

## **ZIENSWIJZE CASEMA TEN AANZIEN VAN ONTWERPBESLUIT OPTA VAN 19 MEI 2005**

### **1. INLEIDENDE OPMERKINGEN**

1. In het hiernavolgende geeft Casema N.V. ('Casema') haar zienswijze ten aanzien van het ontwerpbesluit van het college van OPTA ('OPTA'), van 19 mei jl. jegens Casema ten aanzien van de markten voor de doorgifte en ontvangst van omroepsignalen in het verzorgingsgebied van Casema ('ontwerpbesluit').
2. In het ontwerpbesluit trekt OPTA de volgende conclusies ten aanzien van de relevante groothandelsmarkt ('wholesale markt'):
  - De relevante wholesale markt is de markt voor doorgifte van televisiesignalen via de kabel in het verzorgingsgebied van Casema;
  - Deze markt is niet daadwerkelijk concurrerend en Casema beschikt over aanmerkelijke marktmacht ('AMM');
  - Op de wholesale markt zouden zich een aantal mededingingsbeperkende gedragingen kunnen voordoen als gevolg van de machtspositie van Casema (toegangsweigering, discriminatie, verdragings tactieken, excessieve tarieven en kruissubsidie);
  - Ter voorkoming van deze mededingingsbeperkende gedragingen is OPTA voornemens een aantal verplichtingen op te leggen (toegang, non-discriminatie, transparantie en kostenoriëntatie).
3. Ten aanzien van de relevante eindgebruikersmarkt ('retail markt'), worden in het ontwerpbesluit de volgende conclusies getrokken:
  - De relevante retailmarkt is de markt voor ontvangst van analoge omroepsignalen zonder systeem voor voorwaardelijke toegang via de kabel in het verzorgingsgebied van Casema;
  - Ondanks de op te leggen wholesale maatregelen is deze markt niet daadwerkelijk concurrerend en beschikt Casema op deze markt over AMM;
  - Met betrekking tot deze markt is voldaan aan de drie criteria van de Europese Commissie voor het afbakenen van markten in aanvulling op de door de Commissie in haar *Aanbeveling relevante markten* aangeduide markten;
  - Op deze markt zouden zich een aantal mededingingsbeperkende gedragingen kunnen voordoen als gevolg van de machtspositie van Casema (kruissubsidie, excessieve prijzen en gebrek aan keuze);
  - Ter voorkoming van deze mededingingsbeperkende gedragingen dienen verplichtingen tot kostenoriëntatie en tot transparantie te worden opgelegd.

4. Deze zienswijze is als volgt opgebouwd. In de eerste plaats wordt een aantal algemene opmerkingen gemaakt over de benadering die OPTA kiest in het ontwerpbesluit. Daarbij zal Casema aandacht vragen voor het nagenoeg ontbreken van kwantitatieve analyses. Voorts wordt uiteengezet dat OPTA afwijkt van het in het mededingingsrecht gebruikelijke onderscheid tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie, en ten onrechte een onderscheid maakt tussen een pakketmarkt en een infrastructuurmarkt.
5. Vervolgens plaatst Casema specifieke kanttekeningen bij de conclusies die OPTA trekt ten aanzien van i) de aanwezige en potentiële infrastructuurconcurrentie en de gevolgen daarvan voor de beoordeling van zowel de relevante markten als de positie van Casema op deze markten, ii) de dominantie van Casema op de relevante retail markt, iii) de dominantie van Casema op de relevante wholesale markt, iv) de waarschijnlijkheid van mededingingsproblemen op zowel de relevante wholesale als retail markt, en v) de noodzaak tot het afbakenen van een 19<sup>e</sup> markt.
6. Ten slotte zal Casema ingaan op de gevolgen die de door haar in het ontwerpbesluit geconstateerde gebreken en onjuistheden hebben voor het dictum van het ontwerpbesluit. Casema zal tevens een aantal aanvullende opmerkingen bij het dictum maken.

#### **1.1. DOELSTELLINGEN NIEUW COMMUNAUTAIR REGELGEVEND KADER**

7. Casema roept de doelstellingen van het nieuwe communautaire regelgevend kader in herinnering: het bevorderen van de ‘groei, concurrentievermogen en werkgelegenheid die wordt geboden door de overgang naar een digitale kenniseconomie’ door een helder regelgevend kader te scheppen, rekening houdend met de convergentie van infrastructuren en diensten.<sup>1</sup>
8. In Nederland is de convergentie van infrastructuren en diensten voor een belangrijk deel de vrucht van de investeringen van de kabelmaatschappijen. Zij hebben hun netwerken geschikt gemaakt om naast omroepdiensten ook breedband- en telefoniediensten aan te bieden. Kabelmaatschappijen zijn in dit verband de concurrentiestrijd aangegaan met op landelijke schaal opererende telecommunicatiebedrijven. De consument profiteert daarvan. Het accent van de concurrentie tussen infrastructuraanbieders verschuift steeds meer van concurrentie op individuele diensten naar concurrentie tussen ‘triple play’ aanbiedingen (televisie, internettoegang en telefonie) via dezelfde infrastructuur. Dit versterkt de infrastructuurconcurrentie verder.
9. Kabelmaatschappijen zoals Casema hebben aanzienlijke investeringen moeten doen en verliezen moeten lijden om dit proces in gang te zetten. Zonder deze investeringen en verliezen zou de genoemde infrastructuurconcurrentie en concurrentie tussen triple play aanbiedingen nooit van de grond zijn gekomen. Deze infrastructuurconcurrentie heeft onder meer geleid tot een uitzonderlijke breedbandpenetratie in Nederland, gekenmerkt met de laagste prijzen in Europa.

---

<sup>1</sup> Zie onder meer de preambule van de Kaderrichtlijn.

10. OPTA kan daaraan niet voorbijgaan in haar marktanalyse. In het ontwerpbesluit doet zij dat wel, door de activiteiten van Casema op de omroepmarkt te abstraheren van de telefonie- en breedbanddiensten die Casema aanbiedt. Aldus wordt miskend dat bundels van diensten met elkaar concurreren. Het veronachtzamen van integrale concurrentie tussen verschillende infrastructuraanbieders met betrekking tot verschillende diensten zou de verdere ontwikkeling van de op gang gekomen infrastructuurconcurrentie aanmerkelijk kunnen doorkruisen.
11. Voorts dient in de onderhavige marktanalyse zoveel mogelijk aansluiting te worden gevonden bij mededingingsrechtelijke uitgangspunten, overeenkomstig het ook in Nederland gehanteerde uitgangspunt dat ex ante regulering uitsluitend op zijn plaats is indien toezicht op grond van het mededingingsrecht niet kan volstaan om publieke belangen te borgen.
12. Het doel van het nieuwe regelgevend kader is niet om aanvullende, nieuwe verplichtingen in het leven te roepen voor telecommunicatiebedrijven, behalve indien zulks noodzakelijk blijkt om geconstateerde of waarschijnlijke mededingingsproblemen weg te nemen, en in dat geval uitsluitend indien het mededingingsrecht geen afdoende bescherming van daadwerkelijke mededinging zou bieden. Zoals aangegeven in de Memorie van Toelichting, zijn verplichtingen voor aanbieders met aanmerkelijke marktmacht 'geen automatisme meer'.<sup>2</sup>
13. OPTA lijkt zich op het nieuwe communautair regelgevend kader te baseren om een reeks van nieuwe verplichtingen in het leven te roepen voor kabelmaatschappijen, waaronder Casema. Daarmee wordt ex ante regulering geïntroduceerd in deze sector, hetgeen een belangrijk en ongewenst omslagpunt zou betekenen. Dat omslagpunt zou uitgerekend komen op het moment dat infrastructuurconcurrentie juist sterk op gang komt.
14. OPTA zou daarmee de doelstellingen van ex ante verplichtingen uit het oog dreigen te verliezen. Ex ante verplichtingen kunnen uitsluitend worden opgelegd indien zulks noodzakelijk is gebleken, na zorgvuldig marktonderzoek, voor het wegnemen van mededingingsproblemen die de ontwikkeling van de concurrentie op de markt ernstig verstoren, ten nadele van de consument.<sup>3</sup> Dat geldt krachtens artt. 6a.6 en 6a.7 Tw in het bijzonder voor verplichtingen met betrekking tot het verschaffen van toegang en met betrekking tot kostenoriëntatie.
15. In het ontwerpbesluit wordt niet aannemelijk gemaakt dat het marktgedrag van Casema in het verleden mededingingsproblemen heeft veroorzaakt. Dergelijk marktgedrag is, zoals hieronder nader zal worden uitgelegd, niet aan de orde geweest omdat Casema reeds thans aan voldoende disciplinerende factoren blootstaat.
16. Met het oog op de toenemende infrastructuurconcurrentie is nog minder aanleiding te veronderstellen dat mededingingsproblemen zullen ontstaan als gevolg van het marktgedrag van Casema. Voor zover er mededingingsproblemen zouden ontstaan, is het mededingingsrecht bovendien toereikend deze problemen weg te nemen.

<sup>2</sup> TK, 28851, nr. 3, pagina 22.

<sup>3</sup> Memorie van Toelichting p. 22.

## **1.2. ER IS VOORALSNOG GEEN VRAAG OP DE WHOLESAL MARKT DIE VOOR EX ANTE REGULERING IN AANMERKING ZOU MOETEN KOMEN**

17. OPTA herinnert er in het ontwerpbesluit aan dat haar bevoegdheden zich beperken tot wat zij de transmissiemarkt noemt, en niet toezien op de ‘pakketmarkt’.<sup>4</sup> Vrijwel alle programma-aanbieders die actief zijn op de Nederlandse markt wensen te worden doorgegeven in pakketten en geven hun programma’s vrij toegankelijk door.
18. Dat betekent dat ex ante regulering op wholesale niveau uitsluitend gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak geconstateerde of waarschijnlijke mededingingsproblemen weg te nemen met betrekking tot programma-aanbieders die toegang willen tot de infrastructuur van Casema teneinde een eigen relatie met eindgebruikers te onderhouden. Deze vorm van toegang heeft betrekking op zogenoemde betaaltelevisie.
19. VERTROUWELIJK
20. Versatel heeft een vorm van betaaltelevisie geïntroduceerd met betrekking tot eredivisievoetbal. Versatel heeft er voor gekozen deze vorm van betaaltelevisie aan te bieden via haar eigen xDSL netwerk en via de satelliet<sup>5</sup>, hetgeen een sterke aanwijzing is dat voor de distributie van aantrekkelijke content alternatieve infrastructuren beschikbaar zijn of tot ontwikkeling kunnen worden gebracht en dat toegang tot de kabel daarom geen vereiste is.
21. De wholesale markt die voor ex ante regulering in aanmerking zou moeten komen - toegang tot kabelnetwerken teneinde betaaltelevisie aan te bieden - is vooralsnog dan ook hypothetisch. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat op deze hypothetische markt mededingingsproblemen waarschijnlijk zijn.
22. Mededingingsproblemen hebben zich tot op heden immers niet voorgedaan. Mocht dit in de toekomst anders worden, dan beschikt de NMa over een adequaat instrumentarium om in te grijpen. Er bestaat derhalve geen aanleiding voor ex ante wholesale regulering.

## **1.3. DEUGDELIJKE KWANTITATIEVE EN KWALITATIEVE ANALYSES ONTBREKEN**

23. OPTA komt in het ontwerpbesluit niettemin tot de conclusie dat zowel ten aanzien van de relevante wholesale markt als de relevante retail markt potentiële mededingingsproblemen bestaan als gevolg van de door OPTA vastgestelde machtspositie van Casema, en dat het opleggen van ex ante verplichtingen noodzakelijk is teneinde deze potentiële problemen weg te nemen.

---

<sup>4</sup> Zie met name randnr. 222.

<sup>5</sup> Zie persbericht van Versatel van 14 juni 2005.

24. De onderbouwing en de motivering van OPTA zijn in dit verband onjuist en onvoldoende.<sup>6</sup> OPTA verbindt het bestaan van potentiële mededingingsproblemen aan het bestaan van een machtspositie en gaat er van uit dat elke onderneming met een machtspositie per definitie de prikkel heeft om marktverstoring op te treden.
25. In het ontwerpbesluit wordt per mogelijk mededingingsprobleem de vraag beantwoord of Casema ‘in staat is’ een bepaalde gedraging toe te passen en vervolgens, geabstraheerd van de commerciële drijfveren van Casema en het commerciële krachtenveld waarin zij opereert, gesteld dat Casema ‘een prikkel heeft’ dergelijke gedragingen ook daadwerkelijk toe te passen. Voor beide vragen acht OPTA, bij nadere beschouwing, het bestaan van een machtspositie doorslaggevend.
26. De redenering van OPTA komt er in de kern op neer dat iedere onderneming met een machtspositie in staat is de mededinging te beperken en ook de prikkel heeft dat te doen.
27. Het opleggen van ex ante verplichtingen is evenwel uitsluitend gerechtvaardigd en proportioneel indien mededingingsproblemen daadwerkelijk geconstateerd dan wel op basis van marktonderzoek aannemelijk zijn, en niet louter hypothetisch.<sup>7</sup> De wetgever heeft dat duidelijk aangegeven:

*“Opgelegde verplichtingen moeten passend zijn, dat wil zeggen dat zij op de aard van het geconstateerde probleem moeten zijn afgestemd. Door deze aanpak kan maatwerk worden geleverd waardoor overregulering kan worden voorkomen. In tegenstelling tot het algemene mededingingsrecht gaat het in dit kader om ex ante werkende verplichtingen. (...)”*

*De verplichtingen kunnen maar hoeven dus niet per se gebaseerd te zijn op het feitelijk aanwezig zijn van dergelijke problemen ten gevolge van gedragingen van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. Ook indien het college op grond van de uitgevoerde marktanalyse tot de conclusie komt dat het aannemelijk is dat dergelijke gedragingen zich in de toekomst zullen voordoen, kunnen bepaalde verplichtingen worden opgelegd om dergelijke gedragingen zoveel mogelijk te voorkomen. In dit opzicht lijkt de analyse die het college moet maken naar zijn aard op de analyses die de NMa uitvoert bij de toetsing van concentraties op grond van het algemene mededingingsrecht, met dien verstande dat die toetsing is gericht op het voorkomen van het ontstaan respectievelijk het versterken van economische machtsposities.”<sup>8</sup>*

---

<sup>6</sup> In het ERG document *ERG Common position on the approach to remedies in the new regulatory framework* wordt benadrukt dat ‘the NRA must produce reasoned decisions’ en dat deze ‘should also be transparent and well argued’, zie pagina’s 58 en 60.

<sup>7</sup> Vergelijk ook de recente rapportage van de NMa inzake Havenbedrijf Rotterdam, waarin de NMa toetst, met het oog op de vraag of sectorspecifiek toezicht gewenst is, of er een *gerede* kans bestaat dat het havenbedrijf misbruik zal kunnen maken, en onderzoekt of het havenbedrijf daarbij een belang zou hebben.

<sup>8</sup> Memorie van Toelichting p. 22.

28. De vergelijking die de wetgever maakt met de analyses die de NMa uit dient te voeren in concentratiezaken, bevestigt dat de wetgever in dit verband op OPTA inderdaad een zware bewijslast heeft gelegd.

29. Recent, op 1 juni jl., heeft de rechtbank Rotterdam in de zaak *Nuon en Essent tegen de d-g NMa*<sup>9</sup> nog eens benadrukt dat de in dit verband aan de NMa opgelegde bewijslast opgelegd zwaar is:

*“Ingevolge artikel 41, tweede lid, van de Mw weigert verweerder de vergunning indien 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.*

*Deze bepaling impliceert dat voor de weigering van een vergunning met een hoge mate van waarschijnlijkheid vast moet komen te staan dat aan de voorwaarden voor weigering van de vergunning is voldaan. Deze hoge eisen die aan het bewijs worden gesteld in geval van volledige weigering gelden ook (...)*

*De rechtbank stelt voorop dat verweerder zich op het standpunt stelt dat reeds uit zijn kwalitatieve analyse blijkt dat sprake is van het ontstaan dan wel versterking van een economische machtspositie van eiseres I. (...)*

*De rechtbank is van oordeel dat, aangenomen dat verweerders afbakening en karakterisering van de elektriciteitsmarkt juist is, in ieder geval onvoldoende is onderzocht en gemotiveerd waarom naar het oordeel van verweerder de voorgenomen concentratie volgens zijn kwalitatieve analyse zou leiden tot het ontstaan of het versterken van een economische machtspositie waardoor de mededinging op significante wijze zou worden beperkt. (...)*

*De rechtbank stelt vervolgens vast dat ook de stelling van verweerder, dat het strategisch gedrag waarvoor verweerder vreest mogelijk is, en dat dit gedrag ook zal plaatsvinden vanwege de voordelen die het de desbetreffende ondernemingen zou brengen, onvoldoende onderbouwd is. De rechtbank merkt daarbij op dat onderzoeken naar zulke gedragingen in het verleden, op een enkele uitzondering na op een andere (geografische) markt, geen uitsluitel hebben gegeven of dit strategisch gedrag werkelijk heeft plaatsgevonden. (...)*

30. De benadering van de NMa die door de rechtbank Rotterdam wordt afgewezen, is vergelijkbaar met de benadering die OPTA in het ontwerpbesluit kiest. Uit het ontwerpbesluit blijkt evenwel niet of, en op welke wijze de relevante markten, machtsposities en mededingingsproblemen daadwerkelijk zijn onderzocht, en de conclusies die OPTA daaromtrent trekt zijn ongemotiveerd.

31. Net als de NMa in bovengenoemde zaak stelt OPTA in het ontwerpbesluit zonder nader onderzoek en onderbouwing in zowel kwantitatieve als kwalitatieve zin eenvoudigweg dat het strategisch gedrag van Casema waarvoor OPTA vreest mogelijk is, en dat dit ook zal plaatsvinden vanwege de voordelen die het Casema in de perceptie van OPTA zou brengen.

---

<sup>9</sup> LJN: AT6440, Rechtbank Rotterdam, 03/3131 04135 04/137 04/1571 04/2061.

32. Algemene verwijzingen naar 'de geschilhistorie van Casema' - die, zoals nader zal worden uiteengezet niet bestaat - volstaan niet om vast te stellen dat het door OPTA gevreesde strategisch gedrag van Casema zich in de toekomst zal voordoen. Met de verdere ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie is marktverstoring strategisch gedrag door Casema nog minder waarschijnlijk. Indien OPTA desondanks meent ex ante verplichtingen te moeten opleggen, moet dergelijk toekomstig strategisch gedrag, in de woorden van de rechtbank Rotterdam, 'met een hoge mate van waarschijnlijkheid vast komen te staan'. In het ontwerpbesluit is daartoe nog niet eens een begin van kwalitatieve en kwantitatieve analyses gemaakt.
33. De vergelijking die de wetgever maakt met de aard van de analyse die de NMa in concentratiezaken dient te verrichten, is tevens van belang voor de periode die OPTA in het kader van deze marktanalyse vooruit dient te kijken. In concentratiezaken kijkt de NMa 3-5 jaar vooruit.<sup>10</sup> Er is geen reden in de prospectieve analyse die OPTA verricht daarvan af te wijken. OPTA doet dat ten onrechte wel, door slechts 2-3 jaar vooruit te kijken.
34. Bovendien is het startpunt van de vooruitblik van OPTA onduidelijk. Dit punt lijkt blijkens de analyse te liggen in de periode dat marktpartijen de vragen van OPTA hebben beantwoord in 2004. Het ontwerpbesluit geeft er geen blijk van dat serieus rekening wordt gehouden met de ontwikkelingen die zich nadien hebben voorgedaan.
35. De algehele benadering van OPTA in het ontwerpbesluit wordt gekenmerkt door het ontbreken van kwantitatieve analyses. Dat geldt naast de te verwachten mededingingsproblemen ook voor de marktafbakening, substitutiemogelijkheden, de dominantieanalyse, het bestaan van potentiële concurrentie en de disciplinerende werking die daarvan uitgaat, alsmede ten aanzien van de noodzaak van regulering van de retail markt.
36. Daarmee voldoet het ontwerpbesluit niet aan de motiverings- en onderzoeksplicht die de wetgever op OPTA heeft gelegd, in lijn met het belang van terughoudendheid ten aanzien van het inzetten van het zware, en voor de sector nieuwe, middel van ex ante regulering.
37. Het ontbreken van deugdelijke kwalitatieve en kwantitatieve analyses in het ontwerpbesluit moet geplaatst worden tegen de achtergrond van de aanzienlijke informatie en zienswijzen, zowel in kwalitatieve als in kwantitatieve zin, die OPTA heeft opgevraagd van marktpartijen.<sup>11</sup> Deze verzoeken om inlichtingen zijn dermate omvangrijk geweest dat OPTA uitstel heeft moeten verlenen teneinde marktpartijen in staat te stellen OPTA van de relevante informatie te voorzien.
38. Casema heeft OPTA op 7 juni 2005 verzocht een inventarislijst te ontvangen van de documenten die ten grondslag liggen aan het ontwerpbesluit, teneinde te bezien of het met het oog op het indienen van deze schriftelijke zienswijze zinvol is toegang te

---

<sup>10</sup> Zie onder meer NMa zaaknr. 1331, *PNEM/MEGA-EDON*.

<sup>11</sup> In het OPTA document *Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen* van 27 december 2004, wordt nu juist aangegeven dat het verzamelen van gegevens van marktpartijen en consumenten van belang is voor een kwantitatieve onderbouwing.



vragen tot specifieke documenten. Op 14 juni heeft OPTA laten weten geen inventarislijst te hebben opgesteld, maar wel gebruik te hebben gemaakt van een ‘groot scala’ aan documenten als achtergrondinformatie. Casema moet vaststellen dat voor zover OPTA in het ontwerpbesluit stellingen poneert dan wel conclusies trekt, zonder daarbij te verwijzen naar specifieke documenten, deze stellingen en conclusies uitsluitend de visie van OPTA weergeven en niet zijn gebaseerd op specifieke zienswijzen, onderzoeken dan wel andere documenten.

39. OPTA volstaat ten aanzien van een groot aantal conclusies met een uitsluitend theoretische analyse en laat een deugdelijke kwantitatieve onderbouwing achterwege. Dat is onvoldoende. Overeenkomstig de uitspraak van de rechtbank Rotterdam inzake *KPN Telecom v. OPTA*<sup>12</sup>, had na de ‘werkhypothese’ van OPTA een feitelijk onderzoek ingesteld moeten worden. Het onderzoek van OPTA vereist, in de woorden van de rechtbank Rotterdam:

*“(…) een analyse van al het beschikbare bewijsmateriaal, (...) en een inzicht in de mechanismen in [de omroepsector].”*

40. OPTA heeft niet aannemelijk gemaakt waarom een deugdelijke kwantitatieve onderbouwing niet mogelijk is. De uitgebreide kwantitatieve informatie die OPTA aan marktpartijen heeft gevraagd en van hen heeft verkregen roept in dit verband extra verplichtingen in het leven. OPTA heeft niet aan de verplichting neergelegd in artikel 1.3, vierde lid Tw voldaan.<sup>13</sup>
41. Van de onder meer door Casema overgelegde informatie is in het ontwerpbesluit niets terug te vinden. In het ontwerpbesluit wordt ten onrechte voorbijgegaan aan een groot aantal door Casema uitvoerig onderbouwde argumenten ten aanzien van de marktafbakening, dominantieanalyse, mededingingsproblemen, alsmede de noodzaak tot regulering van de retail markt.
42. De door Casema in dit verband aangevoerde argumenten worden niet in het ontwerpbesluit ontkracht, zij worden niet eens genoemd. Als gevolg daarvan voldoet het ontwerpbesluit niet alleen niet aan de vereisten van zorgvuldigheid, motivering en onderzoek, maar komt OPTA ook inhoudelijk tot de onjuiste conclusies, zoals hieronder nader zal worden aangegeven.

---

<sup>12</sup> Rechtbank Rotterdam 9 december 2003, LJN AN9799, TJ 202. Deze uitspraak is bevestigd door het CBb. Zie over deze materie ook Annetje Ottow, *De bewijspositie van OPTA en de rechterlijke toetsing van besluiten inzake aanmerkelijke marktmacht*, Mediaforum 2005-6.

<sup>13</sup> Zoals OPTA zelf aangeeft in het document “*Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen*” van 27 december 2004, wordt in artikel 1.3, vierde lid Tw een motiveringseis gesteld die verder gaat dan wat in algemene zin geldt op basis van de Awb. OPTA stelt in dat document voorts dat het college in zijn motivering van maatregelen dient te streven naar een kwantitatieve onderbouwing van beleidskeuzes en een verantwoording van de gevolgen daarvan. Van dat streven is in het ontwerpbesluit evenwel niets terug te vinden.



**1.4. OPTA WIJKT AF VAN HET IN HET MEDEDINGINGSRECHT GEBRUIKELIJKE ONDERSCHIED TUSSEN BETAALTELEVISIE EN VRIJ TOEGANKELIJKE TELEVISIE EN MAAKT TEN ONRECHTE ONDERSCHIED TUSSEN DIGITALE EN ANALOGE TELEVISIE**

43. OPTA wijkt in het ontwerpbesluit ten onrechte af van de in het nationale en Europese mededingingsrecht gangbare afbakeningen van televisiemarkten.
44. Zoals de NMa in haar advies van 4 mei jl. aangeeft, maakt de NMa<sup>14</sup> evenals de Commissie in eerdere beschikkingen<sup>15</sup>, bij de afbakening van de relevante markten op het gebied van televisie onderscheid tussen vrij toegankelijke televisie enerzijds en betaaltelevisie anderzijds. Deze door de NMa en de Commissie gehanteerde marktafbakening is tot stand gekomen na een zeer uitvoerige analyse van de betrokken markt.
45. In randnr. 223 tot en met 225 geeft OPTA aan het eens te zijn met de NMa dat dit onderscheid van belang is. Niettemin volgt OPTA de door de NMa voorgestelde marktafbakening niet. Zij doet dat zonder deugdelijke motivering.
46. OPTA beperkt zich in dit verband tot een verwijzing naar het eerdere onderscheid dat zij heeft gemaakt tussen de transmissiemarkt en de bovenliggende ‘pakketmarkt’. De nadruk die OPTA in dit verband legt op de verschillende rollen die Casema zou hebben, namelijk als pakketaanbieder enerzijds en infrastructuraanbieder anderzijds, strookt evenwel niet met de economische en juridische realiteit.
47. Casema is een distributeur van televisiesignalen, waarbij het leveren van het standaardpakket en het beheer van de infrastructuur met inbegrip van de aansluiting niet los te koppelen zijn. Van oudsher is de bedrijfsvoering van alle kabelmaatschappijen gericht op het aanbieden van deze onlosmakelijk met elkaar verbonden diensten. De oorsprong hiervan ligt in belangrijke mate in de macht van de omroepen die onverkorte en onveranderde doorgifte eisen in het standaardpakket dat door alle abonnees wordt ontvangen. Dit werd in het verleden versterkt door de komst van de commerciële omroepen, voor wie een zo groot mogelijk bereik noodzakelijk is om advertentie-inkomsten te garanderen. Dit werd versterkt door de beperkingen van de analoge techniek en de wettelijke must-carry verplichtingen.
48. Casema heeft dan ook niet - evenmin als andere kabelmaatschappijen in Nederland of Europa - daadwerkelijk een rol als pakketaanbieder en anderzijds een rol als infrastructuraanbieder gespeeld. In de markt die OPTA heeft geanalyseerd hebben kabelmaatschappijen een rol als distributeur van content. In die rol zijn zij afhankelijk van de content van programma-aanbieders, die een uitsluitend recht hebben op levering van die content. In een enkel geval faciliteren kabelmaatschappijen aanbieders van betaaltelevisie die zelf inkomsten van eindgebruikers willen realiseren. Dit betreft een geheel andere markt.

---

<sup>14</sup> UPC/Canal+, besluit van 28 februari 2005, zaaknr. 4490.

<sup>15</sup> COMP/M.2876-*Newscorp/Telepiù* en IV/M.993-*Bertelsmann/Kirch/Premiere*.

49. Los daarvan valt niet in te zien waarom het door OPTA gemaakte onderscheid tussen een pakketmarkt en een transmissiemarkt af zou doen aan het onderscheid tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie. Het door OPTA aangebrachte onderscheid, gebaseerd op de door OPTA gepercipieerde diensten van kabelmaatschappijen, sluit het door de NMa en de Europese Commissie gemaakte onderscheid niet uit, dat is gebaseerd op de aard van de aangeboden televisiedienst en het achterliggende bedrijfsmodel.
50. Het afwijken van het door de NMa en Europese Commissie gemaakte onderscheid heeft voor de marktanalyse een aantal belangrijke gevolgen.
51. In de eerste plaats heeft dit tot gevolg dat OPTA een onderscheid maakt tussen digitale televisie en analoge televisie, welk onderscheid blijkens de beschikkingen van de Europese Commissie die de NMa in haar advies van 4 mei jl. noemt, nu juist niet dient te worden gemaakt. Digitale en analoge televisie behoren tot dezelfde markt.
52. OPTA identificeert een aparte productgroep van analoge radio en televisie via de kabel. Doorgifte van analoge televisiesignalen wordt op deze wijze onderscheiden van doorgifte van digitale signalen.
53. Dat is niet alleen mededingingsrechtelijk onjuist, maar doet ook geen recht aan de economische realiteit. Zoals de NMa aangeeft in haar advies, worden digitale signalen bij de meeste aanbieders tezamen met de analoge signalen in één pakket doorgegeven. Zulks gebeurt veelal op verzoek van programma-aanbieders, die hun programma's vrij toegankelijk wensen aan te bieden.
54. Er is geen reden in het kader van de verplichtingen die voortvloeien uit het nieuwe communautair regelgevend kader af te wijken van het standpunt van de NMa en de Europese Commissie dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen vrij toegankelijke en betaaltelevisie, en niet tussen digitale en analoge televisie.
55. Een van de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de oude Telecommunicatiewet is dat de nieuwe Telecommunicatiewet technologieneutraal is.<sup>16</sup> Door een onderscheid te maken tussen analoge en digitale televisie wordt de functionele equivalentie tussen de kabel en alternatieve infrastructures miskend, in strijd met het uitgangspunt van technologieneutraliteit, dat ook aan het nieuw communautair regelgevend kader ten grondslag ligt. Dit klemmt te meer, omdat in de toekomst ook vrij toegankelijke IP televisie zal worden aangeboden. Een prospectieve analyse vereist dat daar rekening mee wordt gehouden.
56. In dit verband merkt Casema op dat OPTA er in het ontwerpbesluit van uit lijkt te gaan dat digitale televisie uitsluitend door middel van voorwaardelijke toegangssystemen kan worden doorgegeven. Dat is evenwel niet het geval. Digitale televisie kan ook vrij toegankelijk worden doorgegeven, zolang de digitale signalen worden omgezet in analoge signalen. Daartoe is evenwel geen voorwaardelijk toegangssysteem vereist.

---

<sup>16</sup> <http://www.opta.nl/asp/nieuwetelecomwet>.

57. Zoals aangegeven, is het doel van het nieuwe regelgevend kader het stimuleren van de digitale kenniseconomie. Het ten onrechte door OPTA aangebrachte gekunstelde onderscheid tussen analoge en digitale televisie is daarmee niet te verenigen en past evenmin binnen een prospectieve marktanalyse.
58. OPTA gaat daarmee ook voorbij aan het gegeven dat de wetgever de vruchten van de digitalisering van netwerken uitdrukkelijk heeft erkend, waarbij het onderscheid tussen vrij toegankelijke en betaaltelevisie wordt benadrukt:

*“De ontwikkeling van technologie in de mediasector, met name de digitalisering van netwerken (kabel, DVBT, TDAB) biedt een breed scala aan nieuwe mogelijkheden, zowel voor abonnees van betaal-tv als voor ‘free-to-air’ kijkers.”<sup>17</sup>*

59. Het tweede belangrijke gevolg voor de marktanalyse van OPTA van het afwijken van het gangbare onderscheid tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie is dat OPTA zich blijkens het ontwerpbesluit onvoldoende rekenschap heeft gegeven van het verschil in bedrijfsvoering van enerzijds de aanbieders van vrij toegankelijke televisie en anderzijds de aanbieders van betaaltelevisie.
60. Zoals aangegeven, zijn aanbieders van vrij toegankelijke televisie niet actief op de inkoopmarkt voor infrastructuur. Deze aanbieders wensen te worden opgenomen in het standaardpakket en vrij toegankelijk te worden doorgegeven. De onderhavige marktanalyse heeft als gevolg daarvan in feite betrekking op de categorie programma-aanbieders van betaaltelevisie. Het bedrijfsmodel van deze programma-aanbieders is niet gericht op het genereren van zoveel mogelijk advertentie-inkomsten, maar op abonnementsgelden. Zoals hieronder nader zal worden aangegeven in het kader van de dominantie-analyse, gaat OPTA daar in het ontwerpbesluit aan voorbij.

## **2. AANWEZIGE EN POTENTIËLE INFRASTRUCTUURCONCURRENTIE**

61. Illustratief voor het gebrek aan kwantitatieve analyses in het ontwerpbesluit is de wijze waarop conclusies worden getrokken ten aanzien van het bestaan en de mogelijkheid van infrastructuurconcurrentie.
62. In het hiernavolgende wordt aangegeven dat OPTA de intensiteit van de reeds thans bestaande en toekomstige infrastructuurconcurrentie onderschat en wat de gevolgen daarvan zijn voor achtereenvolgens de marktafbakening, de dominantieanalyse en de noodzaak van regulering van de retail markt.

### **2.1. MARKTAFBAKENING**

63. In het ontwerpbesluit definieert OPTA een aparte retail markt voor ontvangst via de kabel, in het verzorgingsgebied van de kabelexploitant.<sup>18</sup> Om de hiernavolgende redenen mist een dergelijke marktafbakening ten behoeve van ex ante regulering feitelijke grondslag.

---

<sup>17</sup> Memorie van Toelichting, pagina 6-7.

<sup>18</sup> Randnummer 208.

64. OPTA geeft in randnr. 118 van het ontwerpbesluit aan ervan overtuigd te zijn dat op termijn de concurrentie via de verschillende infrastructuren (o.a. draadloos, kabel, telecom, glas) toe zal nemen. Zij verwacht echter nog geen volwaardige, significante substitutie van de kabel naar omroepproducten voor het brede publiek op basis van IP via xDSL-netwerken.<sup>19</sup>
65. Derhalve geeft OPTA enerzijds aan zich bewust te zijn van de aanzienlijke investeringen die worden gemaakt teneinde televisie via xDSL mogelijk te maken, anderzijds stelt zij evenwel zonder nadere onderbouwing dat zulks de komende twee tot drie jaar niet is te verwachten.
66. OPTA legt evenwel een onjuiste maatstaf aan door als vereiste te stellen dat daadwerkelijk significante substitutie plaats vindt. Voor de doelstelling van ex ante regulering, het waarborgen van daadwerkelijke mededinging, dient de kernvraag niet te zijn of consumenten massaal overstappen, maar of door middel van alternatieve infrastructuren binnen afzienbare termijn bestaande aanbieders worden gedisciplineerd.
67. Het is duidelijk dat OPTA tijdens het onderzoek een momentopname heeft gemaakt en op basis van die feitelijke situatie conclusies trekt ten aanzien van het bestaan van daadwerkelijke mededinging in de komende jaren en de noodzaak van ex ante regulering.
68. Deze benadering leidt tot willekeurige resultaten en doet geen recht aan de dynamiek van de markt. De analyse van OPTA is reeds thans op een groot aantal kernpunten achterhaald en verouderd.
69. Zo wordt in randnr. 146 van het ontwerpbesluit aangegeven dat KPN TV ten tijde van het onderzoek nog niet op de markt was. KPN TV is inmiddels bijna een jaar verkrijgbaar, hetgeen op zichzelf reden vormt voor ernstige twijfels omtrent de houdbaarheidsdatum van de conclusies van OPTA.
70. Ook op andere punten blijkt dat het ontwerpbesluit de ontwikkelingen in de markt niet heeft kunnen bijbenen. Zo wordt verwezen naar hoge eenmalige kosten verbonden aan het overstappen naar onder meer KPN TV en satelliet<sup>20</sup>, die inmiddels aanzienlijk zijn verlaagd. Dat de schotel als een serieus alternatief voor de kabel wordt beschouwd, blijkt ook uit de overeenkomst die Versatel blijkens recente persberichten heeft gesloten met CanalDigitaal ten aanzien van het uitzenden van eredivisiewedstrijden.
71. Voorts zijn de daadwerkelijke investeringen die partijen als Versatel en KPN doen teneinde televisie via xDSL op korte termijn mogelijk te maken, vele malen groter geweest dan OPTA blijkens het ontwerpbesluit kennelijk heeft vermoed. De reeds door OPTA vermoede ontwikkeling, namelijk het kunnen aanbieden van pakketten van programma's via xDSL netwerken, zal zich dan ook veel eerder voltrekken dan OPTA verwachtte.

---

<sup>19</sup> Randnr. 120.

<sup>20</sup> Randnrs. 142 en 153.

72. Versatel heeft in maart 2005 aangegeven 170 miljoen euro te investeren in de vernieuwingen van haar xDSL netwerk, die ertoe moeten leiden dat tegen eind 2005 tussen de 250.000 en 300.000 consumenten probleemloos televisie via een xDSL-verbindingen kunnen kijken.<sup>21</sup>
73. KPN introduceert internet-tv rond augustus van dit jaar en heeft aangekondigd met zeer uitgebreide televisiepakketten te komen. Aangekondigd is dat het tv-aanbod uitgebreider zal zijn dan het Digitenne pakket dat KPN blijft verkopen.<sup>22</sup>
74. Deze ontwikkelingen geven aan dat op zeer korte termijn, naast de reeds bestaande concurrentie van DVBT en satelliet, met de kabel concurrerende diensten zullen worden aangeboden over xDSL netwerken. Deze alternatieve infrastructuren hebben - potentieel - landelijke dekking, zodat de relevante markt tendeeft richting een nationale markt. Reeds thans worden triple play aanbiedingen gedaan door KPN en Scarlet met gebruikmaking van DVBT, hetgeen in dit verband kennelijk een voldoende aantrekkelijk alternatief voor televisie via de kabel vormt.
75. OPTA had tenminste moeten onderzoeken of deze ontwikkelingen tot toenemende substitutie aan de vraagzijde zullen leiden, gezien onder meer het gegeven dat de betrokken televisiediensten zullen worden aangeboden als deel van een triple play aanbod en overstapkosten op termijn weg zullen vallen.

## **2.2. DOMINANTIEANALYSE**

76. Van bovengenoemde ontwikkelingen op het gebied van infrastructuurconcurrentie zal naast de reeds bestaande infrastructuurconcurrentie een sterk disciplinerende werking uitgaan op de kabelmaatschappijen. OPTA dient aannemelijk te maken waarom deze feitelijke situatie onvoldoende is voor het waarborgen van daadwerkelijke mededinging, ook indien uitsluitend kabel tot de relevante markt zou behoren.
77. Het ontwerpbesluit gaat voorbij aan deze disciplinerende werking en onderzoekt deze niet. Blijkens randnr. 271 van het ontwerpbesluit, wordt door OPTA het concept substitutie, dat van belang is voor de marktafbakening, niet scherp onderscheiden van het concept van disciplinerende werking uitgaande van (potentiële) infrastructuurconcurrentie, dat van belang is bij de dominantieanalyse.
78. NMa heeft OPTA daarop gewezen in haar advies van 4 mei 2005 en aangegeven dat van initiatieven als Digitenne, Versatel, en KPN zeker concurrentiedruk uitgaat richting kabelexploitanten. Dat is een belangrijke vaststelling van de NMa. OPTA gaat daaraan evenwel voorbij onder verwijzing naar randnr. 271, waarin, zoals aangegeven, dezelfde redenering wordt gevolgd die OPTA volgt ten aanzien van de vraag of significante substitutie te verwachten is.
79. Indien OPTA evenwel de disciplinerende werking had onderzocht die uitgaat van potentiële en reeds aanwezige infrastructuurconcurrentie, dan had zij tot de conclusie moeten komen dat deze disciplinerende werking aanwezig is en dat dominantie van

---

<sup>21</sup> Planet.nl, 2 maart 2005.

<sup>22</sup> Zie het Financieele Dagblad van 26 mei 2005.

Casema niet aan de orde is, in tegenstelling tot hetgeen zij in het ontwerpbesluit ten onrechte concludeert.

80. VERTROUWELIJK

81. VERTROUWELIJK

82. VERTROUWELIJK

83. Het gegeven dat Digitenne tot de markt is toegetreden en actief is geworden in een aantal gebieden waar tariefsverhogingen door kabelmaatschappijen werden doorgevoerd, is niet concludent voor de stelling dat Digitenne vooralsnog geen substituut is voor het analoge pakket via de kabel, zoals OPTA suggereert in randnr. 149. Digitenne en KPN TV worden nu juist gepositioneerd als het alternatief voor de kabel.

84. Daarnaast had OPTA moeten onderzoeken waarom die verhogingen zijn doorgevoerd en wat de onderliggende kostenstructuren waren van de betrokken kabelmaatschappijen.

85. Het ontwerpbesluit introduceert in dit verband voorts een mededingingsrechtelijk novum: in randnr. 194 wordt aangegeven dat vanuit Digitenne en KPN TV gezien radio en televisie via de digitale ether en analoge pakketten via de kabel tot dezelfde markt behoren, in tegenstelling tot dezelfde markten gezien vanuit de kabel. OPTA erkent derhalve dat Digitenne en KPN TV gedisciplineerd worden door de prijsstelling van het aanbod via de kabel. Er is geen enkele aanleiding te veronderstellen dat consumenten beter bekend zijn met de aanbiedingen van kabelmaatschappijen dan met de aanbiedingen van alternatieve aanbieders. OPTA heeft dat ook niet aangetoond. Blijkbaar gaat het om concurrerende aanbiedingen vanuit het perspectief van de consument. Dat is het enige relevante perspectief in het kader van vraagsubstitutie.

86. Er kan geen twijfel over bestaan dat vanuit het perspectief van de consument vrij toegankelijke televisie via de kabel en vrij toegankelijke televisie via DVBT, en in de zeer nabije toekomst xDSL, substituten vormen en dat Casema sterk wordt gedisciplineerd. KPN, Scarlet en Digitenne bieden reeds thans pakketten aan die volledig voldoen aan de kijkbehoefte van de gemiddelde consument en evenals kabelpakketten vrij toegankelijk zijn. KPN biedt dit pakket aan, als deel van een triple play aanbod, voor slechts € 7,95 per maand en Scarlet voor € 7,45 per maand. KPN geeft aan 46.000 abonnees te hebben aan het einde van het eerste kwartaal van 2005.<sup>23</sup> Dit aanbod wordt nadrukkelijk als alternatief voor de kabel gepresenteerd.

### **2.3. NOODZAAK AFBAKENING RETAIL MARKT**

87. De onvoldoende onderbouwing en het onvoldoende onderzoek dat ten grondslag ligt aan het ontwerpbesluit ten aanzien van bestaande en potentiële infrastructuurconcurrentie heeft niet alleen gevolgen in de context van de

---

<sup>23</sup> Zie de presentatie van KPN op [www.kpn.com](http://www.kpn.com) over de 1<sup>e</sup> kwartaalcijfers.

marktafbakening en de dominantieanalyse, maar ook ten aanzien van de noodzaak van het afbakenen van een markt voor regulering op retail niveau. Ook in dit verband trekt OPTA de onjuiste conclusies.

88. In randnr. 452 van het ontwerpbesluit geeft OPTA, ten aanzien van het tweede criterium van de drie cumulatieve criteria van de Europese Commissie met het oog op het definiëren van niet door de Commissie in haar Aanbeveling afgebakende markten, aan dat zij vooralsnog van mening is dat de komende jaren van mogelijke alternatieve infrastructuren nog onvoldoende disciplinerende werking zal uitgaan. Feitelijk verwijst OPTA in dit verband naar haar eerdere standpunt dat niet op korte termijn significante substitutie aan de orde zal zijn.
89. De toets voor het van toepassing zijn van dit tweede criterium is evenwel van een andere orde: de vraag is niet in hoeverre significante substitutie te verwachten is, maar of de betrokken markt beschikt over kenmerken waardoor deze ‘na verloop van tijd een ontwikkeling richting daadwerkelijke mededinging vertoont.’ De onderhavige markt vertoont niet slechts dergelijke kenmerken, momenteel is daadwerkelijke mededinging reeds aan de orde en deze zal binnenkort nog verder toenemen. Zoals hieronder nader wordt aangegeven, is overigens ook niet aan de twee overige criteria van de Europese Commissie voldaan.

### **3. DOMINANTIEANALYSE CASEMA OP DE RETAIL MARKT**

90. In randnr. 277 van het ontwerpbesluit concludeert OPTA dat Casema over een machtspositie beschikt in de door OPTA gedefinieerde retail markt.
91. OPTA hecht in dit verband veel waarde aan het gegeven dat Casema over een marktaandeel op de door haar gedefinieerde markt van 100% beschikt en dat potentiële concurrentie zou ontbreken. Om de genoemde redenen had OPTA uit dienen te gaan van realistische markten, op basis van het gangbare onderscheid tussen betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie. Op de markt voor vrij toegankelijke televisie concurreert Casema in haar verzorgingsgebied onder meer met Digitenne, KPN, Scarlet en de satelliet.
92. VERTROUWELIJK
93. In dit verband dient te worden benadrukt dat met name in het verzorgingsgebied van Casema de uitrol van Digitenne volledig is. In het ontwerpbesluit komt niet tot uitdrukking dat het verzorgingsgebied van Casema een nagenoeg volledige overlap vertoont met het verzorgingsgebied van Digitenne.
94. OPTA gaat in randnummers 265 tot en met 268 van het ontwerpbesluit in op een aantal overige dominantiecriteria: toegang tot financiële middelen, product-/dienstendiversificatie, alsmede schaal- en breedtevoordelen. OPTA lijkt in dit verband te suggereren dat Casema ten opzichte van nieuwkomers een concurrentievoordeel heeft, hetgeen bijdraagt aan een dominante positie. Dat is evenwel niet het geval. OPTA heeft ook niet aangetoond dat, en welke, potentiële nieuwkomers ten aanzien van de door OPTA genoemde factoren in een minder gunstige positie verkeren. Uitsluitend indien Casema ten aanzien van de door OPTA



genoemde factoren in een duidelijk betere positie verkeert dan potentiële concurrenten, zou zulks bijdragen aan een eventuele dominante positie.

95. Het tegenovergestelde is het geval: de belangrijkste nieuwkomers, met name KPN, verkeren ten aanzien van de door OPTA genoemde factoren in een vergelijkbare of zelfs betere positie dan Casema. De stelling dat Casema een grotere kasstroom heeft dan de meeste potentiële toetreders is eveneens ongefundeerd en feitelijk onjuist.
96. Voorts miskent OPTA om de hierboven genoemde redenen de mate waarin concurrentie van xDSL netwerken in de zeer nabije toekomst aanwezig zal zijn.
97. Om deze redenen trekt OPTA ten onrechte de conclusie dat Casema dominant is op de betrokken retail markt.

#### **4. DOMINANTIEANALYSE CASEMA OP DE WHOLESALE MARKT**

98. In randnrs. 313 tot en met 322 van het ontwerpbesluit wordt beoordeeld in hoeverre Casema beschikt over een machtspositie op de betrokken wholesale markt in het verzorgingsgebied van Casema. De conclusies die OPTA trekt zijn vanuit een aantal invalshoeken onhoudbaar en onjuist.
99. In de eerste plaats wordt voorbijgegaan aan de invloed van de programmaraden op de marktmacht van Casema en de inkoopmacht van omroepen. Casema heeft OPTA gewezen op het belang daarvan bij de dominantieanalyse in reactie op het verzoek om inlichtingen van OPTA. OPTA is daaraan voorbijgegaan en wijkt daarmee ongemotiveerd en zonder onderbouwing af van bijvoorbeeld de reeds aan de Commissie genotificeerde ontwerpbesluiten, zoals aangenomen door de Oostenrijkse, Zweedse, Ierse en Finse NRIs.
100. Met name de redenen die de Oostenrijkse NRI aanvoert teneinde elke vorm van ex ante regulering achterwege te laten zijn één-op-één van toepassing op Casema:

*“With regard to the second criterion, the basic asymmetry between the local cable monopoly and content providers (broadcasting companies) is mitigated by the facts that (i) cable network operators are dependent on the program content offered by the broadcasting companies (thus the broadcasting companies dispose of countervailing buyer power) and (ii) the market power of the Austrian broadcasting companies (which is potentially weaker in comparison to the larger foreign broadcasting companies) is reinforced by the must-carry requirement in the Private Television Act. (...)*

*The existence of countervailing buyer power is also reflected in the fees the broadcasters pay to the cable network operators.(...)*

*In light of this discussion, the second criterion of relevance of the market recommendation therefore is regarded not to be fulfilled for broadcast transmission services via cable networks at the level of individual cable network operators. This conclusion holds irrespective of whether the market is defined based on individual networks or as a single national market. As cable network operators are unable to exercise market power against broadcasters, KommAustria considers general*

*competition law as sufficient in order to ensure effective competition as specified in the European Commission's market recommendation (3rd criterion)."*

101. Net als in Oostenrijk zijn Nederlandse kabelmaatschappijen afhankelijk van aantrekkelijke content van programma-aanbieders. Evenmin worden doorgiftevergoedingen betaald door programma-aanbieders aan Casema. De positie van de omroepen in Nederland is bovendien zeer sterk, en die positie wordt eveneens versterkt door must-carry verplichtingen. Ook in Nederland volstaat het algemene mededingingsrecht om eventuele - niet te verwachten - mededingingsproblemen weg te nemen.
102. Waar het ontwerpbesluit zwijgt over de invloed van de programmaraden en de must-carry verplichting, waarvan ook de Europese Commissie het belang voor de marktmacht van kabelmaatschappijen heeft erkend<sup>24</sup>, erkent het de mogelijke inkoopmacht van omroepen wel, maar worden daar geen conclusies aan verbonden.
103. In randnr. 318 van het ontwerpbesluit stelt OPTA dat een aantal programma-aanbieders, met name die van populaire zenders, beschikt over 'enige kopersmacht ten opzichte van Casema als pakketaanbieder'. Deze inkoopmacht is evenwel zeer aanzienlijk. Het is ondenkbaar dat Casema een pakket aan consumenten aan zou kunnen bieden waarin de populaire zenders niet zijn opgenomen.<sup>25</sup>
104. VERTROUWELIJK
105. Zoals aangegeven, lijkt deze marktanalyse zich niet te richten op de positie van Casema ten opzichte van programma-aanbieders die in het pakket van Casema willen worden opgenomen, maar uitsluitend op de programma-aanbieders die een eigen relatie met de kijker wensen. Dat geldt niet voor programma-aanbieders van vrij toegankelijke televisie.
106. Ten aanzien van programma's die worden aangeboden in de vorm van betaaltelevisie geldt evenzeer dat Casema het zich niet kan veroorloven de aangesloten huishoudens geen toegang te laten hebben tot deze programma's. Casema heeft geen prikkel aanbieders van betaaltelevisie te weren. Casema heeft er belang bij zo veel mogelijk betaaltelevisiekanalen door te geven teneinde de aansluiting voor haar abonnee zo aantrekkelijk mogelijk te maken en haar kabelnetwerken optimaal te benutten. OPTA gaat in dit verband ook voorbij aan de druk die consumenten en de

---

<sup>24</sup> Zie opmerkingen van de Europese Commissie ten aanzien van de notificatie van de Ierse NRI: "In any event, even if satellite and cable transmission services were delineated as distinct product markets, both of these markets would likely be excluded from market analysis since the second criterion of the three criteria test would not be fulfilled, given, inter alia, the broadcasters' countervailing buying power and the current existence of must-carry obligations under the Broadcasting Act in respect of cable and alternative sources of competition afforded by leasing and sub-leasing arrangements of transponder capacity in relation to satellite."

<sup>25</sup> Illustratief in dit verband is hetgeen in 2003 in Veendam is gebeurd. Het niet doorgeven van een populaire commerciële zender stuitte op grote protesten van consumenten en mede als gevolg van de druk die door de lokale politiek werd uitgeoefend, werd doorgifte van de betrokken zender hervat. Zie het Algemeen Dagblad van 2 juli 2003.

lokale politiek kunnen en zullen uitoefenen op Casema indien betaaltelevisieprogramma's niet worden doorgegeven waar vraag naar bestaat.

107. In dit verband wreekt zich dat OPTA zich geen rekenschap heeft gegeven van het onderscheid dat NMa en de Europese Commissie wel maken tussen betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie.
108. Dat onderscheid is terug te voeren, zoals aangegeven in het advies van de NMa van 4 mei jl. aan OPTA, op het gegeven dat ten aanzien van een aanbieder van betaaltelevisie sprake is van een relatie tussen de programma-aanbieder en de eindgebruiker, terwijl in het geval van vrij toegankelijke televisie sprake is van een zakelijke relatie tussen de programma-aanbieder en de reclame-industrie.
109. OPTA baseert in randnr. 317 van haar ontwerpbesluit het aanwezig zijn van marktmacht ten aanzien van alle programma-aanbieders, derhalve zowel de aanbieders die betaaltelevisie als de aanbieders die vrij toegankelijke televisie aan wens te bieden, op het gegeven dat programma-aanbieders voor hun adverteerders afhankelijk zijn van een groot bereik. Dat geldt evenwel uitsluitend, om de hierboven aangegeven redenen, voor programma-aanbieders die vrij toegankelijke televisie willen aanbieden, wat overigens niet wegneemt dat Casema evenmin om deze programma's heen kan. Deze vorm van toegang ten behoeve van vrij toegankelijke televisie is, zoals OPTA in feite zelf ook aangeeft, niet van belang in deze marktanalyse.
110. Voor programma-aanbieders die niet in een pakket willen worden opgenomen maar een eigen relatie met eindgebruikers willen opbouwen, de betaaltelevisie-aanbieders, is er geen noodzaak een zo groot mogelijk bereik te hebben met het oog op de adverteerdersmarkt.
111. De onderhandelingsmacht die Casema heeft tegenover dergelijke programma-aanbieders, dient dan ook op een afzonderlijke wijze geanalyseerd te worden, hetgeen OPTA blijkens het ontwerpbesluit heeft nagelaten. Zoals blijkt uit randnr. 355 van het ontwerpbesluit, lijkt OPTA ervan uit te gaan dat ook deze programma-aanbieders afhankelijk zijn van advertentie-inkomsten, en daarom een 'gewenste kritische massa eindgebruikers' dienen te bereiken.
112. Met name voor de laatste groep van betaaltelevisie-aanbieders, die centraal dienen te staan in deze marktanalyse, bestaan reeds thans en in ieder geval in de zeer nabije toekomst serieuze alternatieven voor doorgifte via de kabel. Dat wordt geïllustreerd door het gegeven dat de eredivisievoetbalwedstrijden uitsluitend te zien zijn via de infrastructuur van Versatel en de schotel. Een zo groot mogelijk bereik is blijkbaar geen vereiste geweest om de aanzienlijke investeringen gemaakt in het verkrijgen van de eredivisievoetbalrechten en de ontwikkelingen in de xDSL netwerken terug te verdienen.
113. In dit geval is premium content aan de orde, waar altijd vraag naar zal zijn met afdoende doorgiftemogelijkheden. Het uitsluitend beschikbaar zijn van een groot aantal live beelden van de Olympische Spelen van Athene voor de abonnees van KPN in augustus 2004, vormt daarvan een voorbeeld.

114. Niet is uit te sluiten dat binnen deze twee categorieën van programma-aanbieders - vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie - subcategorieën van programma-aanbieders aan te wijzen zijn, die elk een eigen bedrijfsmodel hanteren en op verschillende wijzen inkomsten genereren (adverteerdersinkomsten, bijdrage distributeur, abonnementsgelden, een combinatie daarvan, etc.).
115. Van belang is dat per (sub)categorie wordt onderzocht wat de commerciële drijfveren van de programma-aanbieders behorende tot deze categorieën zijn, welke vorm van toegang zij wensen, en wat de gevolgen daarvan zijn voor de marktmacht van Casema. Het ontwerpbesluit lijkt echter uit te gaan van een nog onbekende programma-aanbieder, op een hypothetische markt, met vooralsnog onbekende drijfveren.
116. Voorts geldt dat de inkoopmacht van alle programma-aanbieders is toegenomen als gevolg van de verdere ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie. Daarbij is van belang dat deze alternatieve infrastructuren een landelijke dekking kunnen bereiken, in tegenstelling tot Casema.
117. Ook in dit verband is van belang dat met name in het verzorgingsgebied van Casema de uitrol van Digitenne volledig is. Zoals aangegeven, komt in het ontwerpbesluit evenwel niet tot uitdrukking dat het verzorgingsgebied van Casema een nagenoeg volledige overlap vertoont met het verzorgingsgebied van Digitenne.

## **5. WAARSCHIJNLIJKHEID MEDEDINGINGSPROBLEMEN**

### **5.1. Wholesale**

118. Zoals hierboven aangegeven, is OPTA uitgegaan van onjuiste veronderstellingen ten aanzien van de commerciële verhoudingen tussen Casema en de leveranciers van de voor Casema essentiële content, de programma-aanbieders. Zoals aangegeven heeft Casema niet alleen behoefte aan content voor haar standaardpakketten, maar eveneens een sterke prikkel om content door te geven van programma-aanbieders die een eigen relatie met de eindgebruiker wensen, om te voorkomen dat deze eindgebruiker, die aangesloten is op het netwerk van Casema, overstapt naar landelijk concurrerende infrastructuren.
119. Met name voor de betaaltelevisie-aanbieders, ten wiens behoefte eventuele ex ante regulering zou worden geïntroduceerd, geldt dat alternatieve netwerken voorhanden zijn, en zulks in toenemende mate.
120. De denkbeelden die bij OPTA in dit verband kennelijk leven, leiden tot onhoudbare conclusies ten aanzien van de potentiële mededingingsproblemen als gevolg van het gedrag van Casema, die OPTA percipieert in randnr. 333 tot en met 344 van het ontwerpbesluit.
121. Zoals hierboven is aangegeven, is het opleggen van ex ante verplichtingen uitsluitend gerechtvaardigd en proportioneel indien mededingingsproblemen daadwerkelijk geconstateerd dan wel op basis van marktonderzoek aannemelijk zijn, en niet louter hypothetisch. Mededingingsproblemen dienen met een hoge mate van

waarschijnlijkheid vast te staan. Voor de door OPTA gepercipieerde mededingingsproblemen is dat niet aan de orde.

### **Toegangsweigering**

122. Om de redenen hierboven aangegeven, is inherent aan het door Casema gehanteerde business model dat zij geen prikkel heeft toegang te weigeren, indien daarvoor de capaciteit beschikbaar is. Casema kan ook niet om leveranciers van belangrijke content heen, zodat niet gesteld kan worden dat indien Casema een dominante positie heeft, zij in staat is om partijen de toegang tot de infrastructuur te ontzeggen, in tegenstelling tot hetgeen OPTA beweert in randnr. 326 van het ontwerpbesluit.
123. VERTROUWELIJK
124. Voorts gaat OPTA er ten onrechte van uit dat verschillende programma's en pakketten noodzakelijkerwijs met elkaar en ten koste van elkaar concurreren. Televisieprogramma's zijn evenwel bij uitstek complementair aan elkaar en vormen geen substituten. Indien Casema toegang zou bieden aan programma-aanbieders die sport- en filmkanalen aan willen bieden, is er geen vrees dat de abonnees niet langer het pakket van Casema af zullen willen nemen. De betrokken programma's vormen immers geen substituten, maar complementen van elkaar. Zoals OPTA zelf aangeeft in het ontwerpbesluit is doorgifte van identieke, concurrerende, pakketten voorlopig niet aan de orde.
125. De verwijzing door OPTA naar 'een groot aantal geschillen' inzake toegang, onder andere betrekking hebbende 'op het verkrijgen van toegang', is in dit verband niet te plaatsen. Casema heeft geen geschilhistorie ten aanzien van toegang dat heeft geleid tot een verplichting tot het verlenen van toegang.
126. Ten aanzien van Casema zijn in de afgelopen jaren drie zaken aangebracht bij OPTA. Een daarvan heeft niet geleid tot een uitspraak omdat de betrokken partijen, Casema en MTV, lopende de procedure overeenstemming hadden bereikt over doorgifte van MTV in de gemeenten Delft en Nootdorp.<sup>26</sup> In een andere zaak wees OPTA het verzoek van Ijmond TV om een bindende aanwijzing aan Casema te geven af.<sup>27</sup> Deze geschillen hadden overigens betrekking op de toegang tot het doorgegeven pakket, een onderwerp waar de analyse van OPTA nu juist geen betrekking op heeft. Ten slotte is er een geschil geweest tussen Canal+ en Casema ten aanzien van de vraag of Casema kosten van het onbenut blijven van capaciteit naar rato van gebruik over kon slaan op alle programma-aanbieders die van het netwerk gebruik maken.<sup>28</sup>
127. Deze geschillen kunnen geen aanleiding geven te veronderstellen dat Casema thans een prikkel heeft toegang te weigeren tot haar infrastructuur. Voor zover geschillen die andere kabelmaatschappijen hebben gehad illustratief zouden kunnen

---

<sup>26</sup> Besluit van 12 januari 2000, OPTA/IBT/200120.

<sup>27</sup> Besluit van 7 maart 2001, OPTA/IBT/2000/200517.

<sup>28</sup> Besluit van 21 december 2000, OPTA/IBT/2000/203336.

zijn voor het te verwachten gedrag van Casema, geldt dat deze geschillen geenszins duiden op een prikkel van kabelmaatschappijen om toegang te weigeren. De grote meerderheid van deze geschillen betrof de specifieke situatie van Canal+, die inmiddels aanzienlijk is gewijzigd. Ten aanzien van Canal+ zijn in de toekomst geen geschillen te verwachten.

128. Voor het overige betroffen de geschillen waarbij andere kabelmaatschappijen dan Casema betrokken waren met name doorgifte door middel van opname in het standaardpakket, waarover OPTA, zoals zij aangeeft in randnr. 222 van het ontwerpbesluit, thans niet meer bevoegd is te oordelen.

### **Discriminatie**

129. Om dezelfde redenen als hierboven aangegeven, heeft Casema, in tegenstelling tot hetgeen OPTA stelt in randnrs. 330 en verder, geen prikkel te discrimineren, laat staan dat de ‘geschilhistorie’ ‘dit beeld bevestigt’.
130. In randnr. 332 stelt OPTA, geabstraheerd van het bedrijfsmodel van Casema, dat het risico van discriminatie groot is omdat Casema verticaal geïntegreerd zou zijn.
131. De term ‘verticale integratie’ mist in dit verband feitelijke grondslag. Zoals aangegeven, is het niet zinvol en ook niet in overeenstemming met de juridische en economische realiteit om Casema enerzijds een rol als pakketaanbieder en anderzijds een rol als infrastructuraanbieder toe te dichten. Casema is distributeur van content, de aansluiting en het standaardpakket zijn daarbij onlosmakelijk met elkaar verbonden diensten, zoals overal elders in Europa.
132. De term ‘verticale integratie’ zou uitsluitend gepast zijn indien Casema zou beschikken over de voor de distributie noodzakelijke content. Dat is evenwel niet het geval, in tegenstelling tot hetgeen OPTA aangeeft in randnr. 333 van het ontwerpbesluit. In randnr. 269 van het ontwerpbesluit gebruikt OPTA de term ‘verticale integratie’ op juiste wijze en erkent zij dat Casema geen content maakt voor de distributiekanaalen die zij in handen heeft.
133. Het zowel aanbieden van een aansluiting als het aanbieden van een standaardpakket betekent geenszins dat Casema een prikkel zou hebben haar abonnees aantrekkelijke content te onthouden om tegelijkertijd haar infrastructuur zo effectief mogelijk te benutten. Het is dan ook niet waarschijnlijk dat Casema zichzelf in ‘de rol van programmapakketaanbieder’, voor zover die rol daadwerkelijk bestaat, zou trachten te bevoordelen ten opzichte van andere aanbieders, zoals OPTA veronderstelt in randnr. 331.

### **Vertragingstactieken, excessieve prijzen en kruissubsidie**

134. Om dezelfde redenen als hierboven aangegeven, concludeert OPTA ten onrechte dat Casema prikkels zou hebben vertragingstactieken, excessieve prijzen en kruissubsidie toe te passen.
135. In dit verband volstaat het op te merken dat de redenering van OPTA reeds wordt gelogenstraft door het gegeven dat Casema thans geen inkomsten van enige

relevantie op de wholesale markt genereert en ook niet kan genereren gezien de positie van programma-aanbieders, die met de komst van infrastructuurconcurrentie sterker is geworden. Casema heeft er, zoals aangegeven, voorts geen enkel belang bij programma-aanbieders met aantrekkelijke content niet door te geven, terwijl concurrerende infrastructuren dit wel doen.

## **5.2 Retail**

136. De potentiële mededingingsproblemen op de retail markt die OPTA in randnr. 297 tot en met 311 van het ontwerpbesluit percipieert zijn niet onderbouwd en ook onhoudbaar, indien een machtspositie van Casema aan de orde is, gezien de aanzienlijke disciplinerende werking die uitgaat van de aanwezigheid van alternatieve infrastructuren in haar verzorgingsgebied, met name van Digitenne en xDSL.

### **Kruissubsidie**

137. OPTA concludeert in randnr. 299 dat Casema in staat is en een prikkel heeft kruissubsidie toe te passen. Dat impliceert dat Casema in staat zou zijn haar huidige retailprijzen verder te verhogen. Dat is evenwel niet het geval, gezien met name de disciplinerende werking die uitgaat van de concurrentie van Digitenne in het verzorgingsgebied van Digitenne.

138. Ook indien een prijsverhoging tot de mogelijkheden zou behoren, kan kruissubsidie geen mededingingsprobleem vormen gezien de sterke positie van de - landelijk opererende - concurrenten van Casema ten aanzien van het aanbieden van triple play diensten.

### **Excessieve tarieven**

139. Om dezelfde reden als hierboven aangegeven, is Casema niet in staat excessieve tarieven te hanteren.

140. OPTA lijkt het risico van excessieve tarieven te baseren op het gegeven dat de tarieven van Casema hoger liggen dan de tarieven van kleinere kabelmaatschappijen. In randnr. 304 geeft OPTA aan dat deze verschillen niet kunnen worden verklaard vanuit de onderliggende kostenstructuren. Het ontwerpbesluit geeft evenwel niet aan op welke wijze deze onderliggende kostenstructuren zijn onderzocht en van welke kabelmaatschappijen de kosten zijn vergeleken.

141. Er is een aantal factoren die de verschillen in tarieven verklaren. Zo is de klantenservice en -administratie van de meeste kleine kabelmaatschappijen niet te vergelijken met die van Casema. Voorts investeren de kleinere kabelmaatschappijen aanzienlijk minder in het onderhoud en in de ontwikkeling van hun netwerken. Daarnaast hebben kleinere kabelmaatschappijen, van wie de netwerken vaak nog immer in dezelfde handen zijn, een ander bedrijfsmodel met andere - vaak niet marktconforme - rendementseisen.

142. Indien het ontbreken van marktconforme rendementseisen bij een bepaalde groep kabelmaatschappijen voor OPTA maatgevend zou zijn voor de rendementen die andere kabelmaatschappijen mogen behalen, zou dit ertoe leiden dat alle



kabelexploitanten ertoe gedwongen worden op hun bestaande infrastructuur te kannibaliseren. Dit zou een aanzienlijke bedreiging vormen voor de verdere ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie en de concurrentie tussen triple play aanbiedingen.

143. Voorts is van belang dat een vergelijking met de tarieven van kabelmaatschappijen in andere Lidstaten geen enkele aanleiding geeft te veronderstellen dat de tarieven die Casema thans hanteert excessief zijn. Een internationale vergelijking bewijst het tegendeel, zoals Casema heeft aangegeven in haar antwoorden op het verzoek om inlichtingen van OPTA.

144. Een internationale vergelijking is in het mededingingsrecht een gebruikelijke methode om de eventuele excessiviteit van tarieven te toetsen.<sup>29</sup>

### **Gebrekkige kwaliteit en gebrek aan keuze**

145. In randnr. 309 tot en met 311 concludeert OPTA dat Casema prikkels zou hebben en in staat zou zijn om minder te investeren in de kwaliteit van het programma-aanbod. Deze conclusie is ongefundeerd. Casema kan het zich niet veroorloven, met de komst en verdere ontwikkeling van alternatieve infrastructuur met aantrekkelijke triple play aanbiedingen, concessies te doen op de kwaliteit van haar aanbod en de samenstelling daarvan.

146. De kwaliteit van de - digitale - dienstverlening van de alternatieve infrastructuur is hoog. Consumenten stellen steeds hogere eisen aan de kwaliteit van doorgifte met het oog op de investeringen die zij zelf doen in de aanschaf van geavanceerde televisieapparatuur. De suggestie dat Casema een prikkel heeft de consument lage kwaliteit en een gebrek aan keuze voor te schotelen, is evenmin onderbouwd of onderzocht.

147. Voorts stelt OPTA in randnr. 310 dat, “indien er geen wettelijke verplichting tot het verlenen van toegang zou zijn geweest, en het college niet had getreden in deze geschillen, programma-aanbieders van de markt uitgesloten [waren].” Ook deze stelling mist feitelijke en juridische grondslag en is onjuist. Zoals aangegeven, heeft OPTA niet één keer Casema een bindende aanwijzing gegeven om toegang te verlenen.

## **6. AFBAKENING 19<sup>E</sup> MARKT: DE DRIE CUMULATIEVE CRITERIA**

148. In randnr. 447 tot en met 456 van het ontwerpbesluit toetst OPTA, na te hebben vastgesteld dat de door haar genoemde wholesale verplichtingen niet de vermeende mededingingsproblemen op retailniveau wegnemen, of de drie cumulatieve criteria van de Europese Commissie van toepassing zijn.

---

<sup>29</sup> C-110/88, *Lucazeau e.a. / SACEM e.a.*, [1989] ECR 2811.

149. In iets meer dan één pagina en zonder enige verwijzing naar enig onderzoek, concludeert OPTA dat aan die drie cumulatieve criteria is voldaan, ondanks het gegeven dat OPTA vooralsnog de enige NRI is die de noodzaak ziet deze 19<sup>e</sup> markt af te bakenen, in afwijking van de Aanbeveling van de Commissie.

De drie cumulatieve criteria zijn door OPTA zowel feitelijk als conceptueel onjuist toegepast.

### **Is de markt onderhevig aan aanzienlijke en niet-tijdelijke belemmeringen voor markttoegang?**

150. Ten aanzien van het eerste criterium stelt OPTA dat toetreding op de markt voor analoge ontvangst van omroepsignalen niet is te verwachten gezien de toetredingsdrempels. OPTA lijkt zich ten aanzien van dit eerste criterium de vraag te hebben gesteld of de thans bestaande kabelnetwerken kunnen worden gedupliceerd.

151. Dat is evenwel niet de vraag en daarmee worden de uitgangspunten van het nieuwe regelgevend kader - technologieneutraliteit en digitalisering - opnieuw miskend. De vraag dient te zijn of er aanzienlijke en niet-tijdelijke drempels zijn voor nieuwkomers die vergelijkbare diensten aan wensen te bieden als de huidige kabelmaatschappijen.<sup>30</sup> Die vraag is reeds beantwoord met de komst van xDSL televisie, naast de vergelijkbare diensten die via DVBT en satelliet worden aangeboden. Versatel heeft de toetredingsdrempels beslecht en KPN heeft aangekondigd snel te zullen volgen met xDSL-televisie.

### **Beschikt een markt over kenmerken waardoor deze na verloop van tijd een ontwikkeling richting daadwerkelijke mededinging vertoont?**

152. Zoals eerder aangegeven, legt OPTA ook ten aanzien van dit tweede criterium een onjuiste maatstaf aan. OPTA grijpt hier terug op haar eerdere standpunt dat de komende jaren van mogelijke alternatieve infrastructures nog onvoldoende disciplinerende werking zal uitgaan. Dat is evenwel niet de vraag, maar zelfs indien dat de relevante vraag zou zijn, beantwoordt OPTA deze ten onrechte ontkennend. De relevante vraag is, zoals ook OPTA deze vraag reproduceert in randnr. 449 van het ontwerpbesluit, of er *kenmerken* zijn waardoor de markt *na verloop van tijd* een *ontwikkeling richting daadwerkelijke mededinging* vertoont.

153. Daadwerkelijke mededinging hoeft er derhalve niet eens te zijn, zolang er maar indicaties zijn dat zulks zal gaan plaatsvinden in de nabije toekomst. Het is evident dat de onderhavige markt in ieder geval een tendens richting daadwerkelijke mededinging vertoont in de zin van de toelichting van de Commissie bij haar Aanbeveling relevante markten, en dat derhalve evenmin aan het tweede criterium voor het opleggen van ex ante regulering is voldaan.

### **Is het mededingingsrecht toereikend?**

---

<sup>30</sup> Zie ook onder 3.2. in de Toelichting van de Commissie bij haar Aanbeveling relevante markten.

154. Ook ten aanzien van deze vraag legt OPTA blijkens het ontwerpbesluit een verkeerde maatstaf aan. De vraag is niet of sectorspecifiek toezicht wenselijk is en of de sector zich daartoe leent, maar of het mededingingsrecht onvoldoende moet worden geacht teneinde de geconstateerde mededingingsproblemen weg te nemen.
155. Dat is niet het geval. Er is in de afgelopen jaren in de onderhavige sector voor zover Casema weet slechts een beperkt aantal malen een beroep gedaan op de NMa, hetgeen nimmer tot concreet ingrijpen heeft geleid. Hoe kan dan worden aangenomen dat het mededingingsrecht niet toereikend zou zijn?
156. De relevante verschillen die OPTA in randnr. 454 constateert in het beoordelingskader van de Mededingingswet vergeleken met dat van de Telecommunicatiewet, zijn algemeen van aard en gelden voor elke sector.
157. Voorts is niet in te zien waarom de NMa niet geëquipeerd zou zijn te toetsen of excessieve tarieven aan de orde zijn. Zij heeft ruime en zeer recente ervaring op dat gebied in verschillende sectoren, waaronder de kabelsector. De complexiteit van de beoordeling is daarbij nooit een obstakel gebleken voor de NMa om tot duidelijke conclusies te komen.
158. Het enkele risico op excessieve tarieven is niet voldoende om zware ex ante verplichtingen in het leven te roepen. Op grond van de Toelichting van de Commissie bij haar Aanbeveling relevante markten, dient op zijn minst regelmatige en / of tijdige interventie onontbeerlijk te zijn, of het tot stand brengen van rechtszekerheid “van het allerhoogste belang” te zijn.<sup>31</sup>
159. Dat is niet aan de orde en daar doet het advies van de NMa van 4 mei jl. niet aan af. Integendeel, dat advies benadrukt dat in dynamische markten toetsing op grond van het mededingingsrecht meer voor de hand ligt dan sectorspecifiek toezicht.

## **7. CONCLUSIES EN AFSLUITENDE OPMERKINGEN**

### **7.1. ALGEMEEN**

160. Op grond van het bovenstaande is Casema van mening dat het ontwerpbesluit op een aantal fundamentele punten aanpassing behoeft, en motiverings- en onderzoeksgebreken vertoont, met name tegen de achtergrond van de aanzienlijke informatie die zij van marktpartijen heeft verkregen, zowel in kwalitatieve als in kwantitatieve zin.
161. OPTA heeft onvoldoende rekening gehouden met de thans reeds bestaande infrastructuurconcurrentie, die de marktafbakening beïnvloedt, en in ieder geval duidt op het ontbreken van een machtspositie van Casema in haar verzorgingsgebied op zowel wholesale als retail niveau, en de noodzaak van de afbakening van een 19<sup>e</sup> markt.

---

<sup>31</sup> Onder 3.2.

162. De marktanalyse is voorts gebaseerd op een marktafbakening die afwijkt van de in het mededingingsrecht gangbare praktijk, waarbij onderscheid dient te worden gemaakt tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie, en niet tussen pakketmarkten en infrastructuurmarkten of tussen digitale en analoge televisie.
163. Daarnaast zijn de mededingingsproblemen die OPTA constateert hypothetisch en niet terug te voeren op gedragingen uit het verleden. In het ontwerpbesluit wordt niet voldoende onderbouwd welke mededingingsproblemen te verwachten zijn in de markt die in de ogen van OPTA kennelijk centraal dient te staan in deze marktanalyse, namelijk de markt voor kabelinfrastructuur ten behoeve van betaaltelevisie. Zoals Casema heeft aangegeven zijn op deze markt geen mededingingsproblemen te verwachten. Dergelijke problemen hebben zich in het Casema gebied ook niet voorgedaan.
164. Eventuele verplichtingen zouden gerechtvaardigd moeten worden door de noodzaak geconstateerde of waarschijnlijke mededingingsproblemen op laatstgenoemde markt weg te nemen. Bij gebreke van dergelijke mededingingsproblemen, kan de conclusie niet anders zijn dat de verplichtingen die OPTA voornemens is op te leggen disproportioneel zijn. Dat geldt niet alleen voor de kleinere kabelmaatschappijen, maar ook voor Casema.
165. Casema beperkt zich tot een aantal korte opmerkingen over de verplichtingen die OPTA blijkens het dictum van het ontwerpbesluit voornemens is op te leggen. Casema geeft daarbij aan op welke punten van het dictum een verduidelijking onontkoombaar is, indien OPTA in het definitieve besluit vast zou houden aan de in het ontwerpbesluit gekozen - onjuiste - benadering.
166. Gezien de korte periode die OPTA marktpartijen heeft gegeven voor het indienen van een schriftelijke zienswijze, kan Casema niet in detail ingaan op de kostentoerekeningssystemen beschreven in het ontwerpbesluit.

## **7.2. SPECIFIEKE OPMERKINGEN TEN AANZIEN VAN HET DICTUM**

### **Marktafbakening wholesale markt (randnr. 2)**

167. OPTA concludeert dat de relevante wholesale televisiemarkt de markt voor doorgifte van televisie via de kabel in het verzorgingsgebied van Casema is.
168. Casema heeft in het bovenstaande aangegeven dat de relevante wholesale markt niet beperkt dient te worden tot de kabel, maar ook DVBT, xDSL en satelliet dient te omvatten. Dit is een landelijke markt.
169. Voorts heeft Casema aangegeven dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie, hetgeen ook in het dictum tot uitdrukking moet komen.
170. Om de redenen aangegeven, kan geen onderscheid worden gemaakt tussen digitale televisie, analoge televisie en IP televisie. Het lichaam van het ontwerpbesluit maakt dat onderscheid ten onrechte. In het dictum wordt dat onderscheid niet expliciet gemaakt. Casema is van mening dat zowel in het lichaam van het ontwerpbesluit als

in het dictum duidelijk dient te worden gemaakt dat geen onderscheid bestaat tussen digitale, analoge televisie en IP televisie, in zoverre deze ten behoeve van aanbieders van vrij toegankelijke televisie wordt geboden.

#### **AMM Casema relevante wholesale markt (randnr. 4)**

171. Casema heeft aangegeven dat zij niet over een machtspositie beschikt op de door OPTA gedefinieerde wholesale markt, in tegenstelling tot hetgeen OPTA concludeert. OPTA wijkt daarbij ongemotiveerd af van de conclusies van de Zweedse, Ierse, Finse en Oostenrijkse NRI's, wiens ontwerpbesluiten op dit punt zijn goedgekeurd door de Europese Commissie.
172. Daarnaast had OPTA zich dienen te realiseren dat de programma-aanbieders die centraal staan in deze marktanalyse, de betaaltelevisie-aanbieders, niet afhankelijk zijn van advertentie-inkomsten.

#### **Toegangsverplichtingen (randnr. 6)**

173. Casema heeft aangegeven dat geen toekomstige mededingingsproblemen te verwachten zijn met betrekking tot programma-aanbieders, ongeacht of het vrij toegankelijke of betaaltelevisie betreft.
174. OPTA komt ten onrechte tot tegenovergestelde conclusies, met name gebaseerd op een moeilijk te plaatsen onderscheid tussen de rol van Casema als pakketaanbieder enerzijds en als infrastructuuraanbieder anderzijds en niet-onderbouwde veronderstellingen ten aanzien van de prikkels die Casema zou hebben om marktverstoring gedrag te vertonen.
175. Voorts gaat het ontwerpbesluit voorbij aan de instrumenten die de nieuwe Telecommunicatiewet reeds biedt teneinde toegang voor programma-aanbieders te garanderen.
176. Het betreft toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen op grond van art. 8.5 Tw alsmede toegang tot het programma-aanbod in de zin van artikel 8.7 Tw. De verplichting in artikel 8.7 Tw geldt indien op Casema een verplichting zou worden opgelegd om te voldoen aan een redelijk verzoek tot toegang.
177. Indien OPTA vast zou houden aan de noodzaak van ex ante regulering op wholesale niveau, acht Casema de hierboven genoemde combinatie van toegangsverplichtingen onder alle omstandigheden voldoende om eventuele mededingingsproblemen op wholesale niveau weg te nemen.<sup>32</sup>
178. Casema heeft nota genomen van de criteria die OPTA hanteert voor de beoordeling van de redelijkheid van een verzoek tot toegang, zoals vermeld in randnr. 373 van het ontwerpbesluit. Casema onderschrijft dat een verzoek dat zou leiden tot een inefficiënt netwerkgebruik, niet redelijk dient te worden beschouwd.

---

<sup>32</sup> In OPTA's Regulatory Policy Note, No 3, van augustus 2004, *Imposing access obligations*, is benadrukt dat 'the proportionality of the actions of the regulator will be heavily scrutinised in the case of acces'. Om de redenen aangegeven, kan het ontwerpbesluit deze 'scrutiny' niet doorstaan.

179. OPTA gaat er terecht vanuit dat inefficiënt netwerkgebruik aan de orde is indien het een verzoek betreft dat zou leiden tot parallelle doorgifte van omroepsignalen die reeds door Casema gedistribueerd worden.
180. Casema verzoekt OPTA dit criterium, ten behoeve van de rechtszekerheid ook in het dictum van het definitieve besluit neer te leggen.
181. Het als voorwaarde stellen voor toegang dat het verzoek tot toegang de introductie van een nieuw product bewerkstelligt, is in het mededingingsrecht gebruikelijk.<sup>33</sup> Er is dan ook geen aanleiding in dit verband een niet te rechtvaardigen onderscheid te maken tussen verzoeken om analoge doorgifte en verzoeken om digitale doorgifte, hetgeen naar de mening van Casema ook in het dictum tot uitdrukking zou moeten komen.
182. Een duidelijk dictum dat onnodige geschillen voorkomt, is noodzakelijk om de ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie niet te ondermijnen. Voorts is een dergelijke voorwaarde noodzakelijk teneinde te vermijden dat Casema in een nadelige concurrentiepositie zou komen ten aanzien van aanbieders van vergelijkbare pakketten, die niet geconfronteerd worden met de must-carry verplichtingen die wel onverkort op Casema blijven rusten.

#### **Kostenoriëntatie en goedkeuring kostentoerekeningsysteem (randnr. 9)**

183. Om de door Casema aangegeven reden zijn mededingingsproblemen niet waarschijnlijk. Voor het opleggen van kostenoriëntatieverplichtingen en het voorleggen van een kostentoerekeningsysteem is naar de mening van Casema geen plaats.
184. Indien OPTA ondanks het bovenstaande vast wenst te houden aan dergelijke kostenoriëntatieverplichtingen, is van belang dat OPTA niet van Casema eist een zeer gedetailleerd kostentoerekeningsmodel over te leggen. OPTA kan bovendien in geen geval een sjabloon van een dergelijk model uniform gaan voorschrijven. Gezien de dynamiek van de markt en het incidentele karakter van een dergelijk model, is het risico aanzienlijk dat het model reeds achterhaald is op het moment dat het zou worden toegepast.

#### **Afbakening retail markt (randnrs. 10 en 11)**

185. Aan de drie cumulatieve criteria van de Commissie teneinde een markt voor ex ante regulering aan te wijzen in aanvulling op de door de Commissie genoemde markten in haar Aanbeveling, is om de redenen hierboven uiteengezet niet voldaan.

---

<sup>33</sup> Zie de arresten *Magill* en *IMS* van het Hof van Justitie, respectievelijk zaken C-241/91 & 242/91, 1995 [ECR] 743, en C-418/01, [2004] ECR I-0000.

186. Om dezelfde redenen als aangegeven ten aanzien van de wholesale marktafbakening, hanteert OPTA een marktafbakening die ten onrechte geen andere infrastructuur dan kabelnetwerken omvat.

#### **AMM Casema op relevante retail markt (randnr. 13)**

187. Casema heeft in het bovenstaande uiteengezet dat de conclusie van OPTA dat Casema beschikt over een machtspositie op een door OPTA afgebakende retail markt, niet adequaat gemotiveerd is.

188. VERTROUWELIJK

#### **Verplichtingen eindgebruikerstarieven (randnr. 15)**

189. Om de redenen hierboven aangegeven, kan regulering van retail tarieven niet aan de orde zijn. Er bestaat geen risico op excessieve tarieven gezien de disciplinerende werking van infrastructuren. Eventuele mededingingsproblemen kunnen worden weggenomen door middel van het mededingingsrecht.

190. VERTROUWELIJK

191. Casema begrijpt uit het ontwerpbesluit, randnr. 307, dat OPTA zich op het standpunt stelt dat Casema regionaal/lokaal mag discrimineren ten aanzien van haar retail tarieven, bijvoorbeeld uit concurrentieoverwegingen. Met het oog op de rechtszekerheid, verzoekt Casema OPTA om dit in het dictum te bevestigen.

#### **Goedkeuring kostentoerekeningsysteem, kostenoriëntatie (randnrs. 16 en 17)**

192. Aangezien geen risico bestaat, om de redenen door Casema aangegeven, op excessieve tarieven dan wel kruissubsidie, is voor het opleggen van verplichtingen met betrekking eindgebruikertarieven geen aanleiding.

193. Het opleggen van een kostenoriëntatieverplichting is een zwaar middel, zoals ook de NMa heeft aangegeven in haar advies van 4 mei 2005 aan OPTA. De NMa wees OPTA op het risico dat dit zware middel de infrastructuurconcurrentie ondermijnt.

194. OPTA geeft in randnrs. 482 en 483 van het ontwerpbesluit evenwel aan van mening te zijn dat het door haar voorgestelde kostentoerekeningsysteem 'het minst' ingrijpt op de ontwikkeling naar infrastructuurconcurrentie.

195. Casema benadrukt in dit verband dat elke ondermijning van infrastructuurconcurrentie dient te worden vermeden. OPTA dient zich er dan ook van te vergewissen, na zorgvuldig onderzoek, waarom het door OPTA voorgenomen kostentoerekeningsysteem de ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie niet ondermijnt. Dat onderzoek vereist mede een analyse van de bedrijfsmodellen van de aanbieders van (potentiële) alternatieve infrastructuren.

196. De noodzaak en het belang van dergelijk onderzoek ter borging van infrastructuurconcurrentie is benadrukt in de beleidsregels van de Minister van



Economische Zaken over de door het college van OPTA uit te oefenen taken in de elektronische communicatiesector<sup>34</sup>:

*“Artikel 2 (...)*

*2. Het college oefent de krachtens artikel 6a.2 van de wet aan hem verleende bevoegdheid om passende verplichtingen op te leggen zo uit dat aanbieders van alternatieve elektronische communicatienetwerken of bijbehorende faciliteiten zo min mogelijk de stimulans ontnomen wordt om te investeren in die netwerken en faciliteiten”*

197. In de toelichting bij dit artikel stelt de Minister:

*“Doelstelling van het nieuwe kader is om in de gehele elektronische communicatiesector daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken, zodat op termijn de sectorspecifieke regels kunnen worden afgeschaft en volstaan kan worden met het algemene mededingingsrecht. Om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken is het noodzakelijk dat aanbieders van alternatieve infrastructuur, dat wil zeggen andere infrastructuur dan die van de onderneming met een aanmerkelijke marktmacht, gestimuleerd blijven om te investeren. Om die reden is in artikel 2, eerste lid, bepaald dat het college, wanneer hij voornemens is een onderneming met aanmerkelijke marktmacht een bepaalde verplichting op te leggen, bij het onderzoeken van de markt moet bekijken wat de gevolgen zijn van die maatregel voor de bereidheid van concurrenten om te investeren in infrastructuur. **Op basis van een economische analyse dient het college de te verwachten effecten van de voorgenen maatregel op de investeringen in infrastructuur door bestaande of potentiële concurrenten in kaart te brengen.** Bij een dergelijke analyse dient uiteraard rekening te worden gehouden met de dynamiek van de elektronische communicatiesector.”*

198. OPTA heeft met het ontwerpbesluit niet aan de door de Minister opgelegde verplichting voldaan.

199. Voor het geval OPTA aan de voorgenen verplichtingen met betrekking tot eindgebruikertarieven vasthoudt, ondanks de hierboven geformuleerde bezwaren, dient in ieder geval in het dictum van het uiteindelijke besluit te worden opgenomen dat de tijdelijke maximale stijging van de retail tarieven uitsluitend geldt voor de dan geldende uniforme tarieven.

200. VERTROUWELIJK

201. Casema merkt daarbij op dat door de gekozen methode, gebaseerd op het CPI, de tarieven van de kabelmaatschappijen met de hoogste tarieven in absolute zin het meest zouden mogen stijgen. Casema gaat er dan ook van uit dat indien OPTA vast wenst te houden aan de voorgestelde tijdelijke prijsmaatregel, de tarieven van alle kabelmaatschappijen mogen stijgen met het bedrag waarmee het hoogste in de markt geldende tarief mag stijgen op basis van het CPI.

---

<sup>34</sup> Staatscourant 9 juni 2005, nr. 109 / pag. 11.

202. Van belang is ten slotte dat de uiteindelijke kostentoerekening niet op gespannen voet komt te staan met de doelstellingen van het nieuwe regelgevend kader om digitalisering te bevorderen. De kosten die gemaakt dienen te worden teneinde de gewenste digitalisering van netwerken mogelijk te maken, dienen dan ook in het eindgebruikertarief verdisconteerd te kunnen worden. De randnrs. 474 en 477 van het ontwerpbesluit beperken zich tot het analoge pakket omroepsignalen. Om de redenen aangegeven, is een onderscheid tussen digitale en analoge televisie onjuist. Onderscheid dient gemaakt te worden tussen betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie. De aansluitdienst van Casema en het leveren van haar standaardpakket zijn, zoals aangegeven, onlosmakelijk met elkaar verbonden, ongeacht of het standaardpakket analoog of digitaal wordt doorgegeven.
203. Zoals aangegeven, is dat niet alleen in overeenstemming met de economische realiteit, namelijk dat digitale (eventueel ook IP televisie) en analoge signalen simultaan worden doorgegeven, maar ook met het nationale en Europese mededingingsrecht dat geen onderscheid maakt tussen digitale en analoge televisie.
204. In het dictum dient dan ook buiten twijfel te worden gesteld dat zowel de kosten van de aansluitdienst als de kosten van de transmissiedienst betrekking kunnen hebben op het digitale pakket.

#### **Transparantieverplichting (randnr. 20)**

205. Zoals Casema heeft aangegeven, zijn de door haar geleverde aansluitdienst en het standaardpakket onlosmakelijk aan elkaar verbonden. Een bundeling van onafhankelijke diensten die op mededingingsrechtelijke bezwaren zou kunnen stuiten, is dan ook niet aan de orde. Dat heeft OPTA ook niet aangetoond. Er is dan ook geen enkele aanleiding voor de transparantieverplichting die OPTA voornemens is op te leggen.

\* \*

\*