

Schriftelijke bijdrage van Koninklijke KPN N.V. in de uitgebreide
openbare voorbereidingsprocedure o.g.v. artikel 6b.1 TW

n.a.v. de ontwerpbesluiten van OPTA van 19 mei 2005

inzake

de markten voor de doorgifte en ontvangst van omroepsignalen

Koninklijke KPN N.V.
mr J. van den Beukel, Regulatory Officer
Postbus 30139
2500 GC Den Haag
j.vandenbeukel@kpn.com

20 juni 2005

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING		3
1	Algemeen	6
2	Het juridisch kader	6
3	De relevante markt (en)	6
3.1	Internetprotocol geen onderdeel van omroepmarkten	6
3.2	Separate retail markt voor ontvangst van analoge radio- en televisiekanalen via de kabel	7
3.3	Onderscheid tussen wholesale markten voor transmissie en pakketten	8
4	Dominantie	9
5	Potentiële mededingingsproblemen	10
5.1	Ex-ante regulering noodzakelijk voor retailmarkten	10
5.2	Gevaar van marktafsluiting ("foreclosure")	11
6	Verplichtingen	12
6.1	Geen Differentiatie in wholesale verplichtingen tussen kabelexploitanten	12
6.2	Kostengeoriënteerde retailtarieven voor alle kabel-exploitanten noodzakelijk	12
6.3	Toegangsvoorwaarden wholesale markt	13
6.3.1	Alternatieve infrastructuur	13
6.3.2	Duplicering van doorgifte van bestaande programma's	14
6.4	Administratieve wederverkoop (resale) van analoge RTV Standaardpakket via de kabel	16
6.5	Vast recht	17
6.6	Bundeling en ontbundeling	19
6.7	Invulling kostenoriëntatie toets	20
6.7.1	Wholesale kostenoriëntatietoets	20
6.7.2	Retail kostenoriëntatietoets	21
6.8	Goodwill bij retail kostenoriëntatie toets	21
6.9	Digitale RTV standaardpakket via de kabel	22
7	Onderzoek NMa naar Casema en UPC	23
8	Benchmark met andere EU lidstaten	24
Bijlage 1	Rapport van het ECRI/SEOR van de Erasmus Universiteit Rotterdam, "Toegangsverplichtingen in de markt voor kabel TV" d.d. 20 juni 2005	
Bijlage 2	Rapport van Stratix "Vast recht op de kabel" d.d. 20 juni 2005	

SAMENVATTING

OPTA stelt in haar ontwerpbesluiten dat er een separate retail markt is te onderscheiden voor de ontvangst van de analoge radio- en televisiesignalen via de kabel in het verzorgingsgebied van elk van de kabelexploitanten. Dit wordt met name onderbouwd vanuit het perspectief van de eindgebruiker (vraagsubstitutie) die nog niet de beschikking heeft over volwaardige substituten voor het analoge RTV-pakket via de kabel. In haar dominantieanalyse concludeert OPTA tevens dat voorlopig nog geen sprake is van volwaardige concurrentie door andere alternatieven zoals Digitenne, Digitale TV van KPN, satelliet of IPTV en dat dit in de komende reguleringsperiode van twee tot drie jaar ook niet te verwachten is.

KPN steunt de mening van OPTA op dit punt. Om de eindgebruiker een daadwerkelijk alternatief te kunnen bieden zodat hij niet langer gebonden is aan de kabelexploitanten en om KPN op volwaardige wijze met de kabelexploitanten te kunnen laten concurreren is ex-ante regulering noodzakelijk. Deze regulering betreft zowel toegangsmaatregelen (inclusief resale), vast recht alsmede verplichtingen om te waarborgen dat er gelijkwaardige startposities zijn voor het aanbieden van bundels van AMM-diensten met niet-AMM-diensten ('multiplay').

Multiplay

Naast het verwerven van een volwaardige concurrentiepositie op de omroepmarkt, is het belang van KPN voor een passende regulering van de kabel op de wholesale en retail markten ook gelegen in de verwachting dat het aanbieden door één en dezelfde marktpartij van een bundel van diensten (omroep, telefonie en internet) sterk in omvang zal toenemen en de concurrentie tussen telecom bedrijven (lees: KPN) en kabelbedrijven zich in de nabije toekomst in toenemende mate zal richten op deze multiplay diensten.

Kabelexploitanten zijn uitstekend in staat om dergelijke bundels in de markt te zetten en doen dit nu ook al op aanzienlijke schaal. Vanuit dit perspectief is het essentieel voor KPN om te beschikken over een volwaardige omroepdienst in elk multiplay aanbod dat door KPN in concurrentie met de kabelexploitanten in de markt wordt gezet. Op dit moment is alleen het analoge RTV standaardpakket via de kabel te beschouwen als een dergelijke volwaardige omroepdienst. Een wholesale verplichting die KPN in staat stelt om een volwaardige omroepdienst aan te bieden is vereist, bijvoorbeeld via toegang tot de kabel en/of toegang tot het analoge RTV standaardpakket (resale).

Toegang

Ondanks het feit dat OPTA stelt dat de kabelexploitanten een dominante positie innemen op de relevante omroepmarkten, formuleert zij dermate stringente eisen aan de redelijkheid van een toegangsverzoek dat KPN niet in staat zal worden gesteld om daadwerkelijk toegang tot het kabelnetwerk te verkrijgen om RTV-diensten/programma's aan eindgebruikers aan te bieden. De randvoorwaarde dat toegangsverzoeken van programma-aanbieders die zelf over een alternatieve infrastructuur beschikken, minder snel als redelijk zullen worden beschouwd, alsmede de randvoorwaarde dat een verzoek om capaciteit voor parallelle doorgifte van omroepsignalen die reeds door de kabelexploitant gedistribueerd worden, vanwege het inherent inefficiënte netwerkgebruik niet snel als redelijk worden beschouwd, zijn criteria die:

- onvoldoende steun vinden in het telecommunicatie- en mededingingsrecht;
- niet voldoen aan het vereiste van gelijkwaardigheid van regulering tussen de kabel en KPN;
- de concurrentiepositie van KPN (op de markt) voor multiplay ondergraaft omdat het *de facto* elk toegangsverzoek van KPN a priori als onredelijk zal bestempelen.

Resale van het analoge RTV pakket via de kabel

Indien om wat voor reden dan ook een toegangsverplichting niet wordt opgelegd, of slechts in zodanig geconditioneerde of afgezwakte vorm (zie hierboven) dat het geen effectieve remedie is, is het noodzakelijk om alternatieve wholesale remedies te onderzoeken. KPN is van mening dat OPTA hiertoe nader onderzoek moet doen, en wijst op de mogelijkheid van administratieve wederverkoop (resale) van het analoge RTV standaardpakket.

Verkeerde invulling vast recht

OPTA kiest voor een tariefregulering op basis van een kostenmethode die daadwerkelijke concurrentie bij voorbaat sterk afremt. KPN duidt hier op de gekozen manier van invoering van het vastrechtmodel voor de kabel dat OPTA bepleit. In principe heeft KPN geen bezwaren tegen de invoering van een vastrechtmodel voor de kabel. Het voorstel van OPTA is echter niet op de juiste grondslag gebaseerd. Ten eerste leidt toepassing van het door OPTA voorgestane vastrechtmodel tot kruissubsidiëring, aangezien alle kosten van het lokale netwerk tot de locatie waarop de optisch-electrische omzetting van het omroeptransmissiesignaal plaatsheeft (de wijkcentrale) voor rekening komen voor en omgeslagen worden over de totale groep van eindgebruikers, ongeacht of de individuele eindgebruiker daadwerkelijk 1, 2 of 3 diensten (telefonie, internet, omroep) van de kabelexploitant afneemt. Daarmee wordt het feit dat de eindgebruikers verschillende kostenniveaus veroorzaken in dit deel van het netwerk verwerkt in een overall-gemiddelde. Deze toerekening aan alle eindgebruikers wordt veroorzaakt door het feit dat OPTA ook een deel van het gedeelde ('shared') kabelnetwerk in het vastrecht onderbrengt.

Eindgebruikers die in dat geval bijvoorbeeld geen breedband internet via de kabel afnemen, dienen op basis van het door OPTA gepropageerde vastrechtmodel wel mee te betalen aan de (extra) kosten die door de kabelexploitant worden gemaakt ten behoeve van eindgebruikers die wel een dergelijke dienst afnemen.

KPN bepleit de toepassing van een vastrechtmodel waarin alleen dat deel van het kabelnetwerk is ingebracht waarbij geen sprake is van gezamenlijk gebruik door andere eindgebruikers. De facto is dit het deel vanaf het aansluitnetwerkpunt bij de eindgebruiker tot aan het mini sterpunt. Dit deel van het netwerk behoort namelijk exclusief toe aan de individuele eindgebruiker en wordt niet gedeeld met andere huishoudens. In dat geval is het risico van onderlinge kruissubsidiëring tengevolge van een niet-causale kostenallocatiemethode afwezig. Kosten voor het achterliggende gedeelde netwerk worden proportioneel op basis van het causaliteitsprincipe toebedeeld aan de diensten die hierover ten behoeve van de specifieke eindgebruiker worden getransporteerd (dat wil zeggen op basis van het capaciteitsbeslag van de afzonderlijke diensten zoals dat ook voor de glasvezelnetwerken wordt voorgesteld), alsmede een vergoeding voor de gedistribueerde content.

Gelijkwaardigheid in retailregels

Tenslotte valt op dat in de ontwerpbesluiten van OPTA aan de kabelmaatschappijen geen eisen worden opgelegd voor AMM-diensten (omroep) die gebundeld met andere diensten (internet, telefonie) worden aangeboden, zoals die in de nabije toekomst wellicht van kracht zullen zijn voor de gereguleerde diensten van KPN¹. Het ontbreken van een dergelijk kader voor de kabel wreekt zich onder andere op het punt dat nu reeds enkele kabelexploitanten een digitaal standaardpakket gratis bundelen met afname van het analoge RTV standaardpakket, hetgeen als ontoelaatbare koppelverkoop dient te worden beschouwd. Daarnaast verplicht OPTA de kabelmaatschappijen niet om hun aansluiting en programma aanbod te ontbundelen. Dit komt volgens OPTA ondermeer vanwege het feit dat een dergelijke ontbundeling niet bijdraagt aan een efficiënt gebruik, en de ontwikkeling van verdere digitalisering ontmoedigt. KPN kan deze argumenten niet volgen. In het geval dat KPN ten gevolge van een nadere uitleg door OPTA deze argumenten wel valide zou achten, zouden deze criteria vanuit het oogpunt van gelijkwaardigheid ook van kracht moeten zijn voor KPN.

¹ Zie het OPTA "Beleidskader remedies voor mededingingsproblemen in de retailmarkt: te lage prijzen, ongeoorloofde bundeling en ongeoorloofde prijsdiscriminatie" d.d. 25 maart 2005.

1. Algemeen

Koninklijke KPN NV (hierna te noemen: KPN) heeft kennis genomen van de ontwerpbesluiten van het College van de OPTA (hierna: OPTA) van 19 mei 2005 inzake de markten voor de doorgifte en ontvangst van omroepsignalen. KPN maakt graag van de geboden gelegenheid gebruik om op de ontwerpbesluiten te reageren, omdat deze op enkele punten volgens haar onjuist zijn. KPN meent dat de besluiten op enkele belangrijke punten nog zullen moeten worden aangepast, alvorens deze bij de Europese Commissie kunnen worden aangemeld.

2. Het juridisch kader

Een aanzienlijk deel van de ontwerpbesluiten (bijvoorbeeld overwegingen 19 tot en met 100 in het concept UPC-besluit) bestaat uit een algemene beschrijving van het relevante kader. KPN heeft die beschrijving voor kennisgeving aangenomen en er vanaf gezien daar een afzonderlijke reactie op te geven. Dit deel van het besluit bevat immers geen inhoudelijke afwegingen en daarom heeft het geven van commentaar op de accenten die OPTA legt, alleen zin daar waar het de uiteindelijke toepassing van dat kader betreft. Het ontbreken van opmerkingen kan dan ook niet worden gezien als instemming met de beschrijving.

3. De relevante markt(en)

KPN kan zich vinden in de werkwijze die OPTA volgt bij de bepaling van de relevante markten, zoals in het algemene deel is beschreven (zie bijvoorbeeld overweging 71 in het ontwerpbesluit van UPC). KPN benadrukt dat afbakening van relevante markten op basis van mededingingsrechtelijke criteria dient te beginnen op retailniveau. Vanuit deze relevante markten op retailniveau dienen vervolgens de "upstream" wholesale markten te worden afgebakend. Elke afbakening en analyse van relevante markten dient derhalve op retailniveau te beginnen, ook indien de retail markten als zodanig niet in de Aanbeveling Relevante Markten van de Europese Commissie zijn opgenomen².

3.1. Internetprotocol geen onderdeel van omroepmarkten

OPTA stelt in hoofdstuk 5 Bepaling van de retailmarkt dat zij verwacht dat op de korte tot middellange termijn, binnen de reikwijdte van het onderhavige besluit (te weten twee tot drie jaar), er nog geen volwaardige, significante substitutie van de kabel naar omroepproducten voor het brede publiek op basis van IP via xDSL-netwerken plaats zal vinden. Omroepdiensten via IP zijn

² Voor de volledigheid wil KPN in het algemeen nog opmerken dat indien uit de analyse van een retail markt blijkt dat er sprake is van effectieve concurrentie op deze markten, ook indien wordt geabstraheerd van bestaande AMM verplichtingen (stap II in de werkwijze zoals die door OPTA wordt weergegeven), er geen reden is om de hoger gelegen wholesale markt af te bakenen en te analyseren. Indien er op de retailmarkt geen sprake is van marktfalen, is er geen enkele aanleiding voor OPTA om een nadere analyse uit te voeren van de bovengelegen wholesale markt. Dit is overigens in de omroep markt niet aan de orde, omdat de retailmarkt voor analoge RTV pakketten niet concurrerend is en wholesale en retail maatregelen noodzakelijk zijn.

vooral nog niet als (volwaardig) substituut voor omroepdiensten via de kabel of andere infrastructuur (DVB-T en satelliet) te beschouwen. Het Internet Protocol kan evenmin worden beschouwd als (volwaardig) substituut voor de kabel of andere infrastructuur (DVB-T en satelliet). KPN kan zich in dit standpunt vinden. Voor de volledigheid wil KPN opmerken dat IPTV ook geen omroep is in de zin van simultane distributie van een basis of basis-en-plus programmapakket.

Ook de NMa heeft vorig jaar een gelijkkluidend standpunt ingenomen in haar advies betreffende KPN en Digitenne d.d. 25 februari 2004. In dit advies stelt de dg NMa dat ADSL in zijn algemeenheid niet geschikt is voor het aanbieden van radio- en televisiepakketten zoals die kunnen worden aangeboden via de kabel, satelliet of DVB-T. Zij refereert in deze context onder andere aan het feit dat de bandbreedte die via de ADSL-techniek beschikbaar is, gelijktijdige doorgifte van een groot aantal pakketten van radio- en televisieprogramma's niet toelaat. Daarnaast stelt de dg NMa dat geen gegarandeerde snelheid kan worden aangeboden aan de consument en deze snelheid bovendien niet continu is. Naar verwachting van de dg NMa komt hier in de nabije toekomst, in ieder geval in de komende drie jaar, geen verandering in.

3.2. Separate retail markt voor ontvangst van analoge radio- en televisiesignalen via de kabel

OPTA stelt dat er aparte retailmarkten zijn af te bakenen voor de ontvangst van analoge radio- en televisiesignalen via de kabel in het verzorgingsgebied van elk van de kabelexploitanten. OPTA concludeert dan ook dat voor de consument Digitenne en Digitale TV van KPN voornamelijk geen voldoende substituten zijn voor het analoge RTV standaardpakket via de kabel, althans niet zo dat dit de eindgebruikerstarieven van de (grote) kabelexploitanten disciplineert.

Daarnaast stelt OPTA dat *vanuit Digitenne en Digitale TV van KPN bezien* radio en televisie via digitale ether en analoge pakketten via de kabel weliswaar tot dezelfde markt behoren, maar niet andersom (" (...) *dit in tegenstelling tot dezelfde markten bezien vanuit de kabel*"). OPTA duidt hierop het feit dat er sprake is van eenzijdige substitutie: Digitenne en KPN TV worden wel gedisciplineerd vanuit de kabel, maar de kabel wordt niet gedisciplineerd vanuit Digitenne en KPN TV.

KPN kan zich vinden in de conclusie van OPTA dat de ontvangst van radio- en televisiesignalen via de digitale ether geen onderdeel uitmaakt van de retail markt voor de ontvangst van analoge radio- en televisiesignalen via de kabel en dat er geen separate wholesale- en retail markt is voor de ontvangst van radio- en televisiesignalen via de digitale ether. Ook de dg NMa heeft in haar besluit Liberty Media - Casema d.d. 6 november 2002 gesteld dat digitale etherverspreiding van RTV-signalen via Digitenne nog niet tot dezelfde markt kan worden gerekend als doorgifte van RTV-signalen via de kabel³.

³ Besluit dg NMa Liberty Media – Casema d.d. 6 november 2002, overweging 96.

3.3. Onderscheid tussen wholesale markten voor transmissie en pakketten

OPTA stelt dat er voor wat betreft de wholesale markten geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen analoge en digitale doorgifte en geen onderscheid tussen de ontvangst van analoge RTV pakketten en pakketten met gebruikmaking van een systeem van voorwaardelijke toegang.

Wel stelt OPTA dat een kabelexploitant op de wholesale markt meerdere rollen kan vervullen. Enerzijds is hij de aanbieder van infrastructuur via welke programma-aanbieders de eindgebruiker kunnen bereiken (bijvoorbeeld voor Canal+), anderzijds kan hij de packager zijn die programma-aanbieders toelaat tot het analoge RTV standaardpakket (of het digitale pluspakket) en dit pakket via zijn infrastructuur aan de eindgebruikers aanbiedt. In de ontwerpbesluiten stelt OPTA dat de bevoegdheden van OPTA onder hoofdstuk 6 Tw zich beperken tot de transmissiemarkt (elektronische communicatiedienst) en niet zien op de zogenaamde 'pakketmarkt' (content). De stelling van OPTA dat zij niet toeziet op de zogenaamde pakketmarkt wordt niet verder toegelicht, noch worden de exacte implicaties van deze stelling verder aangegeven, behalve de voetnoot waarin wordt gesteld dat deze pakketmarkt niet beschouwd mag worden als een door OPTA afgebakende markt. KPN meent uit deze passage te kunnen begrijpen dat OPTA zichzelf wel bevoegd acht om toegang tot de kale transmissie capaciteit van kabelnetwerken af te dwingen ten behoeve van programma aanbieders, maar zichzelf niet bevoegd acht om toegang tot standaard- en/of pluspakketten af te dwingen die door kabelmaatschappijen worden gedistribueerd.

In feite wordt op basis van de ontwerpbesluiten de bestaande verplichting van de kabelmaatschappijen op grond van art. 8.7 Tw verder ingeperkt met deze 'enge' uitleg. Dat kan niet de bedoeling zijn van OPTA. De EU Richtlijnen inzake Electronische Communicatie (en ook de Tw) maken weliswaar een onderscheid tussen content (inhoud) en transmissie, maar zoals ook uit de overwegingen bij de EU Richtlijnen blijkt (bijvoorbeeld Overweging 5 van Kaderrichtlijn), dient wel rekening te worden gehouden met de relaties die tussen beiden bestaan. OPTA wordt niet gevraagd om het programma-aanbod te reguleren maar wel om te voorkomen dat door afspraken t.a.v. het programma-aanbod toetreding tot de markt wordt belemmerd.

Subsidiar is KPN van mening dat Indien de 'pakketmarkt' al gezien zou moeten worden als een 'content' dienst of als een dienst van de informatiesamenleving, die niet bestempeld kan worden als een elektronische communicatiedienst, het elektronische transport van het pakket in elk geval wel een elektronische communicatiedienst is die onder de Tw valt. Aangezien de dominantie op de retailmarkt bestaat uit het leveren van een analog RTV standaardpakket, bestaat de upstream wholesale elektronische communicatiedienst uit de markt voor doorgifte van een analog RTV standaardpakket. Om concurrentie op de retailmarkt mogelijk te maken is toegang tot het analoge RTV standaardpakket via de kabel een proportionele verplichting.

Tenslotte is het uitgangspunt dat OPTA zich niet bevoegd acht om de 'pakketmarkt' (content) te reguleren, contrair aan haar standpunt in de ontwerpbesluiten waarin OPTA juist refereert aan de formulering van artikel 8.7 Tw waaruit zou blijken dat aan een toegangsverplichting op de algemene transmissiemarkt ook een toegangsverplichting dient te worden gekoppeld voor wat betreft het programma-aanbod (de hierboven geschetste pakketmarkt) voor zover dat programma-aanbod niet versleuteld verspreid wordt⁴. Toegang tot de transmissiemarkt impliceert dan ook toegang tot het niet-versleutelde programma-aanbod.

KPN is van mening dat er separate transmissie en 'pakket' markten kunnen worden onderscheiden. KPN is voorsnog van mening dat OPTA op basis van de Tw bevoegd is om zowel voor de transmissiemarkt als voor de zogenaamde 'pakket'markt(en) toegangsverplichtingen aan de kabelmaatschappijen op te leggen.

4. Dominantie

OPTA stelt in haar concept besluit dat de grootste vijf kabelmaatschappijen (UPC, Essent, Casema, Delta en Multikabel) dominant zijn op de wholesale markten voor de doorgifte van televisiesignalen via de kabel in het verzorgingsgebied van deze kabelexploitanten. OPTA stelt dat de resterende kabelexploitanten niet dominant zijn op de wholesale markten voor de doorgifte van televisiesignalen via de verzorgingsgebieden van deze kleinere, resterende kabelmaatschappijen. Dit vanwege de aanwezige inkoopmacht van de programma aanbieders. KPN deelt de analyse van OPTA die hieraan ten grondslag ligt.

KPN deelt de mening van OPTA dat alle kabelmaatschappijen dominant zijn op de retailmarkten voor de doorgifte van de televisiesignalen via de kabel in het verzorgingsgebied van deze kabelexploitanten.

Het belang van potentiële concurrentie bij het vaststellen van dominantie op de wholesale en retailmarkten zorgt voor enige opmerkingen van de kant van de dg NMa. Uit de verstrekte informatie blijkt dat OPTA de potentiële concurrentiedruk die in de komende reguleringsperiode uitgaat van DSL, Digitenne en KPN TV iets meer nuanceert dan de NMa. De dg NMa vermeldt echter expliciet in het advies van 4 mei 2005 dat zij niet van mening is dat kabelmaatschappijen in het algemeen, en UPC in het bijzonder, niet dominant zouden zijn⁵. Uit de opmerkingen van de dg NMa kan derhalve niet de conclusie worden getrokken dat beide toezichthouders onderling van mening verschillen voor wat betreft het antwoord op de vraag of er sprake is van dominantie van kabelmaatschappijen op de wholesale- en retailmarkten voor omroepdistributie. Beide zijn van mening dat deze aanwezig is.

⁴ Zie bijvoorbeeld referentie aan artikel 8.7 Tw in overweging 225 van het concept besluit van OPTA inzake het verzorgingsgebied van UPC Nederland B.V. d.d. 19 mei 2005.

⁵ Zo stelt de dg NMa in zijn advies ontwerpbesluit UPC d.d. 4 mei 2005 (citaat): "(...) Voor de goede orde zij vermeld dat dit niet betekent dat de NMa twijfelt aan het feit dat UPC een dominante positie heeft op de relevante markten."

5. Potentiële mededingingsproblemen

5.1. Ex-ante regulering noodzakelijk voor retailmarkten

In de ontwerpbesluiten van OPTA wordt gesteld dat alleen wholesale regulering niet voldoende is. Op basis van de drie cumulatieve criteria van de Europese Commissie (toetredingsbarrières, marktdynamiek en toereikendheid mededingingsrecht) wordt door OPTA een separate retail markt voor de ontvangst van analoge radio- en televisiesignalen via de kabel in het verzorgingsgebied van de kabelexploitant onderscheiden die in aanmerking komt voor ex-ante regulering. Dit wordt met name onderbouwd vanuit het perspectief dat in het geval de retailtarieven niet gereguleerd zouden worden, de kabelexploitanten deze tarieven zouden kunnen verhogen tot een excessief niveau.

KPN deelt het standpunt van OPTA dat het noodzakelijk is om, in aanvulling op de 18 markten die reeds zijn opgenomen in de Aanbeveling Relevante Markten van de Europese Commissie, een separate retail markt voor de doorgifte van analoge radio- en televisiesignalen via de kabel af te bakenen die voor ex ante regulering in aanmerking komt.

De noodzaak van retailregulering wordt nog eens bevestigd indien de tariefsstijgingen van het analoge RTV standaardpakket via de kabel van de afgelopen jaren op een rij worden gezet (tabel 1). Zoals OPTA ook aangeeft in haar ontwerpbesluiten, zijn deze tarieven van 2001 tot 2004 reeds met gemiddeld 32% gestegen.

Gemiddelde abonnementsstarieven per maand van het standaardpakket (incl. BTW) in euro's¹			
Jaar	Tarief	Televisie-zenders	Radio-zenders
1993	7,70	20	n.a.
1994	7,70	22	27
1995	8,10	24	30
1996	9,00	27	31
1997	9,00	28	31
1998	9,00	31	34
1999	9,50	30	34
2000	9,50	30	34
2001	10,30	32	34

1: Bron: Vecai

2: eigen schatting Customer Intelligence

3: Bron: OPTA ontwerpbesluiten, gemiddeld tarief grote vijf

Tabel 1: Ontwikkeling van het gemiddelde abonnementsstarieven per maand van het standaardpakket (inclusief BTW) in euro's

5.2 Gevaar van marktafsluiting ("foreclosure")

In de ontwerpbesluiten wordt gewezen op het feit dat vanuit (nieuwe) IP-netwerken, de digitale ether en satelliet op de langere termijn in toenemende mate concurrentie kan worden verwacht. Ondanks het feit dat deze infrastructuur in de komende reguleringsperiode van OPTA nog niet als volwaardige substituten voor het analoge RTV standaardpakket via de kabel kunnen worden beschouwd, investeert KPN in de mogelijkheid om via IP-netwerken omroepdiensten aan de eindgebruiker aan te bieden (IPTV).

Om IPTV daadwerkelijk succesvol aan te kunnen bieden, is het voor KPN noodzakelijk om overeenkomsten met programma aanbieders af te sluiten. In toenemende mate wordt KPN in haar lopende onderhandelingen met programma aanbieders geconfronteerd met het feit dat de banden tussen programma aanbieders en kabelexploitanten zeer hecht zijn. Indien er sprake is van onderling afgestemd gedrag, zou dit kunnen leiden tot mededingingsproblemen in de vorm van marktafsluiting ("foreclosure") en toetredingsbarrières voor (potentiële) nieuwkomers. OPTA adresseert dit punt niet in haar ontwerpbesluiten. KPN zou OPTA willen verzoeken om dit onderwerp als aandachtspunt in haar definitieve besluiten mee te nemen.

6. Verplichtingen

6.1. Geen differentiatie in wholesale verplichtingen tussen kabelexploitanten

In de ontwerpbesluiten legt OPTA verschillende verplichtingen op aan de vijf grootste kabelexploitanten die als dominante partij op de wholesale markt voor de doorgifte voor RTV-signalen. De grootste drie kabelexploitanten (UPC, Essent en Casema) krijgen een kostenoriëntatie- en transparantieplichting opgelegd, terwijl Delta en Multikabel alleen aan een transparantieplichting dienen te voldoen. Als rechtvaardiging voor deze lichtere verplichting voor Delta en Multikabel stelt OPTA dat beide kabelexploitanten gezien de omvang van hun verzorgingsgebied (respektievelijk 2,5% en 5% van het totaal aantal kabelaansluitingen in Nederland) een belangrijke, maar niet cruciale pijler vormen onder de advertentie-inkomsten voor programma aanbieders, en dat beide kabelexploitanten hun wholesale tarieven niet duurzaam op een hoog peil kunnen vaststellen en handhaven.

KPN kan deze redenering niet volgen. KPN wijst OPTA op het feit dat beide kabelexploitanten weliswaar voor wat betreft het aantal kabelaansluitingen significant achterblijven bij UPC, Essent en Casema, maar desalniettemin een groot geografisch gebied bestrijken: Delta in Zeeland en Multikabel in Noord-Holland. KPN is derhalve van mening dat ook voor Delta en Multikabel kostengeoriënteerde toegangstarieven een noodzakelijke en proportionele verplichting vormen.

6.2. Kostengeoriënteerde retailtarieven voor alle kabelexploitanten noodzakelijk

Voor KPN is niet duidelijk waarom de vijf grootste kabelexploitanten (UPC, Casema, Essent, Delta en Multikabel) zowel een transparantie als een kostenoriëntatieplichting opgelegd krijgen voor hun retailtarieven, terwijl de resterende kabelexploitanten alleen een transparantieplichting moeten ondergaan. Als rechtvaardiging voor het niet opleggen van een kostenoriëntatieplichting aan de resterende kabelexploitanten refereert OPTA aan het feit dat deze exploitanten veelal geen grote beursgenoteerde ondernemingen zijn die winstmaximalisatie nastreven, alsmede het feit dat gezien het relatief klein aantal klanten in de verzorgingsgebieden van de overige kabelexploitanten een individueel huishouden of een groep huishoudens via de (wettelijke) programmaraden enig tegenwicht (kopersmacht) kan vormen. Dit moge zo zijn, onomstotelijk feit blijft dat vanuit het perspectief van de eindgebruiker er ook in het geval van een kleine kabelexploitant sprake is van een afhankelijke situatie die machtsmisbruik (ook in de vorm van excessieve retail tarieven) mogelijk kan maken.

KPN is derhalve van mening dat voor alle kabelexploitanten een kostenoriëntatieplichting voor de retailmarkt zou moeten gelden. Mogelijke flexibiliteit zou kunnen worden gevonden in de vorm van een onheffingsmogelijkheid voor die kabelexploitanten waarvan kan worden aangetoond dat er in het verleden geen sprake is geweest van excessieve tarieven en de kans hierop voor de nabije toekomst ook is uitgesloten.

6.3. Toegangsvoorwaarden wholesale markt

OPTA legt op grond van artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw UPC, Essent, Casema, Delta en Multikabel de verplichting op te voldoen aan redelijke verzoeken door programma(pakket)aanbieders om toegang tot hun netwerk, indien de om toegang verzoekende partij gebruik wil maken van het netwerk, of delen daarvan, om door middel van over dat netwerk geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers te bereiken.

OPTA stelt dat zij bij de beoordeling van de redelijkheid van een toegangsverzoek (onder meer) rekening zal houden met de volgende overwegingen:

- een toegangsverzoek mag de ontwikkeling van (innovatieve) diensten (ook op andere markten dan de onderhavige) niet ontmoedigen;
- een toegangsverzoek mag de langetermijnontwikkeling van infrastructuurconcurrentie niet ontmoedigen. Een verzoek om toegang door programma-aanbieders die zelf over een alternatieve infrastructuur beschikken, zal derhalve door het college minder snel als redelijk worden beschouwd dan van een programma(pakket)aanbieder die daar niet of volledig over beschikt;
- gezien het feit dat een kabelnet (voor een belangrijk deel) een zogeheten gedeeld netwerk ("shared") is, waardoor er eerder sprake zal zijn van vraagstukken van capaciteitsschaarste dan bij geschakelde netten, mag een toegangsverzoek geen onredelijk beslag op de beschikbare capaciteit leggen;
- in het verlengde hiervan zal een verzoek om capaciteit voor parallelle doorgifte van omroepsignalen die reeds door UPC gedistribueerd worden, vanwege het inherent inefficiënte netwerkgebruik niet snel als redelijk worden beschouwd. Een toegangsverzoek dat dubbel netwerkbeslag voor identieke signalen voorkomt zal eerder als redelijk kunnen worden aangemerkt;
- de om toegang verzoekende partij dient om die vorm van toegang te vragen welke voor eindgebruikers geen nadelige effecten sorteert.

KPN heeft op twee onderdelen fundamentele bezwaren tegen bovengenoemde criteria.

6.3.1. Alternatieve infrastructuur

Ten eerste wordt uit de opsomming van OPTA niet duidelijk wat exact onder alternatieve infrastructuur dient te worden verstaan, waarvan het bezit een toegangsverzoek onredelijk zou maken. Deze passage is relevant voor KPN, aangezien KPN over een eigen infrastructuur beschikt, maar voornamelijk op basis van de door OPTA verstrekte informatie onduidelijk is of deze infrastructuur voor vaste telefonie en breedband internet als zogenaamde 'alternatieve infrastructuur' voor het omroeptransmissie netwerk van kabelmaatschappijen dient te worden beschouwd.

KPN gaat ervan uit dat met alternatieve infrastructuur wordt gedeut op infrastructuur die voor wat betreft functionaliteit substitueerbaar is met het omroeptransmissie netwerk van de kabelmaatschappijen. Zoals eerder door OPTA in de ontwerpbesluiten is aangegeven, is zij van mening dat de huidige ADSL-infrastructuur vooralsnog niet toereikend is voor het aanbieden van volwaardige omroepdiensten. Dat kan ook technisch niet, omdat DSL infrastructuur niet geschikt is voor het simultaan doorgeven van een (analoog) RTV programmapakket. Daarnaast heeft OPTA in de ontwerpbesluiten aangegeven dat Digitenne en Digitale TV van KPN vooralsnog geen volwaardige substituten zijn voor het analoge RTV standaardpakket via de kabel, althans niet zo dat dit de eindgebruikerstarieven van de (grote) kabelexploitanten disciplineert. Uit beide passages trekt KPN de conclusie dat OPTA het standpunt inneemt dat noch ADSL, noch Digitenne en Digitale TV van KPN volwaardige substituten zijn voor de omroeptransmissie netwerken van kabelexploitanten.

Tenslotte is het KPN niet duidelijk op welke wijze het argument van 'alternatieve infrastructuur' zich verhoudt tot toegangsvraagstukken in andere relevante markten. Dit criterium voldoet derhalve niet aan het vereiste van wederkerige regulering tussen de kabel en KPN. Het lijkt voor de hand te liggen dat indien OPTA vasthoudt aan dit criterium - hetgeen KPN niet wenselijk acht - een dergelijk criterium dan ook generiek van toepassing dient te worden verklaard op toegangsvraagstukken in andere (wholesale) markten om alsnog reciproke regulering tussen kabel en KPN te bewerkstelligen. Dat betekent in concreto dat een toegangsverzoek tot het vaste net van KPN door een telco, waaronder ook service providers gelieerd aan een telco en kabelexploitanten zijn inbegrepen, door OPTA niet als redelijk toegangsverzoek kan worden gehonoreerd. De netwerken van telco's en kabelexploitanten zijn immers voor wat betreft het aanbieden van vaste telefoondiensten te beschouwen als 'alternatieve infrastructuur' ten opzichte van het vaste telefoonnetwerk van KPN.

6.3.2. Duplicering van doorgifte van bestaande programma's

Het tweede punt waartegen KPN grote bezwaren heeft, is de randvoorwaarde dat een verzoek om capaciteit voor parallelle doorgifte van omroepsignalen die reeds door de desbetreffende kabelexploitant gedistribueerd worden, vanwege het inherent inefficiënte netwerkgebruik niet snel als redelijk zal worden beschouwd. Een toegangsverzoek zonder dubbel netwerkbeslag voor identieke signalen, zal eerder als redelijk kunnen worden aangemerkt. OPTA introduceert hier een criterium ("distributie van identieke signalen") voor de beoordeling van de redelijkheid van een toegangsverzoek dat echter geen grondslag heeft in het mededingingsrecht en/of het telecommunicatierecht.

De Toegangsrichtlijn, noch de Kaderrichtlijn, die beiden in de Nederlandse Tw zijn geïmplementeerd, bevatten geen grondslag voor toepassing van het begrip duplicering door OPTA om de redelijkheid van toegangsverzoeken te beoordelen. De essential facilities doctrine uit het mededingingsrecht biedt eveneens geen ruimte om toegang te weigeren tot een onontbeerlijke

faciliteit puur en alleen op basis van het criterium van dupliceerbaarheid (zie Bronner). Gelet op de huidige situatie is er immers geen reëel of potentieel alternatief voor de distributie van omroepsignalen en/of analoge RTV standaardpakket, waardoor marktpartijen worden verhinderd om hun programma's aan te bieden. Dit wordt ook door OPTA in haar ontwerpbesluiten onderkend. Ook een mogelijk beroep van kabelmaatschappijen op intellectuele eigendomsrechten gaat niet op. Marktpartijen kunnen immers rechtstreeks bij programma aanbieders om een licentie verzoeken.

Daarnaast neemt OPTA bij toepassing van het begrip duplicering een overweging in ogenschouw die raakt aan 'content' - in casu het antwoord op de vraag of nieuwe RTV programma's die op basis van een mogelijke toegangsverplichting kunnen worden aangeboden, leiden tot een duplicering van het bestaande aanbod - terwijl OPTA anderzijds met betrekking tot de zogenaamde pakketmarkt stelt dat zij niet bevoegd is om 'content' te reguleren⁶. De ontwerpbesluiten van OPTA zijn op dit punt niet consistent.

Vanuit economisch perspectief kan een toegangsverplichting op de wholesale markt voor doorgifte van RTV signalen via de kabel, juist ook in het geval van duplicering van bestaande programma's, de statische oftewel allocatieve efficiency verbeteren. OPTA stelt dat voor UPC, Casema en Essent er sprake kan zijn van excessieve tarieven op de wholesale markt. Een toegangsverplichting gekoppeld aan een prijsmaatregel (kostenoriëntatie) kan juist in het geval van duplicering van het bestaande programma(pakket)aanbod, leiden tot prijsconcurrentie en er voor zorgdragen dat kabelexploitanten geen excessieve tarieven meer kunnen hanteren op de retailmarkt. Een dergelijke toegangsverplichting leidt juist tot meer keuzevrijheid voor de eindgebruikers (i.e. verschillende eindgebruikersprijzen) en tot hogere statische (allocatieve) efficiëncy, i.e. tarieven die kostengeoriënteerd zijn.

Toepassing van het criterium van duplicering wordt in de ontwerpbesluiten van OPTA gekoppeld aan het inherent inefficiënte netwerkgebruik. Uit de bepaling wordt niet duidelijk of dit argument alleen (of met name) geldt voor duplicering door middel van analoge programma's en/of standaardpakketten, of dat dit argument evenzo geldt voor duplicering door middel van het aanbieden van digitale programma's en/of pakketten (bijvoorbeeld duplicering van het analoge RTV standaardpakket op basis van digitale technieken). In het eerste geval (analoge duplicatie) zal het additionele netwerkbeslag veel groter zijn dan in het tweede geval (duplicering dmv digitale distributie). In het geval van digitale duplicering zal de omvang van het door OPTA gestelde 'inherente inefficiënte netwerkgebruik' significant lager zijn, zeker indien de introductie van een digitaal RTV standaardpakket van KPN leidt tot de afschakeling van het analoge RTV standaardpakket van de kabelexploitant. Als duplicering al een relevant criterium zou zijn bij de beoordeling van de redelijkheid van toegangsverzoeken - hetgeen KPN bestrijdt - dan zou zeker in het geval van digitale duplicering toegang moeten worden gehonoreerd gezien het beperkte

⁶ Zie bijvoorbeeld overweging 222 in het ontwerpbesluit inzake UPC.

'inherente inefficiënte netwerkgebruik' en de mogelijke afschakeling van het analoge RTV standaardpakket.

Tenslotte is het voor KPN onduidelijk op welke wijze het criterium van duplicering van het bestaande programma-aanbod zich verhoudt tot toegangsvraagstukken in andere relevante markten, bijvoorbeeld met betrekking tot het vaste telefoonnetwerk.

Voor een nadere toelichting op de economische bezwaren die samenhangen met de toegangsrandvoorwaarden die OPTA heeft opgesteld, wordt verwezen naar het rapport van het ECRI/SEOR van de Universiteit van Rotterdam d.d. 20 juni 2005 ("Toegangsverplichtingen in de markt voor kabel TV") dat als Bijlage 1 is toegevoegd. Deze bijlage maakt integraal onderdeel uit van de schriftelijk reactie van KPN.

6.4. Administratieve wederverkoop (resale) van analoge RTV standaardpakket via de kabel

Indien om wat voor reden dan ook een toegangsverplichting niet wordt opgelegd, of slechts in zodanig geconditioneerde of afgezwakte vorm dat het geen effectieve remedie is, is het noodzakelijk om alternatieve wholesale remedies te onderzoeken. In de ontwerpbesluiten van OPTA wordt met betrekking tot de op te leggen toegangsverplichtingen vooralsnog niet gerefereerd aan de mogelijkheid tot wederverkoop (resale) van het analoge RTV standaardpakket via de kabel. Het is vooralsnog voor KPN niet duidelijk waarom deze mogelijke wederverkoop verplichting door OPTA niet in de ontwerpbesluiten is opgenomen.

Met name tegen de achtergrond van de specifieke randvoorwaarden die OPTA voor wat betreft toegang tot het kabelnetwerk in haar ontwerpbesluiten heeft opgenomen, acht KPN het van zeer groot belang dat wederverkoop (resale) van het analoge RTV standaardpakket alsnog als additioneel instrument wordt ingezet om de dominante positie(s) van de kabelexploitanten te disciplineren.

KPN is van mening dat artikel 8.7 Tw voor OPTA voldoende basis vormt om resale van het analoge RTV standaardpakket te reguleren. OPTA refereert hier in haar ontwerpbesluiten ook aan, waar zij stelt dat (citaat)⁷: *"De wetgever koppelt aldus een (op de algemene transmissiemarkt) eventueel op te leggen toegangsverplichting (artikel 6a.6) aan de verplichting om in dat geval tevens toegang tot het programma-aanbod (de hierboven geschetste pakketmarkt) te verlenen voor zover dat niet versleuteld verspreid wordt."*

Indien desalniettemin bepalingen in de Mediawet aan een dergelijke resale verplichting in de weg zouden staan, hetgeen KPN ontkent, dan zou een wijziging van de Mediawet dienen te worden doorgevoerd. Daarnaast zou, vooruitlopend op een dergelijke wetswijziging, op kortere termijn een dergelijke mogelijkheid ook op basis van onderhandelingen tussen gemeenten en kabelexploitanten

⁷ Overweging 225 in concept UPC-besluit d.d. 19 mei 2005.

gestalte kunnen krijgen. Gemeenten kunnen in dat geval de verplichting van resale van het analoge RTV standaardpakket onderdeel laten uitmaken van de overeenkomsten die met kabelexploitanten worden afgesloten over de distributie van omroepsignalen via de kabel. Eveneens zou de bepaling kunnen worden opgenomen dat kabelexploitanten alleen die programma's mogen doorgeven, waarvan de aanbieders instemmen met de mogelijkheid van wederverkoop van het analoge RTV standaardpakket.

6.5. Vast recht

Voor wat betreft de verdeling van de netwerkkosten maakt OPTA een onderscheid tussen de kosten die aan aanbieders van omroepinhoud in rekening kunnen worden gebracht en netwerkkosten die door eindgebruikers dienen te worden betaald. OPTA stelt hieromtrent dat de toerekening van kosten in beginsel plaats vindt op basis van het principe van causaliteit. Dit betekent dat de kosten voor het gebruik van netwerkelementen "laag" in het netwerk in beginsel niet aan aanbieders van omroepinhoud (programma aanbieders) kunnen worden toegerekend. Met "laag" in het netwerk wordt door OPTA het deel van het netwerk bedoeld dat enerzijds begrensd wordt door het netwerkaansluitpunt bij de eindgebruiker en anderzijds door de locatie waarop de optisch-electrische omzetting van het omroeptransmissiesignaal plaatsheeft. De locatie waar de optisch-electrische omzetting van het omroeptransmissiesignaal plaatsheeft, is het wijkcentrum.

Een en ander impliceert dat de kosten "laag" in het netwerk, dus vanaf het netwerkaansluitpunt bij de eindgebruiker tot aan het wijkcentrum als vastrecht in rekening wordt gebracht bij de eindgebruiker.

In principe heeft KPN geen bezwaren tegen de invoering van een vastrechtmodel voor de kabel. KPN acht echter de wijze waarop OPTA in de ontwerpbesluiten invulling heeft gegeven aan het vastrecht, onwenselijk en contra-productief. Ten eerste leidt toepassing van het door OPTA voorgestane vastrechtmodel tot kruissubsidiëring, aangezien alle kosten van het lokale netwerk tot de locatie waarop de optisch-electrische omzetting van het omroeptransmissiesignaal plaatsheeft (de wijkcentrale) voor rekening komen voor de eindgebruiker, ongeacht of deze eindgebruiker ook daadwerkelijk alle diensten (telefonie, internet, omroep) van de kabelexploitant afneemt. Dit als gevolg van het feit dat OPTA ook een deel van het gedeelde ('shared') kabelnetwerk in het vastrecht onderbrengt. Eindgebruikers die in dat geval bijvoorbeeld geen breedband internet via de kabel afnemen, dienen op basis van het door OPTA gepropageerde vastrechtmodel wel mee te betalen aan de kosten die hiervoor door de kabelexploitant worden gemaakt ten behoeve van eindgebruikers die wel een dergelijke dienst afnemen. Door middel van het vastrechtmodel betalen alle eindgebruikers hetzelfde aansluittarief voor een groot deel van het gedeelde kabelnetwerk, ongeacht of de eindgebruiker ook daadwerkelijk alle diensten afneemt die via het gedeelde kabelnetwerk worden afgenomen. Een dergelijk model is in strijd met het principe van kostencausaliteit. Ook de dg NMa is deze mening toegedaan. In zijn advies van 8 mei 2002 naar

aanleiding van het concept-consultatiedocument "Toegang tot de kabel" van OPTA stelt de dg NMa dat de doorrekening van de volledige kosten van de 'last mile' inclusief de kosten voor de digitalisering van dat deel in het basisabonnement, geen recht doet aan de algemene mededingingsregels omdat het de mogelijkheid opent om kosten in het basisabonnement door te berekenen die dienstenspecifiek dienen te worden toegerekend⁸. De kosten van digitalisering van de 'last mile' betreffen namelijk kosten die kunnen worden toegerekend aan diensten die niet alle kabelabonnees afnemen, zoals bijvoorbeeld telefonie en internettoegang.

Daarnaast leidt het vastrechtmodel zoals dat door OPTA wordt voorgestaan tot een vastrecht met relatief hoge tarieven, aangezien een relatief groot deel van het kabelnetwerk in dit vastrecht wordt meegenomen. Indien KPN toegang tot het kabelnetwerk verkrijgt en haar programma's aan de eindgebruiker wil aanbieden, bestaat het risico dat de marge voor KPN om als aanbieder van een alternatief standaardpakket met de kabexploitant te kunnen concurreren, zeer beperkt zal zijn. Deze marge waarop geconcurrereerd kan worden, omvat in dat geval alleen de kosten van het transmissienetwerk 'hoog' in het netwerk, alsmede de inkoopkosten van de content. De eindgebruiker dient immers altijd het hoge vastrecht tarief aan de kabelexploitant te betalen, ook indien het standaardpakket door een derde partij wordt aangeboden en door de eindgebruiker wordt afgenomen.

Gezien de bovenstaande kanttekeningen, is KPN van mening dat alternatieven dienen te worden overwogen. KPN bepleit de toepassing van een vastrechtmodel waarin alleen dat deel van het kabelnetwerk is ingebracht dat niet wordt gedeeld met andere eindgebruikers. De facto is dit het deel vanaf het aansluitnetwerkpunt bij de eindgebruiker tot aan het mini sterpunt. Dit deel van het netwerk behoort namelijk exclusief toe aan de individuele eindgebruiker en wordt niet gedeeld met andere huishoudens. In dat geval is het risico van onderlinge kruissubsidiëring afwezig. Kosten voor het achterliggende gedeelde netwerk worden proportioneel op basis van het causaliteitsprincipe toebedeeld aan de diensten die hierover ten behoeve van de specifieke eindgebruiker worden getransporteerd (dat wil zeggen op basis van het capaciteitsbeslag van de afzonderlijke diensten zoals dat ook voor de glasvezelnetwerken wordt voorgesteld), alsmede een vergoeding voor de gedistribueerde content. Hiermee wordt voorkomen dat de kabeltelevisiekijker meebetaald aan het kabelinternet van de burens.

Voor een nadere toelichting op de economische bezwaren die samenhangen met het vast recht model dat OPTA heeft opgesteld, wordt verwezen naar het rapport van Stratix d.d. 20 juni 2005 ("Vastrecht op de kabel") dat als Bijlage 2 is toegevoegd. Deze bijlage maakt integraal onderdeel uit van de schriftelijk reactie van KPN.

6.6. Bundeling en ontbundeling

⁸ Reactie dg NMa d.d. 8 mei 2002 concept-consultatiedocument van OPTA inzake 'Toegang tot de Kabel'.

Uit het ontwerpbesluit van OPTA blijkt dat de AMM dienst van de kabelexploitanten (analoge omroep) ongeclausuleerd horizontaal mag worden gebundeld met andere diensten. In de ontwerpbesluiten zijn namelijk geen randvoorwaarden opgenomen voor wat betreft de horizontale bundeling van verschillende diensten in het geval een AMM-diensten (omroep) door de kabelexploitant wordt gebundeld met niet-AMM diensten. Dergelijke clausules worden wellicht wel van kracht voor wat betreft horizontale bundeling van AMM-diensten van KPN met andere diensten. Recent is door OPTA hieromtrent het retail reguleringskader voor de vaste telefoondiensten van KPN gepubliceerd⁹. In dit kader zijn voor KPN ook randvoorwaarden met betrekking het horizontaal (mogen) bundelen van meerdere diensten opgenomen (waaronder een herziene price squeeze test voor AMM-diensten). Een dergelijk kader inzake horizontale bundeling van meerdere diensten is voor de kabel niet in de ontwerpbesluiten opgenomen. Gezien het feit dat de kabelexploitanten en KPN in toenemende mate met elkaar concurreren op de markt van multiplay diensten, is juist op het punt van bundeling een gelijk speelveld van groot belang. Indien het retail reguleringskader inzake bundeling daadwerkelijk van kracht zal worden voor KPN, dienen dergelijke voorwaarden ook op de kabel van toepassing te worden verklaard.

Ten tweede legt OPTA kabelmaatschappijen geen verplichting op tot verticale ontbundeling van aansluitingen en pakketten, aangezien een dergelijke ontbundeling kosten met zich meebrengt die tot negatieve welvaartseffecten voor de eindgebruiker zullen leiden. Immers, zo stelt OPTA, laag in het kabelnet zullen op individuele basis filters geplaatst moeten worden, waarvan de kosten uiteindelijk (al dan niet via het tarief van de om toegang vragende partij) op de eindgebruiker zullen moeten worden verhaald. OPTA is van mening dat een dergelijke verplichting niet bijdraagt aan het efficiënte gebruik van het kabelnet en daarnaast de ontwikkeling naar verdere digitalisering ontmoedigt. KPN wijst echter op het feit dat kabelexploitant Casema in het verleden zelf al vrijwillig filters heeft geplaatst om een scheiding te maken tussen het analoge RTV standaardpakket en het pluspakket. Daar waar kabelexploitanten dit al zelf vrijwillig doen, kan het toch niet zo zijn dat OPTA vindt dat gebruik van filters leidt tot inefficiënt gebruik. Daarnaast stelt OPTA dat een dergelijke verticale ontbundeling in strijd is met artikel 82i van de Mediawet.

KPN is van mening dat OPTA haar bezwaren tegen een dergelijke verticale ontbundeling onvoldoende motiveert en de kosten en baten van een dergelijke mogelijkheid tot ontbundeling onvoldoende heeft gekwantificeerd, noch kwalitatief in voldoende mate heeft uitgewerkt.

Daarnaast verplicht de Mediawet de eindgebruiker niet om te allen tijde een bundel van een kabeltelevisie aansluiting en het programma aanbod (standaardpakket) af te nemen. De Mediawet legt alleen aan de kabelexploitant een verplichting op om beide onderdelen aan de eindgebruiker (tegen betaling) ter beschikking te stellen (een zogenaamde aanbodplicht). De eindgebruiker is

⁹ OPTA "Beleidskader remedies voor mededingingsproblemen in de retailmarkt: te lage prijzen, ongeoorloofde bundeling en ongeoorloofde prijsdiscriminatie" d.d. 25 maart 2005.

vervolgens vrij om beide onderdelen al dan niet gebundeld of los van elkaar af te nemen (geen afname plicht).

Verticale ontbundeling van de aansluiting en de programmapakketten is een proportionele en gewenste verplichting die er voor zorgt dat eindgebruikers in staat worden gesteld om naast de kale aansluiting te kiezen uit verschillende RTV (standaard)pakketten van alternatieve aanbieders. Verticale ontbundeling leidt derhalve tot meer keuzevrijheid voor de eindgebruiker. Indien uit nader onderzoek zou mogen blijken dat - in tegenstelling tot datgene wat KPN beweert - de Mediawet een dergelijke verticale ontbundeling onmogelijk maakt, dan dient een wijziging van de Mediawet te worden voorbereid om een dergelijke ontbundeling alsnog mogelijk te maken.

Tenslotte dient te worden opgemerkt dat verticale ontbundeling van de vaste telefoonaansluiting en de vaste telefoondiensten *standard practice* is onder de huidige (en oude) Tw. KPN ziet niet in waarom verticale ontbundeling in het ene geval (vaste telefonie) wel gewenst en/of welvaartsverhogend zou zijn en in het andere geval (omroep via de kabel) niet. KPN verzoekt OPTA in haar definitieve besluit hier nader op in te gaan.

6.7. Invulling kostenoriëntatie toets

Voor de drie grootste kabelexploitanten (UPC, Essent en Casema) wordt een kostenoriëntatieverplichting opgelegd voor de toegang tot de wholesale markt voor de doorgifte van RTV-signalen in het verzorgingsgebieden van deze drie kabelexploitanten. Eerder is reeds betoogd dat KPN van mening is dat deze kostenoriëntatieverplichting ook van toepassing dient te zijn op Delta en Multikabel.

6.7.1. Wholesale kostenoriëntatie toets

OPTA stelt dat een stringente invulling van prijsbeheersing voor de toegangsverplichting op basis van BU-LRIC niet proportioneel is, aangezien kostenregulering op basis van dit principe eerder zal leiden tot gebruik van gereguleerde toegang in plaats van in het voordeel van het investeren van eigen infrastructuur. Toepassing van BU-LRIC zou geen recht doen aan het (eind)doel van infrastructuurconcurrentie. OPTA stelt dat een dergelijke stringente invulling van prijsbeheersing in een markt die geen tendens naar infrastructuurconcurrentie op de langere termijn vertoont, eerder een passende maatregel zou vormen dan in de onderhavige omroepmarkt. In plaats van de BU-LRIC methodiek kiest OPTA derhalve voor de current costs methodiek ofwel vervangingswaardenmethodiek vermeerderd met een redelijk rendement. OPTA stelt dat de current costs methode inefficiënte toetreding ontmoedigt en aanbieders van alternatieve infrastructuren de juiste prikkels geeft om verder te investeren in de eigen infrastructuur.

Voor KPN is op basis van de beschikbare informatie niet duidelijk hoe deze invulling van het principe van kostenoriëntatie zich verhoudt tot het principe van wederkerigheid van regulering tussen de kabelexploitanten en KPN. Zo is het opvallend dat aan KPN in het verleden wel efficiëncy kortingen zijn opgelegd door OPTA, terwijl laatstgenoemde in de onderhavige ontwerpbesluiten hier in het geheel niet aan refereert. Dit wringt des te meer, nu de kans dat OPTA in de toekomst nogmaals efficiëncy kortingen op KPN van toepassing verklaart, zeker niet is uitgesloten¹⁰. Vanuit het perspectief van een gelijk speelveld tussen KPN en de kabel dient de mogelijkheid om (wholesale) efficiëncy kortingen aan kabelexploitanten op te leggen, ook in de ontwerpbesluiten als optie te worden meegenomen.

6.7.2. Retail kostenoriëntatietoets

OPTA legt voor de vijf grootste kabelexploitanten (UPC, Casema, Essent, Multikabel en Delta) een verplichting tot het hanteren van kostengeöriënteerde retailtarieven op basis van de Fully Allocated Costs methodiek, uitgaande van historische kosten en vermeerderd met een redelijk rendement. Eerder is reeds betoogd dat deze kostenorientatieverplichting ook van toepassing dient te zijn op alle andere resterende kabelexploitanten.

Voor KPN is op basis van de beschikbare informatie niet duidelijk hoe deze invulling van het principe van kostenoriëntatie zich verhoudt tot het principe van wederkerigheid van regulering tussen de kabelexploitanten en KPN.

6.8. Goodwill bij retail kostenoriëntatie toets

Tevens stelt OPTA dat de kosten op basis van de Fully Allocated Costs methodiek causaal moeten worden toegerekend aan de verschillende diensten waarvoor zij gebruikt worden, waarbij tevens de kosten die bij de overname betaald zijn (goodwill) causaal dienen te worden toegerekend aan de verwachte diensten waarvoor deze bedragen zijn betaald¹¹.

Zonder inzicht te hebben in de exacte boekhouding van de verschillende kabelexploitanten, wil KPN graag het volgende opmerken. Ten eerste acht KPN het onaannemelijk dat de door de kabelexploitanten betaalde goodwill nog op de balans staat van de kabelexploitanten. Aangezien het merendeel van de overnames reeds enige jaren geleden heeft plaatsgevonden (jaren negentig van de vorige eeuw) zal deze betaalde goodwill reeds fors, zo niet helemaal, zijn afgeschreven van de balans van de kabelexploitanten. Mocht er desalniettemin een rechtvaardiging zijn om een deel van het resterende bedrag aan goodwill in de komende reguleringsperiode als kostenpost mee te nemen voor de bepaling van de retailtarieven, dan is het noodzakelijk om deze goodwill te

¹⁰ Zie OPTA publicatie "Tariefregulering van KPN's wholesale diensten onder het nieuw kader: het wholesale price cap systeem" d.d. 24 maart 2005 en de "Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken over door het college uit te oefenen taken in de elektronische communicatiesector" d.d. 2 juni 2005.

¹¹ Bijvoorbeeld voetnoot 106 van het ontwerpbesluit inzake UPC.

betrekken bij de vaststelling respectievelijk de allocatie van de kostenbasis van de nieuwe diensten (digitale standaardpakket voor RTV, breedband internet, vaste telefonie etc.) en niet als additionele kostenpost aan het analoge RTV standaardpakket via de kabel toe te rekenen. Toentertijd zal de goodwill immers met name zijn betaald met het oog op de toekomstige extra rendementen die zouden kunnen worden behaald met de ontwikkeling, groei en exploitatie van deze nieuwe diensten en niet als premie voor de exploitatie van reeds bestaande of beperkt groeiende analoge omroepdiensten. Uiteindelijk zal het aangekondigde onderzoek van OPTA voor wat betreft de vaststelling van de retailtarieven voor het analoge RTV standaardpakket hierover nader uitsluitsel moeten geven.

Voorzover er in de voorafgaande periodes (toen er nog geen OPTA-regulering op de tarieven van toepassing was) reeds een kostentoekening aan het analoge RTV-pakket heeft plaatsgevonden, kunnen daar nu kanttekeningen bij worden geplaatst als daardoor het effect ontstaat dat in de nieuwe reguleringsperiode de toerekening van de kosten van goodwill aan de nieuwe diensten tot een kunstmatig verlaagde kostprijs voor deze nieuwe diensten leidt. KPN stelt voor in dat geval een herrekening te doen in het kostentoekeningssysteem om dit effect te neutraliseren.

Omdat kabel-goodwill in het algemeen niet is gerelateerd aan het "kale" net maar aan het winstpotentieel van diensten ligt het niet voor de hand dat goodwill kan worden toegerekend aan kabel-infrastructuur of aan (gereguleerde) toegang tot deze kabelinfrastructuur (wholesale).

6.9. Digitale RTV standaardpakket via de kabel

OPTA stelt in haar besluit dat enkele kabelmaatschappijen het analoge RTV standaardpakket ook (gratis) digitaal doorgeven en dat in theorie op termijn, indien een kabelexploitant de eindgebruiker de mogelijkheid biedt te kiezen tussen een analoge RTV standaardpakket en een digitaal RTV standaardpakket, deze twee verschillende pakketvormen mogelijk wel tot dezelfde markt behoren. OPTA is derhalve van mening dat op dit moment het digitale RTV standaardpakket via de kabel geen onderdeel vormt van de retail markt voor analoge RTV pakketten via de kabel.

De dg NMa becommentarieert dit standpunt in haar advies d.d. 4 mei 2005. NMa stelt hieromtrent dat het erop lijkt dat het onderscheid dat OPTA maakt tussen de analoge ontvangst van een standaardpakket via de kabel en de ontvangst van een (digitaal) RTV standaardpakket met een gebruikmaking van een systeem van voorwaardelijke toegang niet terecht is, aangezien de digitale signalen van het standaardpakket bij de meeste aanbieders tezamen met de analoge signalen in één pakket worden doorgegeven. Bovendien verwacht de NMa dat gedurende de beoogde reguleringsperiode de drempels om het digitale standaardpakket te ontvangen (dit zijn bij de meeste aanbieders alleen de kosten van een decoder) zullen verminderen. OPTA kan zich niet vinden in deze opmerkingen van NMa, met name aangezien OPTA van mening is dat de aanschaf van een of meerdere decoders voor een grote groep eindgebruikers een toetredingsdrempel blijft, het

feit dat in het geval het digitale pakket 'gratis' wordt aangeboden nog wel een significant bedrag per maand voor de decoder betaald dient te worden en de overige kabelexploitanten een aanvullend bedrag per maand vragen om ten minste één pakket te ontvangen met gebruikmaking van een systeem van voorwaardelijke toegang. Er is derhalve nog geen sprake van de situatie dat het analoge pakket überhaupt niet meer wordt aangeboden, dan wel niet meer los zal worden aangeboden (in die zin dat altijd naast het analoge pakket tevens een decoder zal moeten worden afgenomen).

Ongeacht welke marktafbakening wordt gekozen (analoog en digitaal RTV standaardpakket via de kabel in één markt of in twee separate productmarkten), is KPN van mening dat het gratis aanbieden van digitale RTV-pakketten via de kabel door OPTA in haar definitieve besluiten dient te worden geadresseerd. Zoals eerder is opgemerkt door KPN in deze schriftelijke bijdrage, ontbreekt een kader op basis waarvan OPTA kan toezien op de toelaatbaarheid van horizontale bundels waarbij de AMM-dienst van de kabelexploitant (in casu analoge omroep) is betrokken. Het ontbreken van een dergelijk kader wreekt zich nu reeds met betrekking tot de bundeling van het analoge RTV standaardpakket met een gratis digitaal RTV standaardpakket dat door een aantal kabelexploitanten wordt toegepast. Een dergelijke bundel dient als ontoelaatbare koppelverkoop te worden beschouwd. Juist op dit punt is er derhalve een acute noodzaak om een dergelijk kader voor de kabelexploitanten te ontwikkelen, aangezien anders de kabelexploitanten de vrije hand hebben om hun marktmacht over te hevelen van de analoge RTV standaardpakket naar het digitale RTV standaardpakket en zodoende de markt voor digitale omroepdiensten naar zich toe kunnen trekken. Dit belemmert de ontwikkeling en toetreding van concurrentie die in de toekomst (mogelijkerwijs) uit zou kunnen gaan van IPTV, satelliet en Digitale TV van KPN.

7. Onderzoek NMa naar Casema en UPC

KPN verwijst naar de brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 27 oktober 2004 inzake planning OPTA marktanalyse van de omroepmarkt en planning onderzoek NMa naar tarieven UPC en Casema¹². In de brief refereert de Minister van Economische Zaken naast de marktanalyse van OPTA tevens aan een diepgaand onderzoek van de NMa naar Casema en UPC dat in april 2004 is gestart en naar verwachting in april 2005 afgerond zal zijn. De Minister van Economische Zaken stelt vervolgens (citaat): *"Als er dan sprake blijkt te zijn van een overtreding van de Mededingingswet, leidt dit tot een sanctiefase. In dat geval worden de resultaten naar buiten toe bekend bij publicatie van het sanctiebesluit."*

KPN vraagt zich af of het diepgaande onderzoek van de NMa naar Casema en UPC inmiddels tot resultaten heeft geleid, of dat uit het feit dat de NMa tot op heden geen informatie en/of besluit naar buiten heeft gebracht (de deadline van april 2005 is reeds gepasseerd), moet worden

¹² Brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 27 oktober 2004, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2004-2005, 27088, nummer 41.

geconcludeerd dat er geen sprake is (geweest) van overtredingen van de Mededingingswet. Meer in het algemeen vraagt KPN zich af op welke wijze het onderzoek van de NMa zich verhoudt tot de ontwerpbesluiten inzake de markten voor de doorgifte en ontvangst van omroepsignalen van de OPTA en of, en zo ja op welke wijze de bevindingen van de NMa naar aanleiding van haar diepgaand onderzoek naar UPC en Casema bij de totstandkoming van de ontwerpbesluiten van OPTA zijn betrokken.

Vooralsnog is KPN van mening dat het onaannemelijk is dat de NMa geen excessieve tarieven voor het analoge RTV standaardpakket via de kabel zal vaststellen. Ten eerste heeft de NMa reeds in het jaar 2003 een uitvoerig onderzoek gedaan naar de tarieven die Casema hanteerde in de gemeenten Voorburg, Wassenaar en Breda¹³. Toentertijd was de dg NMa van mening dat (citaat): "(...) *het door Casema gerealiseerde rendement (...) boven het normrendement van 9% (op RTV-pakketten) ligt.*" Dit gold ook voor de jaren 2001 en 2002. De dg NMa stelde toentertijd echter geen misbruik vast, aangezien op basis van de vastrechtmethodiek het rendement niet boven de 9% uitkwam. De gemiddelde tarieven van de kabelexploatanten zijn sinds dat tijdstip echter fors gestegen. Dit wordt ook door OPTA onderkend¹⁴. Op basis van deze cijfers, alsmede de eerdere bevindingen van de NMa is het op voorhand derhalve aannemelijk dat er sprake is excessieve tarieven die misbruik van een machtspositie opleveren. Deze bevindingen zouden aansluiten bij de bevindingen van OPTA die als mogelijk mededingingsproblemen het optreden van excessieve wholesale en retailtarieven noemt.

8. Benchmark met andere EU lidstaten

Een viertal andere lidstaten heeft inmiddels haar ontwerpbesluiten inzake markt 18 bij de Europese Commissie genotificeerd. Dit betreft het Verenigd Koninkrijk, Finland, Oostenrijk en Ierland. In geen van deze lidstaten zijn kabelexploatanten aangewezen als dominante marktpartij. Dit, met name in het geval van Ierland en Finland, op basis van het feit dat zogenaamde 'must carry' verplichtingen van toepassing zijn op de kabelnetwerken, alsmede de inkoopmacht van de programma aanbieder ten opzichte van de kabelexploitant¹⁵.

Het feit dat in deze vier lidstaten de kabelexploatanten niet zijn aangewezen als dominante marktpartij, heeft geen precedentwerking voor de situatie in Nederland. Ten eerste is de kabelpenetratie in deze vier lidstaten significant lager dan in Nederland; in alle vier de lidstaten is de aanbieder van analoge terrestriële (aardse) omroep aangewezen als dominante marktpartij op de relevante wholesale markt. In Nederland is het marktaandeel van analoge terrestriële (aardse)

¹³ Besluit dg NMa d.d. 12 juni 2003 in zaak 1793 gemeente Voorburg, gemeente Wassenaar en de heer Melissen vs. Casema.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld overweging 148 in het ontwerpbesluit UPC (citaat): "*In 2001 was het gemiddelde tarief voor het standaardpakket nog € 10,32 terwijl dat in 2004 gemiddeld € 13,62 was, een stijging van 32% in een tijdspanne van een kleine drie jaar.*" Voor 2005 komt OPTA in haar ontwerpbesluiten tot een gemiddeld tarief voor de grootste vijf kabelexploatanten van € 15,16.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld het Besluit van de Europese Commissie d.d. 14 juli 2004 inzake de Finse markten voor RTV transmissiediensten (citaat): "*The exclusion is based on must-carry obligations and on the limited negotiating power of cable operators.*"

omroep echter zeer gering (60.000 huishoudens in 2002), zeker in vergelijking met de kabelpenetratie van 94%. Dit is ook door OPTA in haar ontwerpbesluiten aangegeven.

Gezien de veel lagere kabelpenetratie in andere EU lidstaten is het niet verrassend dat programma aanbieders in deze landen ten opzichte van de kabelexploitanten inkoopmacht kunnen uitoefenen en de kabelexploitanten als niet-dominante marktpartij niet onderhevig zijn aan ex ante regulering. Ook OPTA heeft het argument van inkoopmacht in zijn marktanalyses betrokken, met name op het punt dat kleinere kabelexploitanten niet dominant zijn op de wholesale markt voor kabeltoegang, aangezien zij gedisciplineerd worden door de inkoopmacht van de programma aanbieders. De programma aanbieders kunnen echter geen inkoopmacht uitoefenen ten opzichte van de vijf grote kabelexploitanten (UPC, Casema, Essent, Multikabel en Delta).

De conclusie luidt dan ook dat de omroepmarkten in verschillende EU lidstaten in hoge mate van elkaar verschillen voor wat betreft marktaandeel en marktpenetratie van de verschillende transmissie technieken. Het feit dat kabel niet dominant is in een aantal EU lidstaten, impliceert niet dat dit ook voor Nederland het geval zou moeten zijn. Integendeel, dominantie van kabelexploitanten in Nederland staat onomstotelijk vast zoals ook door de NMa is geadviseerd en geconcludeerd¹⁶.

Daarnaast wordt door de EU lidstaten de 'must carry' verplichting op verschillende wijze ingevuld. Ook hier is de situatie in andere EU lidstaten niet automatisch één op één te vertalen naar Nederland. Regulering van het 'must carry' pakket in Nederland is op dit moment een onvoldoende instrument om potentiële mededingingsproblemen die voortvloeien uit de dominante positie van kabelexploitanten te mitigeren. Ten eerste ziet de 'must carry' verplichting in Nederland niet toe op het gehele standaardpakket dat door de kabelexploitant wordt aangeboden, maar slechts op een zeer beperkt onderdeel daarvan. Ten tweede is er op dit moment geen prijsmaatregel van kracht op basis waarvan de eindgebruikerstarieven van het 'must carry' pakket worden gereguleerd, maar alleen een opsomming van de specifieke programma's die onderdeel moeten uitmaken van het 'must carry' pakket. Tenslotte heeft de uitspraak van de rechter in de zogenaamde "Bollenstreek zaak" ertoe geleid dat kabelexploitanten van het programmaraadadvies kunnen afwijken indien een commerciële omroep, om wat voor redenen dan ook, geen toestemming geeft zijn programma op te nemen in het wettelijk minimumpakket¹⁷. Dit impliceert dat de huidige 'must carry' verplichting zoals die nu in Nederland van kracht is, geen voldoende soelaas biedt om alle potentiële mededingingsproblemen te remediëren die samenhangen met de dominante positie van de kabelexploitanten.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Besluit dg NMa d.d. 12 juni 2003 in zaak 1793 gemeente Voorburg, gemeente Wassenaar en de heer Melissen vs. Casema, alsmede advies van de dg NMa d.d. 4 mei 2005 inzake advies ontwerpbesluit UPC.

¹⁷ Uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in hoger beroep d.d. 28 juli 2004, zaaknummer 200400154. Zie ook de brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 19 mei 2005, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2004-2005, 26 643, 27088, nr. 62.

Bijlage 1 Rapport van het ECRI/SEOR van de Erasmus Universiteit Rotterdam,
"Toegangsverplichtingen in de markt voor kabel TV" d.d. 20 juni 2005

OPENBARE VERSIE

Bijlage 2 Rapport van Stratix d.d. 20 juni 2005 "Vast recht op de kabel"