verspreiding van radio- en televisieprogramma's, betaaltelevisie, datacommunicatie en internettoegang.

10. Canal+ N.V. (hierna: Canal+ Nederland) is een naamloze vennootschap naar Belgisch recht. Zij is een dochteronderneming van Airfield II B.V., die op haar beurt een dochtermaatschappij is van Airfield Holding B.V. (hierna: Airfield). Airfield is een houdstermaatschappij die is opgericht door haar twee aandeelhouders NETHave N.V. (een investeringsfonds dat wordt bestuurd door Greenfield Capital Partners) en Airbridge Investments B.V., een particuliere investeringsmaatschappij.

11. Airfield heeft Canal+ Nederland op 31 augustus 2004 overgenomen van Canal+ S.A., een dochteronderneming van Vivendi. Na deze overname is Airfield gestart met een herstructurering van Canal+ Nederland waarbij onderscheid wordt aangebracht tussen de

² Zie "Malone koopt rest moederconcern UPC", *Het Financieel Dagblad*, 19 januari 2005.

³ LMI is genoteerd aan de *Nasdaq National Market* (Nasdaq) en LMC is genoteerd aan de *New York Stock Exchange* (NYSE).

⁴ Princes Holdings Ltd. biedt televisiediensten aan in Ierland onder de naam Chorus Communications.

wholesale- en *retail*distributie van *premium content*⁵ en, wat het laatste betreft, tussen *retail*distributie via de kabel en DVB-T enerzijds, en via de satelliet⁶, anderzijds. Deze herstructurering houdt in dat Canal+ Nederland [...] betaaltelevisieprogramma's voortaan op *wholesale*basis [...] aanbiedt. UPC is voornemens de door Airfield in gang gezette herstructurering af te ronden.

III. DE VOORGENOMEN CONCENTRATIE TEN AANZIEN WAARVAN DE AANVRAAG OM VERGUNNING IS INGEDIEND

12. De gemelde operatie betreft de overname door UPC van een deel van de activiteiten van Canal+ Nederland. De activiteiten die worden overgenomen betreffen (i) de *wholesale*distributie van *premium content* (filmrechten en uitzendrechten van sportevenementen) op de Nederlandse markt, (ii) de *retail*distributie van betaaltelevisieprogramma's aan abonnees in Nederland via de kabel in het verzorgingsgebied van Casema, Essent, Delta en enkele kleinere kabelexploitanten⁷ en via DVB-T⁸ in geheel Nederland, en (iii) hiertoe ondersteunende technische en administratieve diensten (hierna worden deze activiteiten gezamenlijk aangeduid als: Canal+).

13. Afzonderlijk van de onderhavige concentratie hebben Airfield (via Canal+ Nederland) en UPC op 13 november 2004 een *Settlement Agreement* gesloten waarin is overeengekomen dat alle abonnees van Canal+ Nederland die aangesloten zijn op het netwerk van UPC, worden overgedragen aan UPC.

14. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat, hoewel volgens de d-g NMa bepaalde omstandigheden wijzen op economische samenhang, in het kader van de onderhavige zaak, ten aanzien van de activiteiten die middels de *Settlement Agreement* worden overgedragen, in het midden kan worden gelaten of sprake is van economische samenhang (en derhalve van een concentratie waarvan ook de overgang van de Canal+ abonnees via het UPC-netwerk deel uitmaakt). In de onderhavige zaak zal de d-g NMa in navolging van het besluit van 28 februari 2005 bij de beoordeling van de gevolgen van de

⁵ Onder *premium content* zal in dit besluit worden verstaan zeer belangrijke inhoud voor betaaltelevisie-aanbieders, met name bestaande uit recent uitgebrachte aantrekkelijke films (over het algemeen afkomstig van de grote Amerikaanse Hollywood filmstudio's) en populaire voetbal evenementen die jaarlijks plaatsvinden en waaraan clubteams deelnemen.

⁶ Satelliet-televisie wordt ook wel aangeduid als DTH (*direct-to-home*).

⁷ De kleinere kabelexploitanten betreffen Stichting Kabeltelevisie Veendam, N.V. KTMO (Cogas), Tebecai Hatterm en Tebecai Culemborg.

⁸ *Digital Video Broadcasting-Terrestrial*. Dit is de internationale standaard voor aardse digitale televisie (ook wel digitale televisie via de ether genoemd).

concentratie voor de mededinging rekening houden met het feit dat UPC eveneens de Canal+ klanten in het dekkingsgebied van UPC verwerft.

IV. TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIE TOEZICHT

15. De gemelde operatie is een concentratie in de zin van artikel 27, onder b, van de Mededingingswet. De hierboven, onder punt 12 tot en met 14, omschreven transactie leidt er toe dat UPC uitsluitende zeggenschap krijgt over Canal+.

16. Betrokken ondernemingen zijn UPC en Canal+.

17. Uit de door partijen ter beschikking gestelde omzetgegevens blijkt dat de gemelde concentratie binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht valt.

V. BEOORDELING

A. RELEVANTE MARKTEN

Relevante productmarkten

18. De activiteiten van partijen overlappen op het gebied van het aanbieden van betaaltelevisie. Daarnaast is sprake van een verticale relatie, aangezien UPC middels de exploitatie van haar kabelnetwerk eveneens actief is op het gebied van de doorgifte van televisiesignalen.

19. In eerdere besluiten⁹ is geconcludeerd dat doorgifte van radio- en televisiesignalen, internettoegang en netwerktoegang, telefonie en andere telecommunicatiediensten van elkaar dienen te worden onderscheiden.

Distributie van entertainment-, communicatie- en informatiediensten

20. Partijen wijzen op de snelle technologische ontwikkelingen op het gebied van distributie van *content*. Zij geven aan dat bestaande netwerken (coax- en glasvezelkabels, telecommunicatie-infrastructuur, satelliet en DVB-T), die traditioneel zijn gebruikt voor de doorgifte van een bepaald soort informatie of een bepaald soort verkeer, zich aan het ontwikkelen zijn tot concurrerende distributienetwerken voor de verspreiding van entertainment-, communicatie- en informatiediensten in brede zin. De “digitalisering” van signalen is volgens partijen de drijvende kracht achter deze convergentie. Deze

⁹ Zie het besluit van 6 november 2002 in zaak 3052/ *Liberty Media – Casema*, punt 27, het besluit van 4 juli 2001 in zaak 2425/ *UPC – PrimaCom*, punt 42 en het besluit van 27 maart 2000 in zaak 1781/ *UPC - Eneco K&T-Groep*, punt 13.

ontwikkelingen zijn volgens partijen aanwijzingen dat de markt zich aan het bewegen is in de richting van één markt voor de distributie van entertainment-, communicatie- en informatiediensten.

21. Uit marktonderzoek van de NMa in de onderhavige zaak is gebleken dat sprake is van een bepaalde mate van convergentie van (de aangeboden diensten via de) infrastructuur, waarbij steeds meer (informatie)diensten middels de verschillende infrastructuren worden aangeboden. De voortschrijdende digitalisering speelt hierin een belangrijke rol. De d-g NMa onderkent dat televisie via andere infrastructuur dan de kabel in toenemende mate mogelijk wordt. Echter, op dit moment zijn er te weinig concrete indicaties die erop duiden dat sprake is van een relevante markt voor doorgifte van *content* (waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende in punt 19 genoemde diensten) en kan niet met voldoende zekerheid worden aangenomen dat dit binnenkort het geval zal zijn.

Onderscheid betaalde televisie – vrij toegankelijke televisie

22. Partijen zijn actief op het gebied van het aanbieden van betaalde televisie. Een aanbieder van betaalde televisie koopt *content* in, bundelt deze *content* doorgaans tot een televisiekanaal of een pakket van televisiekanaalen en levert deze (pakketten van) televisiekanaalen aan (uiteindelijk) de consument. In eerdere beschikkingen¹⁰ van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en besluiten¹¹ van de d-g NMa is op het gebied van het aanbieden van televisie onderscheid gemaakt tussen vrij toegankelijke televisie¹² enerzijds en betaalde televisie anderzijds. De markt voor betaalde televisie wordt gefinancierd door abonnementsgelden en, in mindere mate, door reclamegelden en verschilt in dit opzicht van de markt voor vrij toegankelijke televisie, die wordt gefinancierd door reclamegelden en/of overheidsbijdragen.¹³ Wel is sprake van een bepaalde wisselwerking tussen beide typen van televisie, aangezien het aanbod wat betreft het aantal vrij toegankelijke kanalen en de variatie hiervan invloed uitoefent op de vraag naar betaalde televisie.¹⁴ Bovendien zou de voortschrijdende digitalisering in de loop der tijd tot een verdere mate van convergentie kunnen leiden, omdat als gevolg van deze digitalisering de capaciteit (in de vorm van het aantal kanalen dat kan worden doorgegeven aan de

¹⁰ Zie de beschikking van 2 april 2003 in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Telepiù*, punten 19 en 47 en de beschikking van 27 mei 1998 in zaak IV/M.993-*Bertelsmann / Kirch / Premiere*, punten 44 en 45.

¹¹ Zie het besluit in zaak 2425/UPC – *PrimaCom*, reeds aangehaald, punten 101 tot en met 103.

¹² Voor vrij toegankelijke televisie betaalt de consument een abonnementsprijs voor de doorgifte van een standaard pakket aan kanalen.

¹³ Zie de beschikking van de Commissie in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Telepiù*, reeds aangehaald, punt 40.

¹⁴ Zie de beschikking in zaak IV/M.993-*Bertelsmann / Kirch / Premiere*, reeds aangehaald, punt 18.

consument) aanzienlijk wordt vergroot. Deze (mogelijke) toekomstige ontwikkeling rechtvaardigt echter niet de veronderstelling dat er nu reeds sprake is van één enkele markt voor het aanbieden van televisie. Wel zal bij de beoordeling rekening worden gehouden met de disciplinerende invloed van vrij toegankelijke televisie.

23. Aangezien aanbieders van betaaltelevisie eveneens actief zijn als inkoper van *content*, zal in het onderstaande nader worden ingegaan op de volgende markten: de markten voor (I) het verwerven van (uitzend)rechten van *content* voor betaaltelevisie en (II) het aanbieden van betaaltelevisie.

I De markt voor het verwerven van (uitzend)rechten van content voor betaaltelevisie

24. In eerdere beschikkingen¹⁵ van de Commissie is geconcludeerd dat hoewel vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie bij het verwerven van televisie*content* theoretisch gezien met elkaar concurreren, er categorieën *content* zijn die alleen worden aangekocht voor betaaltelevisie. Vooral de rechten voor recent uitgebrachte aantrekkelijke films (hierna: *premium film content*) en voor de meest regelmatig plaatsvindende voetbal evenementen waaraan nationale teams deelnemen (hierna gezamenlijk: *premium content*) worden doorgaans op exclusieve basis verworven door exploitanten van betaaltelevisie en zijn de belangrijkste factor op grond waarvan de consument een abonnement neemt op een bepaald betaaltelevisiekanaal, aldus de Commissie.

25. In het besluit van 28 februari 2005 is alleen ten aanzien van de inkoop van *premium* films een mogelijk mededingingsprobleem gesignaleerd. In het onderstaande zal derhalve niet worden ingegaan op de inkoop van andere *premium content*.

De markt voor het verwerven van exclusieve (uitzend)rechten op premium filmcontent

26. In een eerdere beschikking¹⁶ van de Commissie wordt aangegeven dat de rechten op *premium* films vanuit de vraagzijde bezien niet uitwisselbaar zijn met de rechten voor (andere) televisieprogramma's. De reden hiervan is dat *premium* films en televisieprogramma's voor de consument gelet op hun aantrekkelijkheid niet dezelfde waarde hebben. Vanuit de aanbodzijde bezien worden deze rechten onder verschillende prijsstelsels verhandeld en hebben de rechten niet dezelfde economische waarde. Op de markt voor het verwerven van exclusieve rechten op *premium film content*

¹⁵ Zie de beschikking in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Teletipù*, reeds aangehaald, punten 53 en 54 en de beschikking van 29 december 2003 in zaak COMP/C.2-38.287 – *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, punten 58 en 59.

¹⁶ Zie de beschikking van 13 oktober 2000 in zaak COMP/M.2050 – *Vivendi / Canal+ / Seagram*, punt 17.

hebben de grote Amerikaanse filmstudio's (de zogenaamde *Hollywood Majors*¹⁷) zowel kwantitatief als kwalitatief een zeer sterke positie, omdat zij de belangrijkste bron van *premium* films zijn.

27. In eerdere beschikkingen¹⁸ heeft de Commissie aangegeven dat de relevante markt voor *premium* films voornamelijk bestaat uit "succesvolle films", die in het algemeen overeenkomen met de films die door de *Hollywood Majors* (hierna: de *Majors*) worden geproduceerd. Derhalve kan mogelijk binnen de markt voor het verkrijgen van rechten voor *premium* films onderscheid worden gemaakt tussen films geproduceerd door (één van) de *Majors* en films afkomstig van andere studio's.¹⁹ In het kader van de onderhavige zaak kan een dergelijk onderscheid in het midden worden gelaten, aangezien de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed (zie de punten 56 en 57).

28. In het algemeen worden films volgens een verschillend tijdschema en volgens verschillende zogenaamde *windows* vertoond.²⁰ De duur van deze *windows* kan variëren. Nadat films in de bioscoop zijn vertoond (gedurende zes tot acht maanden) en ze ter verhuur en/of verkoop op video en DVD zijn aangeboden (gedurende vier tot zes maanden), bereiken de films de betaalteleviesconsumenten. Doorgaans zijn deze films dan gedurende een periode van circa drie maanden via *pay-per-view* te zien, vervolgens in het eerste *window* (een periode van zes maanden) en dan in het tweede *window* (eveneens zes maanden). Uiteindelijk gaan de films deel uitmaken van de catalogus van de *Majors* en komen ze beschikbaar voor de vrij toegankelijke televisiemarkt.

29. In de onderhavige zaak kan in het midden worden gelaten of de inkoop van exclusieve rechten voor de *pay-per-view*-periode, eerste *window* en tweede *window* aparte markten zijn of behoren tot dezelfde markt, aangezien de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed (zie de punten 56 en 57).

II De markt voor het aanbieden van betaaltelevisie

¹⁷ Deze *Majors* zijn: Universal Pictures, Paramount Pictures Corporation, Sony Picture Entertainment (Columbia Pictures, Tristar Pictures en sinds kort MGM), Walt Disney Studios (Buena Vista, Touchstone, Miramax), Fox Filmed Entertainment (Twentieth Century Fox), Warner Bros Studios en Dreamworks SKG. Canal+ heeft contracten met [...] van deze *Majors*, namelijk [...]. Daarnaast heeft Canal+ nog een lopend contract met [...].

¹⁸ Zie de beschikking in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Telepiù*, reeds aangehaald, punt 58 en de beschikking van 14 augustus 2002 in zaak COMP/M.2845 – *Sogecable / Canalsatélite Digital / Via Digital*.

¹⁹ Zie de beschikking in zaak COMP/M.2050 – *Vivendi / Canal+ / Seagram*, reeds aangehaald, punt 18.

²⁰ Zie de beschikking in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Telepiù*, reeds aangehaald, punt 58, de beschikking in zaak COMP/M.2211 – *Universal Studio Networks / De Facto 829 (NTL) / Studio Channel Limited*, reeds aangehaald, punt 13.

30. Op de markt voor betaaltelevisie kan zowel op *wholesaleniveau* als op *retailniveau* betaaltelevisie worden aangeboden.²¹ Wanneer op *wholesaleniveau* betaaltelevisie wordt aangeboden, houdt dit in dat bepaalde *content* (in onderhavig geval in de vorm van (betaal)televisiezenders) aan *retailers* wordt aangeboden, die deze bewuste zender(s) vervolgens doorgeven aan de eindgebruiker ofwel via een eigen infrastructuur, ofwel door bepaalde capaciteit te huren van een aanbieder van een bepaalde infrastructuur. De *retailer* kenmerkt zich, in tegenstelling tot de *wholesaler*, door een directe (afreken)relatie met de eindgebruiker.²²

31. In enkele recente beschikkingen²³ heeft de Commissie een aparte *wholesale*markt onderscheiden voor *premium content* kanalen en *pay-per-view/ video-on-demand* kanalen. Partijen merken op dat er sprake is van een herstructurering, waarbij Canal+ in het vervolg op *wholesaleniveau* actief zal worden in plaats van op *retailniveau* (zie punt 11). In de beoordeling zal worden ingegaan op de gevolgen van onderhavige concentratie voor de positie van partijen als *wholesaler* en als *retailer*.

32. Zoals ook aangegeven in het besluit van 28 februari 2005 zijn binnen de markt voor betaaltelevisie verschillende mogelijke onderscheiden te maken. De volgende onderscheiden zullen achtereenvolgens worden behandeld: (i) onderscheid tussen analoge en digitale televisie, (ii) onderscheid tussen verschillende soorten betaaltelevisie en (iii) onderscheid tussen infrastructuren.

(i) Onderscheid tussen analoge en digitale betaaltelevisie

33. In eerdere beschikkingen²⁴ van de Commissie is ingegaan op het verschil tussen analoge betaaltelevisie en digitale betaaltelevisie. Eén van de kenmerkende verschillen is dat digitale televisie het mogelijk maakt signalen in zeer gecomprimeerde vorm over te brengen, hetgeen zal leiden tot een aanzienlijke toename in transmissiecapaciteit en derhalve een grotere diversiteit aan programma's mogelijk maakt.²⁵

²¹ Zie de beschikking in zaak COMP/C.2-38.287 – *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, reeds aangehaald, punt 62 en de beschikking in zaak COMP/M.1439 – *Telia / Telenor*, reeds aangehaald, punten 269 en 277.

²² Zie de beschikking van 3 februari 2000 in zaak COMP/J.30 – *BVI Television (Europe) / SPE Euromovies Investments / Europe Movieco Partners*, punt 22.

²³ Zie de beschikking in zaak COMP/C.2-38.287 – *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, reeds aangehaald, punten 63 tot en met 67 en de beschikking van 15 september 1999 in zaak IV/36.539 – *British Interactive Broadcasting / Open*, punten 28 en 29.

²⁴ Zie de beschikking in zaak COMP/C.2-38.287 – *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, reeds aangehaald, punt 29, de beschikking in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Teletipiù*, reeds aangehaald, punt 19 en de beschikking in zaak IV/M.993-*Bertelsmann / Kirch / Premiere*, reeds aangehaald, punt 18.

²⁵ Zie de beschikking van 9 november 1994 in zaak IV/M.469-*MSG Media Service*, punt 33.

34. In navolging van deze eerdere beschikkingen zal geen onderscheid worden gemaakt tussen digitale betaaltelevisie en analoge betaaltelevisie, aangezien digitale (betaal)televisie slechts een verdere ontwikkeling is van analoge (betaal)televisie, en derhalve geen aparte productmarkt vormt. Bovendien is het aannemelijk dat digitale televisie binnen afzienbare tijd analoge doorgifte zal gaan vervangen.²⁶

(ii) Onderscheid tussen verschillende soorten betaaltelevisie

35. Wat betreft betaaltelevisie zijn verschillende soorten diensten te onderscheiden, zoals *pay-per-channel* (ofwel een *premium* kanaal), *pay-per-view*, *video-on-demand*, *near-video-on-demand*²⁷ en digitale interactieve televisiediensten²⁸. Deze verschillende vormen van betaaltelevisie zijn (nog) sterk in ontwikkeling. In een eerdere beschikking²⁹ is wat betreft deze diensten geconcludeerd dat deze tot dusverre kunnen worden beschouwd als segmenten binnen de betaaltelevisiemarkt, met uitzondering van de digitale interactieve televisiediensten. Voor de laatstgenoemde diensten is in eerdere beschikkingen³⁰ van de Commissie een markt gedefinieerd die complementair is aan en gescheiden van de markt voor betaaltelevisie. Ook in een eerder besluit³¹ is geconcludeerd dat verschillende soorten betaaltelevisie, met uitzondering van digitale interactieve diensten, tot dezelfde markt behoren.

36. In de onderhavige zaak kan in navolging van eerdere beschikkingen worden geconcludeerd dat voornoemde diensten in Nederland (met uitzondering van digitale interactieve diensten) dienen te worden beschouwd als onderdeel van de markt voor het aanbieden van betaaltelevisie.

(iii) Onderscheid tussen doorgifte via verschillende infrastructuren

²⁶ De overstap van analoog naar digitaal is reeds gaande. De prijzen voor decoders en digitale pakketten worden steeds lager en in sommige gevallen worden decoders gratis verstrekt. Marktpartijen geven aan dat digitale televisie steeds meer doorgang zal vinden. Zie bijvoorbeeld "Digitale televisie heeft de toekomst", *Het Financieel Dagblad*, 9 oktober 2004.

²⁷ *Pay-per-view* is een dienst waarbij de klant behalve voor een betaaltelevisieabonnement ook op productbasis moet betalen (bijvoorbeeld een film of een sportevenement). *Video-on-demand* en *near-video-on-demand* zijn verschillende modaliteiten op grond waarvan klanten van betaaltelevisie op individuele basis toegang hebben tot video-inhoud.

²⁸ Digitale interactieve televisiediensten worden gezien als verbonden met en als aanvulling op betaaltelevisie. Voorbeelden zijn thuisbankieren, telewinkelen, downloaden van spelletjes, en online-educatie.

²⁹ Zie de beschikking in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Teletyù*, reeds aangehaald, punt 43.

³⁰ Zie de beschikking van 21 maart 2003 in zaak COMP/JV.37 – *B Sky B / Kirch Pay TV* en de beschikking in zaak IV/36.539 – *British Interactive Broadcasting / Open*, reeds aangehaald, punt 23.

³¹ Zie het besluit in zaak 2425/UPC – *PrimaCom*, reeds aangehaald, punten 102 en 103.

37. Televisiesignalen worden in Nederland uitgezonden via de kabel, satelliet of (digitale) ether. In eerdere besluiten³² is geconcludeerd dat distributie van radio- en televisiesignalen (hierna: RTV-signalen) via kabelnetwerken als een aparte productmarkt dient te worden beschouwd. Redenen hiervoor waren met name de hoge kabeldichtheid in Nederland³³, de (relatief) hoge investeringskosten voor satellietontvangst (de benodigde apparatuur zoals een satellietantenne is vrij duur in aanschaf waardoor sprake is van *lock-in*³⁴) en het beperkte(re) aanbod van DVB-T. Bovendien zijn er zowel bij doorgifte via satelliet als doorgifte via DVB-T vooralsnog geen mogelijkheden voor interactieve diensten via hetzelfde netwerk, kunnen en mogen satellietantennes niet overal worden geïnstalleerd en willen sommige mensen uit esthetische overwegingen geen satellietantenne. Voorts is gebleken dat ondanks de zeer aanzienlijke³⁵ tariefverhogingen van kabelexploitanten en toetreding van zowel Digitenne als KPN³⁶ (televisie via DVB-T) slechts een beperkte substitutie plaatsvindt. Tariefverhogingen voor wat betreft kabeltelevisie lijken derhalve rendabel, wat een aanwijzing is voor een aparte markt. De heer J. Malone, de grootste aandeelhouder in LMI geeft in dit verband in een recent interview³⁷ onder andere aan dat kabeltelevisie in Nederland een nutsvoorziening is, en dat sprake is van een lucratieve kabeltelevisiemarkt met 'erg hoge' marges. OPTA heeft recentelijk in haar ontwerpbesluiten ten aanzien van de markten voor de doorgifte en ontvangst van omroepsignalen³⁸ geconcludeerd dat er sprake is van aparte markten voor doorgifte van televisiesignalen via de kabel.

38. De vraag of alternatieve infrastructuren voor het distribueren van (betaal)televisiesignalen als substituuat voor elkaar kunnen worden beschouwd, is afhankelijk van de specifieke situatie (in een bepaald land) wat betreft bijvoorbeeld de kabeldichtheid en de ontwikkeling van verschillende technologieën. De xDSL-technologie³⁹

³² Zie het besluit in zaak 3052/ *Liberty Media – Casema*, reeds aangehaald, punt 28 en het besluit in zaak 2425/ *UPC-PrimaCom*, reeds aangehaald, punt 56.

³³ Circa 97% van de huishoudens heeft een kabelaansluiting, als gevolg waarvan programma-aanbieders niet om de kabeldistributie heen kunnen. Zie het besluit in zaak 3052/ *Liberty Media – Casema*, reeds aangehaald, punt 42.

³⁴ Met *lock-in* wordt bedoeld dat men gebonden is aan bijvoorbeeld een bepaalde technologie, omdat als gevolg van de hoge investeringskosten overstappen niet rendabel is.

³⁵ Zie onder andere "De Nederlandse kabelsector", *TNO*, 2002 en "Kabeltarieven", *De Volkskrant*, 19 mei 2004.

³⁶ Sinds oktober 2004 is ook KPN actief op het gebied van televisie via DVB-T. Zie ook "KPN opent aanval op kabeluitbaters", *Het Financieel Dagblad*, 5 oktober 2004.

³⁷ Zie het interview met de heer Malone in *Financial Times*, 19 januari 2005.

³⁸ Ontwerpbesluiten van 19 mei 2005. Zie ook de adviezen van de d-g NMa aan het College van OPTA naar aanleiding van deze ontwerpbesluiten van 4 mei en 11 mei. Zie brieven met kenmerk 3970/45, 3970/46 en 3970/47.

³⁹ DSL staat voor *Digital Subscriber Line*, en is een digitale breedband technologie en infrastructuur op basis van telefoonlijnen. xDSL is de verzamelnaam voor alle DSL-technologieën. *Asymmetric Digital Subscriber Line* (ADSL) is de

is in zowel eerdere besluiten⁴⁰ van de d-g NMa als in eerdere beschikkingen van de Commissie⁴¹ als mogelijk alternatief beschouwd voor de doorgifte van (betaal)televisiesignalen, maar er werd voornamelijk geconcludeerd dat de ontwikkeling van deze techniek zich in een dermate vroeg stadium bevond, dat xDSL (nog) niet als volwaardig substituut kan worden beschouwd. Gezien echter de huidige ontwikkelingen op het gebied van ADSL, ADSL2+ en VDSL⁴² in Nederland⁴³, lijkt xDSL inmiddels een alternatief te kunnen worden voor de reeds bestaande infrastructuur.

39. In enkele beschikkingen van de Commissie⁴⁴ is specifiek op het gebied van betaaltelevisie geconcludeerd dat moet worden uitgegaan van een aparte markt voor betaaltelevisie via het kabelnetwerk. Echter, in andere (meer recente) beschikkingen⁴⁵ van de Commissie is het onderscheid naar transmissiemethode voor betaaltelevisie in het midden gelaten, of zelfs niet (langer) relevant geacht. De Commissie geeft aan dat de prijzen en de programma's van betaaltelevisie via de verschillende infrastructuren vergelijkbaar zijn. Ook wijst zij erop en dat de voortschrijdende digitalisering van signalen ervoor zorgt dat de verschillende infrastructuren voor consumenten uitwisselbaar worden, omdat het aanbod en de kwaliteit convergeren en ook de technische benodigdheden (voor alle infrastructuren, ook de kabel, is dan bijvoorbeeld een decoder benodigd) geen (significante) belemmering meer vormen om over te stappen.

meest bekende vorm en is een technologie die de oude koperen telefoonlijnen verandert in een *high-speed* verbinding voor telefoonverkeer en voor het versturen en ontvangen van dataverkeer.

⁴⁰ Zie het besluit in zaak 3052/ *Liberty Media – Casema*, reeds aangehaald, punt 32 en het besluit in zaak 2425/ *UPC-PrimaCom*, reeds aangehaald, punt 52.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld de beschikking in zaak COMP/M.2876 - *NewsCorp/ Telepiù*, reeds aangehaald, punt 296 en de beschikking in zaak COMP/C.2-38.287 – *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, reeds aangehaald, punt 75.

⁴² VDSL staat voor *Very high speed Digital Subscriber Line*, en kan net als ADSL 2+ worden beschouwd als een variant van ADSL.

⁴³ Versatel is (na het winnen van de uitzendrechten voor *live*-verslaggeving van de wedstrijden uit de Eredivisie) voornemens vanaf augustus 2005 via ADSL (betaal)televisie te gaan aanbieden. Zie "Eredivisievoetbal forceert doorbraak snel internet", *Het Financieel Dagblad*, 4 januari 2005 en "KPN vastbesloten marktaandeel terug te winnen", *De Finaniële Telegraaf*, 11 augustus 2004.

⁴⁴ Zie de beschikking van 19 juli 1995 in zaak IV/M.490 – *Nordic Satellite Distribution*, punt 63 en de beschikking in zaak IV/M.469-*MSG Media Service*, reeds aangehaald, punt 39.

⁴⁵ Zie de beschikking in zaak COMP/C.2-38.287 – *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, reeds aangehaald, punt 50, de beschikking in zaak COMP/M.1439-*Telia / Telenor*, reeds aangehaald, punt 279 en de beschikking in zaak IV/36.539 – *British Interactive Broadcasting / Open*, reeds aangehaald, punten 26 en 27.

40. In een recente beschikking⁴⁶ van de Commissie waarin de betreffende zaak wordt doorverwezen naar het Duitse *Bundeskartellamt*, geeft de Commissie aan dat het *Bundeskartellamt* in haar verzoek tot doorverwijzing uit gaat van een aparte markt voor (doorgifte via) de kabel. Hierbij wordt verwezen naar de specifieke omstandigheden van een bepaald land. De Commissie laat wat de verschillende infrastructuren betreft een definitieve marktafbakening in het midden.

41. In het kader van de onderhavige zaak kan evenwel in het midden worden gelaten of voor het aanbieden van betaaltelevisie onderscheid dient te worden gemaakt naar infrastructuur, aangezien de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed (zie de punten 46 tot en met 112).

Relevante geografische markten

I De markt voor het verwerven van exclusieve (uitzend)rechten op premium filmcontent

42. De markt voor de inkoop van (uitzend)rechten voor aantrekkelijke films kan in navolging van eerdere beschikkingen⁴⁷ van de Commissie als nationaal of, in bepaalde landen, als regionaal worden afgebakend. Hoewel de meeste rechten afkomstig zijn uit de Verenigde Staten (van de *Majors*) en er geen enkele belemmering voor de kopers van deze rechten is om tegelijkertijd rechten te verwerven voor meer dan één grondgebied, worden de uitzendrechten voornamelijk per land verdeeld en verkocht, of ten hoogste per taalgebied, en wordt de prijs zodanig gestructureerd dat de economische waarde van de contracten afhankelijk is van het specifieke grondgebied waarvoor de rechten worden aangekocht. Vanwege de beperkingen die bij het verdelen van de rechten worden opgelegd, heeft het geografische bereik derhalve een nationaal karakter of is beperkt tot een bepaald taalgebied.

43. In Nederland beperken de licenties voor deze uitzendrechten zich tot het Nederlandse grondgebied. Derhalve zal in de onderhavige zaak worden uitgegaan van een nationale markt voor de inkoop van exclusieve (uitzend)rechten voor *premium* films.

II De markt voor het aanbieden van betaaltelevisie

44. De markt voor het aanbieden van betaaltelevisie is in eerdere beschikkingen van de Commissie nationaal afgebakend. Dit is voornamelijk het gevolg van de verschillende

⁴⁶ Zie de beschikking van 7 juni 2004 in zaak COMP/M.3271 – *Kabel Deutschland / Ish*.

⁴⁷ Zie de beschikking in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Teletù*, reeds aangehaald, punt 62 en de beschikking in zaak COMP/M.2050 – *Vivendi / Canal+ / Seagram*, reeds aangehaald, punt 20.

nationale wettelijke bepalingen, de taalbarrières, de culturele factoren en de verschillende vigerende concurrentievoorwaarden in de afzonderlijke lidstaten. In een eerder besluit⁴⁸ is vastgesteld dat mogelijk dient te worden uitgegaan van een regionale markt ter grootte van de respectievelijke verzorgingsgebieden van de kabelmaatschappijen, aangezien in bepaalde gevallen het aanbod van een betaaltelevisieproduct tot een dergelijk gebied beperkt is. In de onderhavige zaak kan voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie in het midden blijven of de relevante geografische markt nationaal dient te worden afgebakend, of dat sprake is van regionale markten, aangezien de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed (zie de punten 46 tot en met 112).

45. Wanneer onderscheid wordt gemaakt naar (doorgifte via) de verschillende infrastructuren is de geografische markt wat betreft kabel regionaal, namelijk ter grootte van het verzorgingsgebied van de kabelexploitant waarin de consument zich bevindt. Wat satelliet betreft kan vanwege de landelijke dekking worden uitgegaan van een nationale markt, terwijl de geografische omvang van betaaltelevisie via DVB-T, gezien het feit dat op dit moment (nog) geen sprake is van landelijke dekking, de grootte van het dekkingsgebied is.

B. GEVOLGEN VAN DE CONCENTRATIE

I Inleiding

46. De markt voor betaaltelevisie kent verschillende factoren die goede concurrentieverhoudingen tegengaan. De eigenaren van *premium content* (de *Majors*) spelen hierbij een belangrijke rol. *Premium content* is relatief schaars. De *premium content* eigenaren geven deze *premium content* doorgaans in licentie aan één onderneming op basis van lange termijn exclusieve contracten. De *Majors*vragen daarnaast meestal minimum garanties, die inhouden dat de licentienemer jaarlijks een aanzienlijk bedrag moet betalen, ongeacht het aantal klanten dat hij zal behalen. De *premium content* eigenaren hebben derhalve een sterke positie ten opzichte van potentiële aanbieders van betaaltelevisie. Als gevolg van de langdurige exclusiviteit kan een sterke aanbieder van betaaltelevisie deze rechten jarenlang als enige aanbieden. Dit creëert een handicap voor nieuwe toetreders. In de meeste landen is daarom sprake van één grote aanbieder van betaaltelevisie.

47. In het voorgaande is reeds aangegeven dat filmstudio's hun *premium content* in verschillende fasen verspreiden via verschillende distributiekanaalen (bioscoop, verhuur, *pay per view*, filmkanalen en vrij toegankelijke televisie). Ten aanzien van een filmkanaal zal in ieder geval een bepaalde mate van concurrentiedruk uitgaan van de andere

⁴⁸ Zie het besluit in zaak 2425/ UPC – *PrimaCom*, reeds aangehaald, punt 140.

distributiekkanalen. Hoe aantrekkelijker het aanbod van vrij toegankelijke televisie, des te kleiner de stimulans om een abonnement op betaaltelevisie te nemen. In Nederland is er een groot aanbod aan vrij toegankelijke televisie. De Commissie heeft aangegeven dat het onderscheid tussen betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie in de toekomst zou kunnen vervagen, om redenen die samenhangen met de ontwikkeling van de technologie en verdere digitalisering (zie ook punt 22).⁴⁹

48. Tot op heden is in Nederland de vraag naar het product betaaltelevisie beperkt. In totaal zijn er in Nederland circa 240.000 abonnees van betaaltelevisie. Canal+ Nederland is tot nu toe altijd verlieslatend geweest. De kabelmaatschappijen hebben in Nederland ten gevolge van lange termijncontracten met hoge minimum garanties aanzienlijke verliezen geleden op de doorgifte van Cinenova, een concurrerend filmkanaal dat tot voor kort eveneens in Nederland werd uitgezonden.

49. De markt voor betaaltelevisie staat in Nederland nog in haar kinderschoenen. Er wordt momenteel veel *content* ontwikkeld om themakanalen⁵⁰ te kunnen aanbieden. Kabelmaatschappijen, Canal Digitaal (de aanbieder van doorgifte via de satelliet) en verschillende toekomstige aanbieders van televisie via xDSL willen op deze manier een breed aanbod van vrij toegankelijke en betaaltelevisiezenders aanbieden.

50. De onderhavige concentratie zal worden gezien in het kader van bovengenoemde marktomstandigheden. Daarbij zal eerst worden ingegaan op de positie die UPC zal verkrijgen op de markt voor het verwerven van (uitzend)rechten van *premium filmcontent*. Vervolgens zal worden ingegaan op de gevolgen van de concentratie op de markt voor het aanbieden van betaaltelevisie.

51. De analyse van de NMa heeft zich in het onderhavige geval niet gericht op eventuele bestaande belemmeringen van de mededinging. De analyse van de NMa heeft zich, conform artikel 41 van de Mededingingswet, gericht op de vraag of *als gevolg van de voorgenomen concentratie* een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan *op significante wijze* wordt belemmerd (zie ook punt 75).

II De markt voor het verwerven van exclusieve (uitzend)rechten op premium filmcontent

52. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat niet kan worden uitgesloten dat door de voorgenomen concentratie op de markt voor het verwerven van

⁴⁹ Zie de beschikking van de Commissie in zaak COMP/M.2876 – *NewsCorp / Telepiù*, reeds aangehaald, punt 39.

⁵⁰ Zoals sport-, kinder- en nieuwsprogramma's.

(uitzend)rechten voor *premium filmcontent* een machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

53. Het marktonderzoek door de NMa in de vergunningsfase heeft zich voor wat betreft de markt voor het verwerven van (uitzend)rechten van *premium filmcontent* gericht op de toevoeging van de inkoopactiviteiten van UPC aan die van Canal+ en op de positie van partijen ten opzichte van de *Majors*. De rol die de inkooppositie van partijen speelt met betrekking tot hun positie op de markt voor het aanbieden van betaaltelevisie en mogelijke prikkels om marktpartijen uit te sluiten wordt meegenomen bij de beoordeling van de markt voor het aanbieden van betaaltelevisie (zie de punten 59 tot en met 112).

54. Zoals ook aangegeven in het besluit van 28 februari 2005 is Canal+ Nederland de grootste inkoop van filmrechten op de Nederlandse markt voor betaaltelevisie. Door de onderhavige concentratie zouden de inkoopactiviteiten van UPC aan die van Canal+ Nederland worden toegevoegd, waardoor de positie van deze laatste zou worden versterkt. De door UPC ingekochte filmrechten ten behoeve van Arrivo, haar filmbestelkanaal, zijn evenwel relatief gering.⁵¹

55. Daarnaast zijn partijen actief op verschillende segmenten van de markt voor de inkoop van exclusieve rechten op aantrekkelijke films. Canal+ Nederland koopt *first* en *second window* rechten ten behoeve van een *premium* kanaal terwijl UPC rechten inkoop voor een *near-video-on-demand* dienst. UPC heeft in het verleden nooit op *first* en *second window* rechten geboden en heeft aangegeven dat zij ook geen plannen had om dit te doen. Partijen zijn van mening dat zij derhalve geen rechtstreekse concurrenten zijn.

56. Voorts dient te worden gewezen op de onderhandelingspositie van de *Majorsten* opzichte van partijen, die een eventuele machtspositie van partijen zou relativeren. Partijen beargumenteren dat zij in het nieuwe *wholesale* model slechts doorverkoper ("*middleman*") van deze filmrechten zijn en dat de *Majors* de mogelijkheid hebben direct contracten af te sluiten met de Nederlandse retailers (zoals de kabelexploitanten, xDSL-aanbieders en aanbieders van overige infrastructuren), indien partijen hun inkooppositie jegens de *Majors* zouden gebruiken om gunstigere voorwaarden te bedingen. Wanneer in de toekomst andere marktpartijen, zoals Versatel en KPN actief zouden worden op het gebied van inkoop van *premium* filmrechten, zouden de *Majorse* eveneens de mogelijkheid

⁵¹ Uitgaande van cijfers van partijen is het bedrag dat UPC jaarlijks besteedt aan *premium* filmrechten gemiddeld circa [5-15]% van wat Canal+ jaarlijks besteedt aan *premium* filmrechten.

hebben om hun *premium filmcontent* via hen af te zetten. Zowel KPN als Versatel heeft aangegeven dat zij op dit terrein actief wil worden.⁵²

57. Marktonderzoek door de NMa in onderhavige zaak heeft uitgewezen dat zowel de *Majors* als andere eigenaren van *premium filmcontent* doorgaans contracten afsluiten waarbij hoge minimum garanties worden behaald, dan wel vergoed dienen te worden door de inkopende partij. De *Majors* en andere eigenaren van *premium filmcontent* lijken momenteel geen sterke prikkel te hebben om aan veel verschillende (Nederlandse) inkopers te leveren zolang daarmee niet significant meer abonnees kunnen worden behaald, maar dit zou kunnen veranderen als partijen hun inkooppositie zouden gebruiken om gunstigere voorwaarden te bedingen.⁵³ Op dat moment hebben de *premium content* eigenaren zoals gezegd ook de mogelijkheid om met concurrerende inkopers te onderhandelen. Het marktonderzoek door de NMa heeft aangetoond dat bepaalde marktpartijen ook daadwerkelijk belangstelling hebben voor *premium filmrechten* (zie punt 56).

58. Gelet op de geringe toevoeging van de inkoopactiviteiten van UPC en de afzetmogelijkheden van de *Majors* en andere eigenaren van *premium filmcontent*, wordt geconcludeerd dat onderhavige concentratie niet zal leiden tot een versterking van een machtspositie die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt voor het verwerven van (uitzend)rechten voor *premium filmcontent* of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

III De markt voor het aanbieden van betaaltelevisie

1. Horizontale effecten

59. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat de d-g NMa op grond van het onderzoek in de meldingsfase reden had om aan te nemen dat als gevolg van de onderhavige concentratie op de Nederlandse markt voor het aanbieden van betaaltelevisie een machtspositie kan ontstaan of wordt versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

60. Canal+ Nederland is zoals is aangegeven in het besluit van 28 februari 2005 veruit de grootste aanbieder van betaaltelevisie in Nederland. Canal+ Nederland heeft drie

⁵² Zie het *Financieel Dagblad* van 26 mei 2005 waarin wordt aangegeven dat KPN aan het einde van dit jaar onder meer video-op-aanvraag wil aanbieden via zijn bestaande netwerk voor vaste telefonie.

⁵³ Dit geldt voor alle typen, zoals *pay-per-channel*, *pay-per-view*, *video-on-demand*, *near-video-on-demand*, *first window* en *second window*.

betaaltelevisiezenders (*pay-per-channel*) en zendt onder meer films, documentaires, series, concerten en *live* sportwedstrijden uit via vrijwel alle kabelnetwerken in Nederland alsmede via satelliet en DVB-T.

61. UPC is een kleinere speler op het gebied van betaaltelevisie, onder meer middels het aanbieden van het Voetbalkanaal (*pay-per-channel*), met *live* voetbalwedstrijden van de Britse *Premier League* en de *Champions League* en herhalingen van wedstrijden uit de Nederlandse Eredivisie. Tot voor kort konden abonnees in het UPC-gebied een abonnement nemen op het filmkanaal van Cinenova. Voorts kunnen abonnees van UPC via het filmbestelkanaal Arrivo middels *near-video-on-demand* films bekijken en kunnen zij via digitale televisie tegen bijbetaling een aantal extra televisiekanalen ontvangen.

62. Op het moment van de melding d.d. 15 december was het marktaandeel van Canal+ Nederland op de Nederlandse markt voor het aanbieden van betaaltelevisie circa [90-100]%. Van het overige marktaandeel (circa [0-10]%) had Cinenova een percentage van circa [0-10]% met abonnees in het verzorgingsgebied van UPC. Omdat de klantenwervingsactiviteiten van Cinenova in het verzorgingsgebied van UPC (met name) door UPC werden gedaan, is in het besluit van 28 februari 2005 het marktaandeel van Cinenova op *retail*niveau toegerekend aan UPC. Het totale marktaandeel van UPC op de markt voor betaaltelevisie in Nederland werd hierdoor, inclusief de activiteiten middels het Voetbalkanaal en het filmbestelkanaal Arrivo, geraamd op circa [0-10]%. Reeds in het besluit van 28 februari is aangegeven dat UPC het contract met Cinenova heeft opgezegd, gelet op de ongunstige voorwaarden. Inmiddels is gebleken dat er geen nieuw contract is afgesloten. Dit betekent dat, nu Cinenova niet langer onderdeel uitmaakt van het pakket aan zenders dat via UPC kan worden ontvangen, het marktaandeel van UPC nu minder dan [0-10]% bedraagt. Het marktaandeel van UPC is derhalve beperkt.

63. Door de onderhavige transactie verdwijnt een potentiële concurrent van Canal+ van de Nederlandse markt. Wil een concentratie met een potentiële concurrent belangrijke concurrentiebeperkende effecten hebben, dan moet voldaan zijn aan twee basisvoorwaarden. Ten eerste moet de potentiële concurrent reeds een sterke beperkende invloed uitoefenen of moet het erg waarschijnlijk zijn dat hij zou uitgroeien tot een daadwerkelijke concurrentiekracht. Ten tweede mag er geen voldoende aantal andere potentiële concurrenten zijn die voldoende concurrentiedruk kunnen handhaven.⁵⁴

64. UPC zou in theorie zonder de overname ook in *premium film content* hebben kunnen investeren. Een dergelijke investering zou volgens UPC echter veel risicovoller zijn

⁵⁴ Zie Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C 31 van 05/02/2004 blz.5 tot en met 18 en de punten 58 tot en met 60.

geweest. UPC heeft aangegeven dat zij geen plannen had om dit te doen en dat zij de markt voor het aanbieden van betaaltelevisie zonder deze concentratie op termijn had moeten verlaten. Zij wijst er daarbij op dat zij over minder aantrekkelijke *content* beschikt en dat zij als regionale speler, die alleen in haar eigen verzorgingsgebied actief is, te weinig schaalgrootte kan behalen.

65. Voorts zal binnenkort Versatel actief worden door middel van het aanbieden van *live* voetbalwedstrijden van de Nederlandse Eredivisie. Voor een speler als Versatel is er eveneens, zij het in beperkte mate, ruimte om *premium* films aan te bieden.⁵⁶ Mogelijk zou ook een speler als KPN actief kunnen worden op het gebied van het aanbieden van *premium* films via bijvoorbeeld *video-on-demand*. KPN is reeds gestart met proeven voor *video-on-demand* diensten die via de televisie kunnen worden ontvangen en wil aan het einde van dit jaar digitale televisiediensten, zoals *video-on-demand*, aanbieden via zijn bestaande netwerk voor vaste telefonie.⁵⁶

66. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat betaaltelevisie zowel op *wholesale* gebied als op *retail* gebied kan worden aangeboden. De sterke positie van Canal+ op het gebied van *retail* zal bij de omschakeling naar het *wholesale* model (zie punt 11) veranderen in een vergelijkbare positie op het gebied van *wholesale* distributie. UPC is als *wholesaler* alleen zeer beperkt actief via het Voetbalkanaal. Onlangs heeft Versatel aangekondigd dat ze eveneens actief wordt op het gebied van *wholesale* distributie.⁵⁷

67. UPC is eveneens actief op het gebied van niet-*premium content*, zowel als *wholesaler* als *retailer*. Marktonderzoek van de NMa heeft uitgewezen dat de verwachting is dat er mede als gevolg van de ontwikkeling van digitale televisie op relatief korte termijn een groot aantal themakanalen zal komen. Veel commerciële partijen zoals SBS en RTL

⁵⁶ Canal+ beschikt over exclusieve (*first window*) contracten met [...] *Majors*. De *content* van Sony en Disney (de eigenaren van Cinenova) is vooralsnog beschikbaar. UPC is evenwel in onderhandeling met deze studio's over exclusieve contracten. In de contracten met de *Majors* wordt in een aantal gevallen specifiek distributie via xDSL-netwerken buiten beschouwing gelaten. Voorts worden in de contracten in een aantal gevallen bepaalde vormen van betaaltelevisie buiten beschouwing gelaten. Het gaat hierbij vaak om *pay-per-view* en (*near-*)*video-on-demand* rechten. Ten slotte lopen de contracten met Canal+ na enige tijd af.

⁵⁶ Zie persbericht XS4ALL van 21 mei 2004: Aankondiging proef *video on demand*. Zie voetnoot 52.

⁵⁷ Zie persbericht van Versatel van 14 juni: Versatel zorgt voor landelijke dekking voor de levering van Live Eredivisievoetbal via CanalDigitaal. Versatel heeft aangekondigd dat ze een overeenkomst heeft gesloten met Canal Digitaal om de rechtstreekse uitzendingen van de voetbalwedstrijden via de satelliet aan te bieden aan mensen die buiten het bereik van het netwerk van Versatel vallen (op dit moment) ongeveer 40% van de Nederlandse huishoudens).

hebben aangegeven (*wholesale*)plannen te hebben voor het aanbieden van themakanalen.⁵⁸ RTL is sinds begin mei actief met het aanbieden van (niet-*premium*) films via internet via *pay-per-view*.

68. Concluderend kan worden gesteld dat als gevolg van de geringe toevoeging van UPC aan het marktaandeel van Canal+, de toetreding van Versatel als nieuwe aanbieder van *premium* (sport) *content* (mogelijk zowel op *retail*- als op *wholesale*gebied) en de (weliswaar relatief beperkte) ruimte voor een andere (nieuwe) aanbieder van betaaltelevisie voor het aanschaffen van *premium* filmrechten bij de *Majors* niet kan worden vastgesteld dat als gevolg van de onderhavige concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt op de Nederlandse markt voor het aanbieden van betaaltelevisie die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt voor het aanbieden van betaaltelevisie of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

2 *Verticale effecten*

69. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat de verticale integratie van UPC en Canal+ zou kunnen leiden tot uitsluitingseffecten. Daarbij is geconstateerd dat (i) de nieuwe eenheid mogelijk een prikkel zal ondervinden om hindernissen op te werpen, (ii) de nieuwe eenheid de mogelijkheid zou kunnen hebben om dat te doen en (iii) de uitsluiting een wezenlijke invloed zou kunnen hebben op de mededinging op de markt voor (*premium*)betaaltelevisie. Uitsluiting zou in het onderhavige geval kunnen ontstaan wanneer UPC geen toegang voor doorgifte (of toegang onder ongunstige of discriminatoire voorwaarden) op haar netwerk verleent aan derden. Ook zou UPC kunnen besluiten om de *content* van Canal+ niet (of onder ongunstige of discriminatoire voorwaarden) te leveren aan andere infrastructuurexploitanten. In het onderstaande zal eerst worden ingegaan op de mogelijke doorgifteweigering en vervolgens op de mogelijke leveringsweigering.

a) *Doorgifteweigering*

70. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat UPC door de overname van het programma-aanbod en de *content* van Canal+ een (versterkte) prikkel zal hebben om de doorgifte van Canal+ op haar eigen platform te bevoordelen ten opzichte van andere aanbieders van betaaltelevisie en om andere partijen uit te sluiten. Als UPC andere aanbieders van betaaltelevisieprogramma's van haar netwerk uitsluit en als exploitatie van betaaltelevisie voor deze aanbieders in Nederland dientengevolge niet meer rendabel is,

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld "SBS komt met drie nieuwe kanalen", *Novum*, 9 maart 2005, "Sanoma denkt aan Libelle-tv", *Het Financieele Dagblad*, 11 februari 2005.

zou zij deze feitelijk ook uitsluiten van andere verzorgingsgebieden en andere infrastructuur. UPC zou dan – ten minste voor wat betreft *premium* filmkanalen – als enige aanbieder in Nederland overblijven. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat indien bovengenoemde uitsluiting zich voordoet, dat een significant effect zou kunnen hebben op de mededinging.⁵⁹

71. Er dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan, wil een mogelijk nadelig effect op de mededinging ontstaan. Ten eerste zal in voldoende mate dienen vast te staan dat de nieuwe eenheid de prikkel en de mogelijkheid om doorgifte van *content* van andere aanbieders te weigeren. Daarnaast zou die weigering een significant effect moeten hebben op de mededinging op de markt voor het aanbieden van (*premium*) betaaltelevisie. Ten slotte is een causaal verband vereist tussen de doorgifteweigering en de concentratie. Bovengenoemde aspecten zijn nader onderzocht in het onderzoek in de vergunningsfase.

i) *Prikkel voor doorgifteweigering*

72. UPC kan met name een prikkel hebben om *content* te weren indien UPC hiermee kan bereiken dat deze *content* niet op de Nederlandse markt kan komen en UPC daarmee haar eigen positie als aanbieder van betaaltelevisie versterkt. In de praktijk betreft de potentiële uitsluiting met name *premium* film*content*. Het is aannemelijk dat UPC andere betaaltelevisie*content* in beginsel zal willen doorgeven om haar (digitale) (betaal)televisieplatform te stimuleren. Hiervoor is immers veel goede *content* nodig.⁶⁰ Dat UPC dergelijke *content* graag wil doorgeven blijkt onder meer uit het feit dat UPC onderhandelt met verschillende aanbieders van dergelijke (*premium*) betaaltelevisie*content*.⁶¹

73. Om te bepalen hoe waarschijnlijk het is dat UPC een prikkel heeft om doorgifte te weigeren, is het van belang om vast te stellen of doorgifte via UPC noodzakelijk is voor het aanbieden van *premium content* in Nederland. Indien dit namelijk niet het geval zou zijn dan zou uitsluiting door middel van doorgifteweigering niet lonend zijn en lijkt er derhalve geen prikkel te bestaan.

⁵⁹ Het gedrag van UPC zou zich kunnen uiten door middel van toegangswegering, discriminatie, bundeling of excessieve prijzen. In het navolgende zullen deze gedragingen worden aangeduid onder de noemer doorgifteweigering, tenzij anders vermeld.

⁶⁰ Dit geldt vanzelfsprekend ook voor *premium* film*content*, maar daarbij kan UPC zoals hierboven aangegeven een prikkel hebben om als enige aanbieder in Nederland over te blijven (zie punt 70).

⁶¹ Zo heeft UPC pogingen ondernomen om een licentie te krijgen voor de eredivisie*content* van Versatel. UPC is tevens in gesprek met de NOS met betrekking tot (*premium*) sport*content* en met diverse nationale en internationale aanbieders van betaaltelevisie*content*. Deze *content* is primair complementair aan de *content* van Canal+.

74. In het onderhavige geval is het alleen relevant om te bezien in hoeverre doorgifte via UPC noodzakelijk is voor het aanbieden van (*premium*) betaaltelevisie en niet of doorgifte via UPC noodzakelijk is voor het aanbieden van algemene vrij toegankelijke televisiesignalen. De concentratie zal immers niet van invloed zijn op doorgifte van deze vrij toegankelijke televisiesignalen.

75. Het is van belang om te benadrukken dat wanneer doorgifte via UPC niet noodzakelijk zou zijn voor een aanbieder van betaaltelevisie om actief te worden in Nederland, dat niet betekent dat UPC dan niet over een economische machtspositie beschikt. De d-g NMa heeft recentelijk nog aangegeven dat de NMa er niet aan twijfelt dat UPC een dominante positie heeft op de relevante markten voor doorgifte van radio- en televisiesignalen.⁶² In het onderhavige geval dient echter niet de vraag te worden beantwoord in hoeverre UPC een economische machtspositie heeft op deze markten, maar in hoeverre de overname van Canal+ door UPC leidt tot het ontstaan of versterken van een economische machtspositie die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd. In dat verband is het relevant om de prikkels tot doorgifteweigering in kaart te brengen.

76. Er zijn signalen dat doorgifte via UPC noodzakelijk is voor aanbieders van (*premium*) betaaltelevisie om actief te worden in Nederland. UPC bedient circa 37% van de kabelabonnees in Nederland en circa 33% van alle abonnees van radio- en televisieprogramma's. Van de betaaltelevisieabonnees in Nederland wordt naar schatting van partijen circa [30-40]% via het UPC-netwerk doorgegeven. UPC is actief in een deel van de Randstad. Toegang tot het netwerk van UPC vormt volgens verschillende marktpartijen een absoluut vereiste. UPC vormt mogelijk een dergelijke *bottleneck* indien voor aanbieders van (*premium*) betaaltelevisie *content* een grote klantenbasis noodzakelijk is die alleen via doorgifte via UPC kan worden behaald. Dit zou het geval kunnen zijn aangezien aanbieders van (*premium*) betaaltelevisie hoge vaste kosten hebben, met name gelet op minimum garanties die worden gevraagd door de *content* eigenaren.

77. Er zijn ontwikkelingen in de markt die de positie van UPC enigszins kunnen relativeren. Zo biedt Versatel haar *premium* voetbalrechten aan zonder dat zij gebruik maakt van het netwerk van UPC. Andere aanbieders van (*premium*) *content* zouden mogelijk hetzelfde kunnen doen als Versatel of gebruik kunnen maken van het netwerk van Versatel. Versatel rekent op circa 500.000 abonnees binnen 3 jaar. Ook KPN rekent op een aanzienlijk aantal abonnees voor televisie waaronder betaaltelevisie via xDSL over drie

⁶² Zie Advies ontwerpbesluit UPC, met kenmerk 3970/45.

jaar.⁶³ SBS heeft aangegeven dat zij overweegt om haar digitale themakanalen exclusief via KPN te distribueren⁶⁴. Via xDSL kunnen verschillende diensten (internettoegang, televisie, telefoon) worden getransporteerd. Dit maakt een gezamenlijk aanbod van dergelijke diensten mogelijk en biedt mogelijkheden voor andersoortige *business*modellen, waarbij eerder het benodigde aantal abonnees kan worden behaald. In andere landen wordt al televisie via xDSL aangeboden.⁶⁵ Naast televisie via xDSL zijn er verder nog televisie via satelliet en via DVB-T (Digitenne). Het aantal abonnees via deze infrastructuur is recentelijk toegenomen. Volgens diverse marktpartijen is doorgifte via UPC wel gewenst, maar niet noodzakelijk.

78. De ontwikkelingen van xDSL kunnen worden gerelativeerd. Het moet nog blijken of televisie via xDSL echt zal doorbreken en het zal naar verwachting van verschillende marktpartijen nog zeker enige tijd duren voordat televisie via xDSL echt een bedreiging vormt voor kabelexploitanten. De aandelenkoers van Versatel is in de eerste maanden van 2005 gedaald en er zijn enkele kritische analistenrapporten met betrekking tot de kansen van Versatel.⁶⁶ Uit prognoses van UPC blijkt dat UPC ten aanzien van de doorgifte van een breed pakket aan televisiediensten (voorlopig) slechts beperkte groeimogelijkheden verwacht voor xDSL en andere infrastructuur. In de landen waar reeds televisie via xDSL wordt aangeboden, is de penetratie vooralsnog beperkt.

79. Voor de vraag in hoeverre doorgifte via UPC noodzakelijk is voor aanbieders van (*premium*) betaaltelevisie om actief te worden in Nederland is voorts de positie van de *Majors* relevant. In het bovenstaande is reeds gewezen op de sterke positie van de *Majors* (zie punt 46). Wellicht zouden de *Majors* ook rechtstreeks aan *retailers* kunnen verkopen of aan andere (toekomstige) *wholesalers* kunnen leveren, zeker wanneer zij geen minimum garanties vragen (zie punt 56).

80. Samenvattend zijn er aanwijzingen dat doorgifte via UPC (vooralsnog) noodzakelijk is om landelijk voldoende dekking te bereiken ten aanzien van *premium* betaaltelevisie. Er zijn evenwel ontwikkelingen in de markt die de positie van UPC

⁶³ KPN introduceert televisie via xDSL naar verwachting rond augustus 2005. KPN komt met zeer uitgebreide televisiepakketten, video op aanvraag en themakanalen. Het tv-aanbod is uitgebreider dan het Digitenne-pakket dat KPN blijft verkopen. Zie "KPN begint aan heuse tv-oorlog, *Het Financieele Dagblad*, 26 mei 2005.

⁶⁴ Zie "SBS wil geld voor doorgifte themazenders", 14 juni 2005, <http://digitalekabeltelevisie.nl/nieuws/>.

⁶⁵ Het betreft onder meer Frankrijk, Finland, Spanje en Italië. Belgacom wordt vanaf 30 juni actief met een grootschalig digitaal televisie-aanbod van bijna 100 zenders via xDSL (zie "Belgacom begint tv-oorlog met aanbod van 100 zenders", *Het Volk*, 30 mei 2005).

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Stroeve, *Equity research*, march 9 2005, *Versatel, Taking a big financial risk with triple play* en AME Research, *Versatel neemt megarisico met voetbal on demand*, 12 mei 2005.

enigszins kunnen relativiseren. Deze ontwikkelingen kunnen ertoe leiden dat UPC een minder sterke prikkel zal hebben om *content* te weigeren.

81. Vervolgens is voor de beoordeling van de onderhavige concentratie van belang in hoeverre de prikkel voor doorgifteweigering toeneemt als gevolg van deze concentratie. UPC had reeds de beschikking over enige *premium content* en had daardoor mogelijk reeds een prikkel om (bepaalde) *premium content* te weren van haar netwerk. UPC heeft in het verleden veel conflicten gehad met betrekking tot de doorgifte, met name met Canal+ en recentelijk met KPN. Door de onderhavige concentratie wordt de positie van UPC ten aanzien van *premium content* versterkt. De prikkel om *content* te weigeren kan derhalve toenemen. Het is evenwel de vraag in hoeverre hier sprake is van een wezenlijke toename van deze prikkel als gevolg van deze concentratie.

(ii) Mogelijkheid doorgifteweigering getet op regelgeving OPTA

82. Partijen merken op dat het nieuwe regelgevingskader voor elektronische netwerken dat inmiddels in Nederland in de Telecommunicatiewet is geïmplementeerd, waarborgen biedt voor voldoende concurrentie op deze markt. OPTA onderwerpt momenteel een aantal markten aan een onderzoek, teneinde vast te kunnen stellen of er aanleiding is voor het opleggen van bepaalde verplichtingen aan infrastructuurexploitanten. Dit is onder meer het geval voor de markten voor doorgifte en ontvangst van omroepsignalen. Indien de marktanalyse van OPTA zou uitwijzen dat kabelexploitanten als UPC op deze markt over aanmerkelijke marktmacht beschikken, kan OPTA onder meer bepaalde toegangsverplichtingen opleggen.

83. Bij een analyse van deze regelgeving dient het specifieke doel van concentratiecontrole te worden beschouwd, in vergelijking met het doel van sectorspecifieke regulering.⁶⁷ De sectorspecifieke regelgeving is erop gericht misbruik van een machtspositie te voorkomen en pluriformiteit van het aanbod te waarborgen. Dat neemt niet weg dat afzonderlijk moet worden toegezien op concentraties en hun mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen. Het doel van concentratiecontrole is om te waarborgen dat de structuur van de markt niet zodanig wordt aangetast als gevolg van een bepaalde concentratie dat een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt.

84. Desondanks kan de sectorspecifieke regelgeving in het onderhavige geval een relevante rol spelen. Het gaat in de onderhavige zaak immers om de mogelijke uitsluitingseffecten door middel van doorgifteweigering, danwel bevoorrechtiging van de eigen *content*. Indien dergelijke gedragingen niet mogelijk zijn vanwege bestaande en

⁶⁷ Zie het besluit in zaak 3052/ *Liberty Media – Casema*, reeds aangehaald, punt 197.

toekomstige regelgeving dan kan dit wel degelijk invloed hebben op de gevolgen van de onderhavige concentratie.

85. Op dit moment kan OPTA op basis van de art. 8.5 en art. 8.7 van de oude Telecommunicatiewet 1998 (hierna: Tw 1998) toegang tot omroepnetwerken zoals de kabel afdwingen. Deze wet is vervangen en aangepast door de Telecommunicatiewet 2003. Overgangsbepalingen bepalen echter dat de oude wet van kracht blijft totdat OPTA haar marktanalyse heeft beëindigd. Art. 8.7 Tw 1998 bepaalt dat OPTA bindende aanwijzingen mag geven indien een aanbieder van een omroepnetwerk en een programma-aanbieder geen overeenkomst bereiken over de toegang van het programma tot het omroepnetwerk. Canal+ heeft in het verleden op basis hiervan toegang tot de kabel afgedwongen. Art. 8.5 Tw 1998 bepaalt dat de aanbieders van een *conditional access system* de technische voorzieningen die abonnees nodig hebben om televisiediensten te ontvangen aan de aanbieders van deze diensten op eerlijke, redelijke en non-discriminatoire basis moet aanbieden.

86. In de ontwerpbesluiten van OPTA voor de markten voor doorgifte en ontvangst van omroepsignalen (zie ook punt 37) heeft OPTA bepaald dat kabelexploitanten als UPC op deze markten over aanmerkelijke marktmacht beschikken.⁶⁸ Ter voorkoming van mededingingsbeperkende gedragingen legt het college van OPTA UPC de verplichtingen op te voldoen aan redelijke verzoeken van programma-aanbieders om toegang tot haar netwerk, of delen daarvan, om door middel van over dat netwerk geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers te bereiken, onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden.⁶⁹

87. Gelet op het ontwerpbesluit van OPTA met betrekking tot UPC lijkt het aannemelijk dat OPTA tot de conclusie komt dat UPC over aanmerkelijke marktmacht

⁶⁸ In de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb. 11.7.2002, C-165/6, ad nr. 70-82 wordt "aanmerkelijke marktmacht" met het innemen van een economische machtspositie gelijk gesteld.

⁶⁹ Deze verplichting houdt tevens in dat UPC ten opzichte van derden gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor zichzelf, zijn dochterondernemingen of zijn partnerondernemingen. UPC dient binnen vijftien dagen na ontvangst van een verzoek daartoe, die informatie bekend te maken die noodzakelijk is om de verzochte toegang te realiseren, respectievelijk om een onderbouwd verzoek om toegang te kunnen doen. Deze informatie behelst onder meer tarieven en andere voorwaarden, zoals leveringstijden en technische specificaties. UPC dient voor de geleverde toegang kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Hiertoe dient UPC voor de tarifiering van de levering van omroeptransmissiediensten aan programma-aanbieders, alsmede voor de tarifiering van aan die levering gekoppelde vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten, een door het college goed te keuren kostentoerekeningssysteem te hanteren.

beschikt en dat OPTA derhalve doorgifteverplichtingen aan UPC zal opleggen. Dit zou betekenen dat de mogelijkheid voor UPC om *content* van anderen te weigeren in sterke mate wordt beperkt.

(iii) *Significant effect op de mededinging*

88. UPC heeft er in beginsel belang bij om veel geschikte *content* te hebben om haar (digitale) televisieplatform op *retail*niveau succesvol te maken. In het bovenstaande is reeds aangegeven dat de mogelijke uitsluiting derhalve primair betrekking heeft op de potentiële weigering van doorgifte van film*content* (zie punt 72). De enige huidige aanbieder waar deze uitsluiting betrekking op kan hebben, is Cinenova. Er is niet gebleken dat een andere speler plannen heeft om als *wholesale* aanbieder van *premium* film betaaltelevisie in Nederland actief te worden. Een dergelijke speler zou mogelijk wel actief kunnen worden.

89. Voor de vraag of deze concentratie een significant effect zal hebben op de mededinging is het relevant of Cinenova (of een andere (potentiële) aanbieder van *premium* film*content*) zonder de concentratie een levensvatbare speler zou zijn. [...] Inmiddels is bekend geworden dat Casema en Essent Cinenova niet langer doorgeven. [...] Als er geen tweede aanbieder van film*content* is, dan is er op dit punt geen sprake van een wezenlijk effect van de concentratie.

90. Een andere mogelijke relativering van de significantie betreft de ontwikkelingen op het gebied van betaaltelevisie. Naast UPC zal Versatel actief worden als *wholesale*- en *retail*aanbieder van *premium* betaaltelevisie. Daar komt mogelijk nog een speler als KPN bij. Ook als deze concentratie er toe zou leiden dat UPC/ Canal+ bepaalde *content* weigert, zullen er dus andere spelers actief zijn ten aanzien van het aanbieden van *premium content* betaaltelevisie. Daarnaast zullen naar verwachting verschillende spelers actief worden ten aanzien van niet-*premium content* betaaltelevisie. Ook komen er meer alternatieven voor (potentiële) aanbieders van (*premium*) *content*. Deze mogelijkheden voor toetreding kunnen de significantie van de potentiële doorgifteweigering verder relativeren.

91. In het bovenstaande is reeds gewezen op de sterke positie van de *Majors*. De Nederlandse markt voor betaaltelevisie is voor de *Majors*, gelet op de omvang van het geheel van hun afzetmarkten, van relatief beperkt belang. Het is derhalve de vraag in hoeverre een eventuele uitsluiting gezien vanuit de *Major* een significant effect teweegbrengt.

92. Gelet op bovengenoemde aspecten lijkt het onvoldoende aannemelijk dat de onderhavige concentratie een significant effect heeft op de mededinging.

(iv) *Causaal verband*

93. In het geval dat UPC de mogelijkheid heeft om *content* te weren dan wijzigt deze mogelijkheid niet door deze concentratie. De onderhavige concentratie wijzigt immers niets aan de positie van UPC op het gebied van doorgifte.

94. In het bovenstaande is reeds aangegeven dat UPC mogelijk reeds een prikkel heeft om (bepaalde) *premium content* te weren van haar netwerk en dat het de vraag is in hoeverre er sprake is van een wezenlijke toename van deze prikkel als gevolg van deze concentratie.

95. [...] Dit betekent dat er mogelijk geen causaal verband is tussen het verdwijnen van Cinenova van de markt en deze concentratie.

96. Gelet op een eerdere arbitragezaak⁷⁰ met betrekking tot het oude contract tussen UPC en Cinenova, is het niet ondenkbaar dat UPC het contract met Cinenova ook niet had verlengd zonder deze concentratie. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat [...].⁷¹

97. Er zijn derhalve verschillende aanwijzingen dat er geen direct causaal verband bestaat tussen de onderhavige concentratie en de potentiële uitsluitingseffecten als gevolg van doorgifteweigering.

Conclusie doorgifteweigering

98. Er zijn bepaalde ontwikkelingen op de markt die van invloed kunnen zijn op noodzakelijkheid van doorgifte via UPC voor een aanbieder van *premium content* betaaltelevisie om actief te worden in Nederland en derhalve op de mogelijke prikkel die UPC zal hebben voor doorgifteweigering. Via bestaande en verwachte toekomstige regelgeving kan OPTA UPC verplichten om non-discriminatoire toegang tot haar netwerk te verlenen. [...] Voorts kan worden opgemerkt dat de Nederlandse markt voor betaaltelevisie voor de *Majors* van relatief gering belang is en dat er andere spelers actief worden ten aanzien van *premium* en niet-*premium* betaaltelevisie. Het lijkt onvoldoende aannemelijk dat een direct causaal verband bestaat tussen de onderhavige concentratie en de potentiële doorgifteweigering. Gelet hierop kan niet worden vastgesteld dat deze concentratie leidt tot uitsluitingseffecten als gevolg van doorgifteweigering met een significant effect op de mededinging.

⁷⁰ Zie *International Court of Arbitration Case No. 12441/JNK Europe Movieco Partners Limited vs/ United Pan-Europe Communications B.V., Final Award, 13 January 2005*

⁷¹ [...].

b) Leveringsweigering

99. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat een van de mogelijke uitsluitingseffecten de mogelijkheid betreft dat UPC besluit om de *content* van Canal+ niet, of tegen ongunstige voorwaarden, te leveren aan andere infrastructuurexploitanten.⁷²

100. De NMa heeft in het kader van dit mogelijke uitsluitingseffect onderzocht of door de onderhavige concentratie een mogelijkheid en prikkel ontstaat om bepaalde betaaltelevisie*content* van Canal+ niet (of onder ongunstige voorwaarden) beschikbaar te stellen aan bepaalde andere televisieplatforms, waardoor de concurrentie op het gebied van doorgifte wordt belemmerd.

101. Net als bij doorgiftewegering (zie de punten 70 tot en met 98) dient ten aanzien van leveringsweigering aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan, wil een mogelijk nadelig effect op de mededinging ontstaan. Ten eerste zal in voldoende mate dienen vast te staan dat de combinatie UPC/ Canal+ de mogelijkheid en prikkel heeft om *content* van Canal+ niet beschikbaar te stellen aan bepaalde andere televisieplatforms. Daarnaast zal die *content* van significante betekenis dienen te zijn voor het succes van bedoelde platformen. Ten slotte is een causaal verband vereist tussen de leveringsweigering en de concentratie.

(i) Prikkel en mogelijkheid leveringsweigering

102. In tegenstelling tot het toezicht op het mogelijke uitsluitingseffect dat ontstaat door doorgiftewegering door partijen (zie punt 82), is er geen toezicht door OPTA op de levering van *content*.

103. Een prikkel tot leveringsweigering ontstaat als de voordelen van weigering de nadelen daarvan overtreffen. Partijen merken hierover op het zich niet te kunnen veroorloven de *content* niet aan derden ter beschikking te stellen. Daardoor zouden schaalvoordelen verloren gaan, omdat het netwerk van UPC slechts een gedeelte van het Nederlandse grondgebied dekt. Vanwege de noodzaak *content* op nationale schaal in te kopen door de wijze waarop *contenteigenaren* deze rechten distribueren, is een nationale dekking noodzakelijk. Canal+ levert thans reeds aan Essent, Casema en Multikabel, alsmede aan Canal Digitaal. Ter ondersteuning van deze stelling wijzen partijen op onderhandelingen met diverse marktpartijen, met als doel de *content* van Canal+ ook aan anderen te leveren.

⁷² Zie de punten 124, 131-133, 137-147, 155-158.

104. Uit het marktonderzoek van de NMa komt eveneens naar voren dat landelijke dekking een belangrijke factor is voor de mate van succes van betaaltelevisie, mede door de wijze waarop thans *premium* film- (en sport)rechten worden gedistribueerd (zie punt 57). Dit laat evenwel onverlet dat, ook indien bovenstaande redenering van partijen wordt gevolgd, een prikkel kan blijven bestaan om de *content* aan bepaalde concurrerende platforms (bijvoorbeeld xDSL aanbieders) te weigeren, nadat, door overeenkomsten met Essent, Casema en Canal Digitaal, landelijke dekking is verkregen. Partijen hebben desgevraagd bevestigd geen plannen te hebben om *content* aan xDSL-aanbieders te verstrekken.

(ii) *Significant effect op de mededinging*

105. Om de gevolgen voor de concurrentie tussen televisieplatforms als gevolg van de leveringsweigering te kunnen inschatten is het noodzakelijk te bepalen in hoeverre het object van de doorgifte, in casu *premium* film- en sportrechten, van belang is voor het succes van een televisieplatform.

106. In Nederland is het televisieaanbod door televisieplatforms tot dusver nooit beperkt geweest tot louter betaaltelevisie, noch zijn er concrete aanwijzingen dat in de nabije toekomst platforms zullen ontstaan die zich hiertoe zullen beperken. Betaaltelevisie wordt derhalve vooralsnog altijd in combinatie met zogenaamde open netten vrij toegankelijk door een platform aangeboden. Vanwege het huidige aanbod van Canal+ is voor de beoordeling van de onderhavige concentratie met name het belang van de *premium* film- en sport*content* van Canal+ voor televisieplatforms nader geanalyseerd.

107. In de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie wordt een relatief groot belang toegekend aan *premium content* voor het succes van betaaltelevisieplatforms.⁷³ In genoemde beschikkingen gaat het specifiek om de gevolgen voor betaaltelevisieplatforms, die in Nederland als zodanig niet voorkomen.

108. Het marktonderzoek van de NMa levert het volgende beeld op. Uit de uitkomsten van de veiling van de rechten van de Eredivisie blijkt dat de markt voor de verkrijging van *premium* sport*content* een contesteerbaar karakter heeft. Zo heeft de NOS de rechten op de samenvattingen en Canal+ de rechten op het uitzenden van *lived* wedstrijden uit de Eredivisie verloren. Een aantal (potentiële) aanbieders geeft aan dat *premium* film- en sport*content* van Canal+ weliswaar schaars en belangrijk is, maar niet essentieel voor het succes van een televisieplatform. Sommige (potentiële) aanbieders geven aan dat de

⁷³ Zie de beschikking in zaak IV/36.539 – *British Interactive Broadcasting / Open*, reeds aangehaald, punt 28 en de de beschikking in zaak COMP/C.2-38.287 – *Telenor/ Canal+ / Canal Digital*, reeds aangehaald, punt 66. Zie ook McKinsey, 11 maart 2005, Vernieuwen van het Nederlandse televisielandschap. De Toekomst van Digitale Televisie.

content van Canal+ relatief onbelangrijk is voor het succes van een televisieplatform. Het zou belangrijker zijn om te beschikken over de *content* van bijvoorbeeld RTL, SBS en de publieke zenders. Bovendien zijn niet alle *premium* filmrechten momenteel in handen van Canal+ (zie voetnoot 55). Daarnaast is het niet uitgesloten dat ook andere platforms *premium* filmrechten kunnen verkrijgen en deze kunnen combineren met andere betaaltelevisie*content*, zoals voetbalrechten of themakanalen. Uit het marktonderzoek door de NMa in het kader van de onderhavige zaak is naar voren gekomen dat het aanbod van themakanalen sterk groeiende is.

109. Het is op grond van het voorgaande niet aannemelijk dat de *premium content* van Canal+ een doorslaggevende rol speelt voor het succesvol opereren van de Nederlandse televisieplatforms. Het is dan ook niet aannemelijk dat een eventuele weigering van partijen de *content* te leveren van significante invloed is voor de concurrentie tussen televisieplatforms.

(iii) *Causaal verband*

110. Canal+ leverde haar *content* tot voor kort niet aan anderen dan aan kabelmaatschappijen, dus niet aan alternatieve (bijvoorbeeld xDSL) televisieplatforms. Recentelijk is Canal+ overgestapt op een zogenaamd *wholesale*model waarbij zij de *content* in principe wel aan alternatieve televisieplatforms ter beschikking zou kunnen stellen. Het is niet goed in te schatten in hoeverre Canal+ zonder de onderhavige concentratie daadwerkelijk *content* aan alternatieve televisieplatforms had geleverd. De prikkel voor levering aan xDSL-platforms lijkt hierdoor af te hangen van het succes van de alternatieve televisieplatforms, ongeacht de onderhavige concentratie. Gelet hierop is een causaal verband moeilijk aan te tonen.

Conclusie leveringsweigering content Canal+

111. Partijen lijken als gevolg van de concentratie niet te beschikken over de prikkel de levering van de *content* van Canal+ te weigeren aan andere kabelmaatschappijen, zoals Essent en Casema. UPC/Canal+ levert de *content* de komende zeven jaar aan Canal Digitaal. Evenwel kan niet worden uitgesloten dat de mogelijkheid en prikkel om de *content* van Canal+ te weigeren wel bestaat ten aanzien van alternatieve televisieplatforms.

112. Het is niet aannemelijk dat de *content* van Canal+ voor het succes van de alternatieve televisieplatforms van zeer groot belang is. Bovendien is het aannemelijk dat nieuwe *content* voor betaaltelevisie beschikbaar komt. Gelet hierop lijkt het onvoldoende aannemelijk dat deze concentratie leidt tot uitsluitingseffecten als gevolg van leveringsweigering met een significant effect op de mededinging.

Digitenne

113. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat UPC als gevolg van de voorgenomen concentratie de beschikking krijgt over een gedeelte van de capaciteit van Digitenne. Canal+ Nederland zou krachtens de Joint Venture Overeenkomst van 23 februari 2001 waarbij de aanzet tot oprichting van Digitenne is gegeven, het recht hebben om een distributieovereenkomst met Digitenne te sluiten voor (in ieder geval) de duur van vijf jaar vanaf het moment dat Digitenne actief is geworden (2003), om haar programma's via Digitenne te verspreiden tegen een vaste vergoeding per programma per jaar. In het besluit van 28 februari 2005 is aangegeven dat als gevolg van de onderhavige concentratie de zeggenschap over de contractuele rechten om programma's via Digitenne te verspreiden overgaat naar UPC. Hiermee zou UPC mogelijk grip krijgen op drie van de maximaal 27 kanalen voor de doorgifte van televisieprogramma's die Digitenne ter beschikking staan. Zij zou deze invloed mogelijk kunnen aanwenden om de concurrentiedruk van Digitenne te verminderen.

114. Partijen hebben in een reactie aangegeven dat UPC niet kan bepalen welke *content* op drie van de kanalen van Digitenne komt. Zij wijzen er op dat het belang van Canal+ Nederland in Digitenne niet door UPC wordt overgenomen. UPC verwerft dus ook niet de aan deze deelneming verbonden rechten, waaronder het recht de *content* voor drie van de kanalen van Digitenne te leveren. UPC verkrijgt middels deze overname geen rechten met betrekking tot Digitenne die toebehoren aan Canal+ Nederland. Er zijn ook geen andere afspraken gemaakt tussen Canal+ en Digitenne die nu overgaan naar UPC. Digitenne heeft UPC laten weten dat zij de doorgifte van Canal+ wil staken, omdat zij van mening is dat de zender minder aantrekkelijk is geworden en zij de benodigde capaciteit voor andere *content* wil gebruiken.

115. Gelet op het bovenstaande lijkt het niet aannemelijk dat UPC kan bepalen welke *content* op de drie kanalen van Digitenne komt.

VI. CONCLUSIE

116. Op grond van het voorgaande is de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot de conclusie gekomen dat de operatie waarop de aanvraag om vergunning betrekking heeft binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht valt. De directeur-generaal is van oordeel dat de voorgenomen concentratie niet zal leiden tot het ontstaan of versterken van een economische machtspositie die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

117. Gelet op het bovenstaande deelt de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit mede dat voor de concentratie waarop de aanvraag om vergunning betrekking heeft, een vergunning wordt verleend.

Datum: 28 juni 2005

w.g. mr. P. Kalbfleisch
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM, Rotterdam.