

UPC Nederland
Postbus 80900
1005 DA AMSTERDAM

Bezoekadres
Kabelweg 51
1014 BA AMSTERDAM
T 020-7755152
F 020-7756760
E yschers@upc.nl
I www.upc.nl

Postbank 845745
BTW nr. 8058.45.549.B.01

College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
t.a.v. de heer Mr R.J. Kolthek
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG

BEZORGEN MET HANDTEKENING RETOUR



Amsterdam, 24 augustus 2005

Betreft: Niet-vertrouwelijke versie Reactie UPC Nederland op ontwerp-besluit MA Omroep

Geachte heer Kolthek,

Aansluitend op uw brief van 11 augustus jl. en mijn brief van 16 augustus jl. gaat hierbij de door u verzochte niet-vertrouwelijke versie van de bedenkingen, inclusief bijlagen, van UPC Nederland B.V. ("UPC Nederland") op de ontwerpbesluiten marktanalyse omroep.

In de niet-vertrouwelijke versie heeft UPC Nederland die passages (en pagina's) als vertrouwelijk aangemerkt die als bedrijfsvertrouwelijk moeten worden beschouwd in de zin van artikel 10, lid 1 sub c Wob, waaronder mede begrepen concurrentiegevoelige gegevens die inzicht geven in strategische belangen en voorgenomen ontwikkelingen, haar commerciële beleid en interne bedrijfsvoering. Openbaarmaking van deze gegevens kan de belangen van UPC Nederland schaden.

Indien u hieromtrent nadere vragen of opmerkingen heeft, verzoek ik u contact op te nemen met ondergetekende, dan wel de heer Mr B.J.M. van Zeeland, Senior Legal Counsel (020 77 55 155).

Met vriendelijke groet,
UPC Nederland,

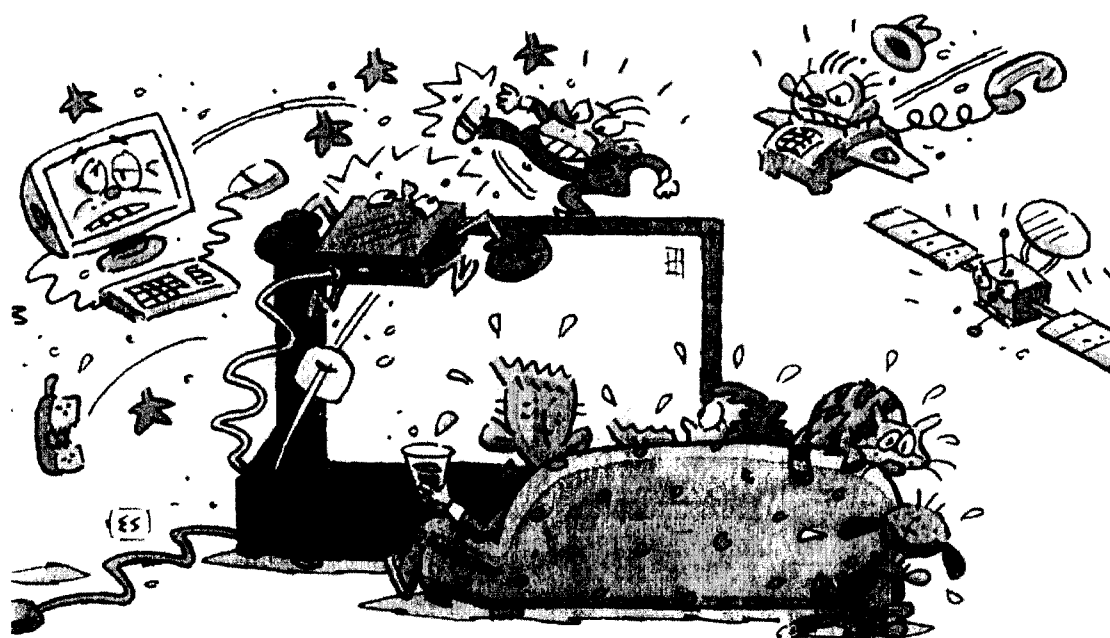
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Yvonne Schers', is written over a faint, circular official stamp.

Yvonne Schers
VP Legal Affairs & General Counsel

Bijlagen.

Blad1/1

REACTIE UPC NEDERLAND OP HET ONTWERP-BESLUIT VAN OPTA
INZAKE DE MARKTEN VOOR DOORGIFTE EN ONTVANGST VAN OMROEPSIGNALLEN



"WHO IS GOING TO WIN THE LIVING ROOM WARS?"
(UIT: WALL STREET JOURNAL EUROPE, 29 APRIL 2005)

I. INLEIDING

1. De afbeelding op de voorzijde van deze reactie is afkomstig uit de Wall Street Journal Europe van 29 april 2005, samen met de volgende tekst:

"Welcome to Ground Zero of the information revolution: the living room. It's the key battleground in what promises to be one of the most bruising – and important – global corporate fights in the next couple of years. Telephone giants, cable titans, computer companies and consumer-electronics makers are all vying to provide the next generation of high-tech entertainment – a single network of gadgets that lets you view photos, listen to music, record DVDs and tune into whatever TV programs you want to watch, whenever you feel like watching them. This convergence of computing, communications and entertainment has been promised before, only to evaporate because of consumer indifference and technology that wasn't ready for prime time. But now the pieces are finally coming together. And corporations are scrambling to make sure they aren't left behind." (het volledige artikel is bijgevoegd als BIJLAGE 1)

2. Een kopie van het volledige artikel is bij deze reactie gevoegd als bijlage 1. Er is een groot contrast tussen de dynamiek die uit het artikel spreekt en de dogmatische analyse in het ontwerp-besluit van OPTA. De informatierevolutie die zich thans aan het afspelen is lijkt aan OPTA voorbij te zijn gegaan.
3. Onderdeel van deze revolutie is dat de bestaande infrastructuren (coax- en glasvezelkabels, telecommunicatie-infrastructuur, satelliet en ether), die traditioneel zijn gebruikt voor de doorgifte van een bepaald soort informatie of een bepaald soort verkeer (kabel: rtv-programma's; telecommunicatie-infrastructuur: telefonie en datacommunicatie; satelliet: rtv-programma's; en ether: rtv-programma's en mobiele telefonie), zich aan het ontwikkelen zijn tot concurrerende distributienetwerken voor de verspreiding van entertainment-, communicatie- en informatiediensten in brede zin.
4. Deze convergentie wordt gedreven door digitalisering en compressietechnieken. Door technologische vernieuwingen zijn alle genoemde infrastructuren in beginsel geschikt te maken voor de twee-weg-distributie van dezelfde (digitale) signalen, en kan steeds meer informatie via deze infrastructuren worden doorgegeven. De coaxkabel, die traditioneel wordt gebruikt voor de doorgifte van analoge radio- en televisieprogramma's, is in het merendeel van Nederland geschikt gemaakt voor twee-weg-distributie van digitale signalen (telefoon, internet en digitale televisie). Voorts is de distributie van televisiesignalen via breedband internet in opkomst. Met gebruikmaking van het Internet Protocol kunnen video en spraak naast data via breedband internet worden doorgegeven (TV over IP, voice over IP). Naast de kabel is ook de bestaande telecommunicatie-infrastructuur door gebruik van xDSL-technieken geschikt voor het aanbieden van breedband diensten, waaronder *streaming* audio en video. De satelliet is eveneens geschikt voor distributie van digitale signalen. Thans is ook distributie van digitale signalen via de ether door gebruik van de DVB-T-techniek mogelijk. De invoering van UMTS zal leiden tot een aanzienlijke uitbreiding van de mogelijkheden van mobiele telefonie (UMTS heeft een veel grotere bandbreedte dan de huidige GSM-netwerken, waardoor de verspreiding van videobeelden en andere data die veel bandbreedte nodig hebben via mobiele telefoons mogelijk wordt).
5. Deze technologische vernieuwingen hebben tot gevolg dat exploitanten van een bepaalde infrastructuur niet meer gebonden zijn aan het traditioneel over een bepaalde infrastructuur aangeboden dienstenpakket. Exploitanten van ether- en kabelinfrastructuur begeven zich steeds meer

op het terrein dat traditioneel voorbehouden was aan de telecommunicatiebedrijven, en omgekeerd. Zo bieden exploitanten van kabelinfrastructuur thans telefonie-, datatransmissie- en internettoegangsdiensten aan. Telecommunicatiebedrijven worden op hun beurt actief op het gebied van de distributie van radio- en televisieprogramma's. Deze ontwikkeling wordt versneld doordat de inkomsten van telecommunicatiebedrijven uit het vaste net teruglopen. Telecommunicatiebedrijven zoals KPN worden daardoor gedwongen om uit te zien naar andere mogelijkheden voor de exploitatie van het vaste net, zoals IPTV.

6. Deze ontwikkelingen gaan hand in hand met de convergentie van het aanbod. Illustratief is de vervaging van de grenzen tussen omroep en internet. Op het gebied van randapparatuur vindt eveneens een integratie plaats, waarbij verschillende vormen van digitale informatie in principe door alle randapparaten kunnen worden gelezen. In dit verband kan worden gewezen op de ontwikkelingen op het gebied van de integratie van PC en TV en de opkomst van de DVD, compressietechnieken als MPEG2 en MPEG4, en "streaming" media formatten, bestaande populaire IPTV-toepassingen zoals die te vinden zijn op websites als www.omroep.nl en www.uitzendinggemist.nl.
7. Van al deze ontwikkelingen is weinig of niets terug te vinden in de analyse van OPTA. OPTA houdt vast aan de traditionele scheiding tussen de verschillende infrastructuren en beschouwt de satelliet, de digitale ether en xDSL-netwerken niet eens als potentiële concurrent van de kabel.
8. Een andere ontwikkeling waar OPTA in haar analyse aan voorbij is gegaan is de *triple play* concurrentie: gebundelde aanbiedingen van telefonie, breedband internet en televisie. De grote kabelexploitanten en de meeste telecommunicatiebedrijven bieden thans dergelijke *triple play* pakketten aan. Die *triple play* aanbiedingen van de kabelexploitanten hebben de telecommunicatiebedrijven ertoe aangezet hun aanbod uit te breiden met televisie via de digitale ether en IPTV. Dit geeft een geheel nieuwe dimensie aan de concurrentie, doordat aanbieders die van oudsher een sterke positie hebben in het aanbod van één van deze diensten (kabel: omroep, telecommunicatiebedrijven: telefonie) niet alleen te maken krijgen met concurrentie van nieuwe aanbieders van deze diensten, maar in de concurrentiestrijd ook rekening moeten houden met het aanbod van andere diensten waar concurrerende aanbieders traditioneel sterk in zijn. Zo ondervinden kabelexploitanten niet alleen de disciplinerende werking van concurrerende aanbiedingen van omroepdiensten van telecommunicatiebedrijven als KPN, Versatel, Wanadoo en anderen, maar moeten zij in de prijsstelling van hun *triple play* aanbiedingen ook rekening houden met de prijzen die deze bedrijven rekenen voor internet en telefonie, waar deze bedrijven van oudsher een sterke positie innemen. Deze *triple play* dimensie zorgt ervoor dat marktmacht in een van deze diensten niet slechts wordt beperkt door toenemende concurrentie in het aanbod van die diensten, maar ook wordt gecompenseerd door marktmacht van aanbieders van andere diensten. Als OPTA afzonderlijke diensten aan *ex ante* regulering gaat onderwerpen zonder met deze dimensie rekening te houden, kan dat gemakkelijk tot gevolg hebben dat *ex ante* verplichtingen worden opgelegd zonder dat daar enige noodzaak voor is. Daardoor is geen sprake meer van een gelijk speelveld en wordt de *triple play* concurrentie ondermijnd.
9. Verder mist UPC een op haar verzorgingsgebied toegenomen analyse van de markt. Dat had temeer voor de hand gelegen nu OPTA meent dat de relevante markt zich beperkt tot de doorgifte en ontvangst van radio en televisie binnen het verzorgingsgebied van UPC, en omdat zij zelf van mening is dat er voor verschillende kabelexploitanten verschillende *ex ante* regimes dienen te worden toegepast. Kennelijk is OPTA dus ook van mening dat er verschillen bestaan tussen de relevante regionale (kabel)markten onderling die van invloed zijn op het te nemen besluit. UPC meent dat dit onderscheid onvoldoende tot uiting is gekomen in het ontwerp-besluit. Zo heeft OPTA onvoldoende aandacht besteed aan de volgende UPC-specifieke aspecten:

- De demografie binnen het verzorgingsgebied van UPC, die gekenmerkt wordt door een relatief grote verscheidenheid aan bevolkingsgroepen (veel meer dan bijvoorbeeld een kabelaanbieder met een klein verzorgingsgebied in het oosten van het land). Dit brengt mee dat er binnen het verzorgingsgebied van UPC een relatief grote groep inwoners bestaat die een grote selectie aan buitenlandstalige zenders (via satelliet of kabel) zal verkiezen boven de ontvangst van een standaardpakket met vooral Nederlandstalige zenders.
 - Binnen het verzorgingsgebied van UPC is de concurrentie heviger dan in veel andere regio's in het land. Zo valt het verzorgingsgebied van UPC grotendeels binnen de huidige *footprint* van Digitenne (Randstand en omstreken). Ook blijken veel van de huidige glasvezel-initiatieven binnen het verzorgingsgebied van UPC te liggen (met als belangrijk voorbeeld de gemeente Amsterdam die in mei 2003 besloot in 2010 alle 450.000 huishoudens op een glasvezelnetwerk aan te sluiten). Tenslotte geldt ook voor de aanstaande IPTV-plannen dat die zich in eerste instantie vooral op het verzorgingsgebied van UPC zullen richten, nu zich dit grotendeels in de dichtbevolkte Randstad bevindt waar ook de huidige ADSL-penetratie het hoogst is. Dit wordt bevestigd door de "postcode-check" die toekomstige klanten op de website van Versatel kunnen uitvoeren.
10. In het vervolg van deze reactie zal UPC nader op het ontwerp-besluit ingaan. Daarbij wordt steeds eerst een samenvatting gegeven van het standpunt van OPTA, en wordt in de paragrafen daarna de reactie daarop van UPC gegeven. Het feit dat OPTA de hiervoor genoemde ontwikkelingen niet heeft betrokken bij haar marktanalyse diskwalificeert deze analyse echter al als basis voor een beslissing omtrent de regulering van deze markt.

II. BEPALING VAN DE RETAILMARKT

Het standpunt van OPTA

11. Teneinde de relevante wholesalemarkt van de retailmarkt af te kunnen leiden, komt OPTA in hoofdstuk 5 van het ontwerp-besluit tot een afbakening van de Nederlandse retailmarkt voor ontvangst van omroeptransmissiesignalen waarbij ontvangst van analoge radio- en televisiesignalen via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC als een afzonderlijke markt wordt gezien, naast (i) een markt binnen het verzorgingsgebied van de kabelexploitant voor ontvangst van radio en televisiesignalen met gebruikmaking van een systeem voor voorwaardelijke toegang via de kabel, (ii) een nationale markt voor ontvangst van radio- en televisie via de satelliet, en (iii) een nationale markt voor ontvangst van radiosignalen via de ether.

Afbakening retail-markt door OPTA schiet tekort

12. De afbakening door OPTA van de retailmarkt schiet ernstig tekort. De bevindingen van OPTA over de relevante markt zijn nauwelijks gestoeld op marktgegevens en empirisch onderzoek, en zijn onvoldoende toekomstgericht.

Dit is uitvoeriger toegelicht in de hoofdstukken 1 tot en met 3 van het rapport van RBB Economics dat als **BIJLAGE 2** is bijgevoegd ("Economic issues relating to OPTA's assessment of the Dutch retail and wholesale broadcasting markets"; hierna: het "RBB Rapport").

13. UPC vindt het onbegrijpelijk dat OPTA KPN TV/Digitenne niet als een substituut van de kabel beschouwt. Dat KPN hier zelf anders over denkt, blijkt uit haar nieuwste reclame campagne, waarin KPN TV opnieuw en uitdrukkelijk als alternatief voor de kabel wordt neergezet. Reclame materiaal van de concurrentie is bijgevoegd als **BIJLAGE 3**.
14. Ook stapt OPTA veel te gemakkelijk heen over de huidige ontwikkelingen op het gebied van IPTV. De zeer succesvolle uitrol van die dienst in andere Europese landen zoals Frankrijk, Italië en (binnenkort) België vormt een zeer sterke indicatie dat de aangekondigde introductie van IPTV over ADSL2+ op korte termijn in Nederland ook een zeer grote vlucht zal nemen.
15. Bovendien zijn er op dit moment al succesvolle toepassingen van IPTV op de Nederlandse markt die een zeer wezenlijke invloed hebben op de manier waarop het Nederlandse publiek televisie en radio-signalen tot zich neemt.

Nagenoeg alle radio-programma's die UPC door pleegt te geven in haar standaardpakket, zijn ook via internet te beluisteren in digitale kwaliteit. Ook veel televisieprogramma's zijn reeds via internet te zien; voorbeelden zijn populaire Nederlandse sites als uitzendinggemist.nl, omroep.nl, nosnieuws.nl, etc. Via ADSL van KPN kan worden gekeken en geluisterd naar o.a. films, muziek (MTV Live) en sport.
16. De redenen die OPTA aanvoert om aan IPTV voorbij te kunnen gaan, zijn ondeugdelijk en getuigen van een onvoldoende toekomstgerichte blik. Zo stelt OPTA (ontwerp-besluit, 120) dat er sprake is van onzekerheid over de nieuwe techniek en de onderhandelingen met programma-aanbieders. De huidige ontwikkelingen in het buitenland tonen echter aan dat deze zorg misplaatst is. Niet alleen blijkt daaruit dat het gebruik van xDSL-technologie toereikend is voor een volwaardig digitaal video-aanbod, maar ook dat publieke en commerciële zenders daar wel degelijk deel uitmaken van het programma aanbod. Kennelijk achten programma-aanbieders het in hun eigen belang dat hun programma's ook via deze nieuwe infrastructuur wordt doorgegeven. Van belang daarbij is dat het (bijvoorbeeld op de Belgische markt) ten dele gaat om dezelfde programma-aanbieders die op de Nederlandse markt actief zijn (zoals SBS). Ook de verwijzing naar het standpunt van de Europese Commissie en andere NRAs kan geen gewicht in de schaal leggen. Voor de Aanbeveling van de Europese Commissie geldt dat hierin slechts een zeer algemene, preliminaire uitspraak wordt gedaan over IPTV, die bovendien inmiddels bijna 2,5 jaar oud is. Dit ontslaat OPTA dus niet van de verplichting om de (huidige en toekomstige) ontwikkelingen op het gebied van IPTV in Nederland te onderzoeken. De bevindingen van andere NRAs over hun eigen lidstaten missen al helemaal relevantie, temeer nu deze niet de landen betreffen waar IPTV al op grote schaal wordt aangeboden (waar dat in Nederland wel op afzienbare termijn het geval zal zijn).
17. Ook ontbreekt in het ontwerp-besluit een gedegen analyse van de concurrerende aanbiedingen die op dit moment gedaan worden op de markt.
18. Voor wat betreft het aanbod van radio en televisie via satelliet, is OPTA bijvoorbeeld helemaal voorbij gegaan aan *free-to-air* ontvangst (zoals dat bijvoorbeeld via de ASTRA satelliet kan worden ontvangen¹). Dat het Nederlandstalige televisie-aanbod daar niet toe behoort, doet er niet aan af dat dit voor veel inwoners van het UPC gebied een aantrekkelijk alternatief voor de kabel vormt. Enerzijds zijn de eenmalige kosten (ontvanger en settopbox) hiervoor lager (reeds vanaf EUR 150), anderzijds bestaat binnen het verzorgingsgebied van UPC een relatief grote groep inwoners die een grote selectie

¹ Zie voor meer informatie de website van ASTRA: www.ses-astra.com/market/nederland/

aan buitenlandstalige zenders (via satelliet of kabel) zal verkiezen boven de ontvangst van een standaardpakket met vooral Nederlandstalige zenders.

19. Maar ook voor het aanbod van CanalDigitaal (dat wel alle populaire Nederlandstalige zenders omvat) geldt dat dit als aantrekkelijk alternatief voor de kabel wordt gezien.

UPC verwijst naar het recente vergelijkende onderzoek van de Consumentenbond (BIJLAGE 4), waarin CanalDigitaal qua prijs en kwaliteit als beste uit de bus kwam.

20. Mede omdat zij *free-to-air* satelliet als alternatief niet eens in beschouwing neemt, komt OPTA tot een verkeerde analyse van overstapkosten. Deze blijken in de praktijk geen belemmering te vormen, terwijl de consument zich een zeer goed beeld kan vormen van die kosten en de termijn waarbinnen die kunnen worden terugverdiend.

Websites zoals www.digitelevisie.nl en www.vergelijkdigitv.nl bieden de consument een vergelijking van aanbieders als CanalDigitaal, Digitenne, KPN TV en de kabel, die dus vanuit de klant bezien wel degelijk substituten vormen. Daarbij wordt precies voorgerekend wat de eenmalige kosten zijn en hoe snel die worden terugverdiend. Overigens heeft ook de Consumentenbond dat gedaan in haar onderzoek, waarbij zij tot de conclusie kwam dat satelliet, met inbegrip van de overstapkosten, het goedkoopste alternatief is.

21. Als BIJLAGE 5 is een overzicht opgenomen van de kosten van de aanschaf van een satellietabonnement in verschillende Europese landen. Dit overzicht maakt duidelijk dat de eenmalige kosten bij het aanbod van CanalDigitaal veel hoger liggen dan bij vergelijkbare aanbiedingen in het buitenland (en ook dan de eenmalige kosten voor *free-to-air* satelliet in Nederland). Dit vormt een sterke indicatie dat de relatief hoge eenmalige kosten van CanalDigitaal voortvloeien uit haar bedrijfsmodel dat zal zijn bepaald door de concurrentiële omstandigheden op de Nederlandse markt. Er lijkt in elk geval geen technische noodzaak aanwezig (bijvoorbeeld prijzen van hardware fabrikanten) waarom die eenmalige kosten op het niveau van CanalDigitaal zouden moeten liggen (en niet in de toekomst zouden kunnen dalen als CanalDigitaal zou menen dat haar aanbod daardoor aantrekkelijker zou worden).

22. Ook vanuit economisch perspectief valt er het nodige af te dingen op de analyse door OPTA van de vraag of eenmalige kosten bij andere aanbieders een overstapdrempel vormen die de concurrentie hindert.

Zie over het onderwerp van overstapkosten nader § 3.1.3 van het RBB Rapport.

23. Verder is er door OPTA onvoldoende aandacht besteed aan recente *triple* en *multiplay play* aanbiedingen als die van Scarlet². Van dergelijke aanbiedingen gaat een prijsdisciplinerend effect uit, terwijl daardoor bovendien vaak overstapkosten worden verlaagd, omdat concurrerende aanbieders van triple-play bereid zijn randapparatuur (settopbox) te subsidiëren.

24. Het gebrek aan marktgegevens en empirische onderbouwing wordt in het ontwerp-besluit naar het oordeel van UPC overgecompenseerd door een te zwaar beroep op de zgn. SSNIP-test. Toepassing van

² Scarlet biedt telefonie, breedbandinternet, mobiele telefonie en televisie vanaf € 47,40 per maand en heeft in korte tijd een groot aantal klanten geworven.

deze test kent in zijn algemeenheid de nodige problemen, terwijl er in dit specifieke geval nog aanvullende argumenten zijn waarom de SSNIP-test maar van beperkte betekenis kan worden geacht. Afbakening van de markt zou zeker niet louter op de SSNIP-test gebaseerd moeten worden, zoals OPTA in het ontwerp-besluit in wezen doet.

Zie over de SSNIP-test § 3.1.2 van het RBB Rapport.

25. Verder laat OPTA na een onderscheid te maken tussen vrij toegankelijke televisie enerzijds en betaaltelevisie anderzijds. De Europese Commissie en de NMa hebben in verschillende besluiten met betrekking tot de sector dit onderscheid wél gemaakt (zie voor verwijzingen naar deze besluiten de reactie van de NMa op het ontwerp-besluit van 4 mei 2005). In plaats daarvan maakt OPTA een onderscheid tussen de ontvangst van analoge signalen en de ontvangst van signalen met gebruikmaking van een systeem van voorwaardelijke toegang. Voor de analyse van de concurrentie is dit onderscheid niet goed bruikbaar, omdat analoge en digitale televisiesignalen vaak samen worden doorgegeven en hier dus niet *per se* sprake is van twee verschillende producten. Ook miskent OPTA aldus dat een digitale decoder niet noodzakelijkerwijs als systeem van voorwaardelijke toegang behoeft te functioneren.

III. BEPALING VAN DE RELEVANTE WHOLESAMARKTEN

Het standpunt van OPTA

26. Vervolgens leidt OPTA in het ontwerp-besluit de relevante wholesalemakten af van de (verkeerd afgebakende) retailmarkt. Dit voert OPTA tot de conclusie dat er (net als op de retailmarkt) een aparte wholesalemakten zou zijn voor doorgifte van televisiesignalen via de kabel. Deze conclusie is gebaseerd op het uitgangspunt dat de programma-aanbieder behoefte heeft aan een zo groot mogelijk bereik. De kabel heeft een nationale penetratie van meer dan 90% en is daarom volgens OPTA cruciaal voor programma-aanbieders die streven naar een zo groot mogelijk bereik. OPTA maakt daarbij geen onderscheid naar type programma-aanbieder (ontwerp-besluit, 214 t/m 216).
27. In tegenstelling tot het retailniveau maakt OPTA op wholesaleniveau geen onderscheid tussen analoge en digitale doorgifte (ontwerp-besluit, 221).
28. OPTA stelt vast dat een kabelexploitant op de aldus afgebakende wholesalemakten zowel de rol kan vervullen van aanbieder van infrastructuur met behulp waarvan programma-aanbieders de eindgebruiker kunnen bereiken, als de rol van packager die programma-aanbieders toelaat tot het analoge standaardpakket of het digitale pluspakket dat hij aan de eindgebruikers aanbiedt. Omdat OPTA's bevoegdheden zich beperken tot de "transmissiemakten" waarop de kabelexploitant als infrastructuraanbieder optreedt, laat OPTA de "pakketmakten" buiten beschouwing.
29. In geografisch opzicht valt de makten voor de doorgifte van televisiesignalen via de kabel volgens OPTA samen met de verzorgingsgebieden van de kabelexploitanten. Ook voor radiosignalen onderscheidt OPTA een aparte makten voor doorgifte via de kabel, op grond van een vergelijkbare redenering.
30. OPTA onderscheidt ook een wholesalemakten voor de doorgifte van televisiesignalen via de satelliet, en wholesalemakten voor de doorgifte van radiosignalen via de (analoge) ether en de satelliet, maar deze blijven in het ontwerp-besluit verder buiten beschouwing. Digitale doorgifte via de ether en doorgifte

via DSL komen in het ontwerp-besluit bij de bespreking van de wholesalemakten in het geheel niet aan de orde.

De markt bezien vanuit de vraag van de programma-aanbieders

31. OPTA neemt bij haar afbakening van de productmarkt de programma-aanbieders als uitgangspunt. Zij heeft echter niet onderzocht waar programma-aanbieders behoefte aan hebben. Om dat te kunnen vaststellen moeten tenminste drie verschillende soorten programma-aanbieders worden onderscheiden:
- (i) Programma-aanbieders met een bedrijfsmodel gebaseerd op advertentie-inkomsten. Tot deze categorie behoren de commerciële programma-aanbieders en de publieke omroepen die in de standaardpakketten van de kabelexploitanten, Digitenne en CanalDigitaal (en binnenkort xDSL-aanbieders) worden doorgegeven.
 - (ii) Programma-aanbieders met een bedrijfsmodel dat deels op advertentie-inkomsten en deels op vergoedingen van de distributeur (kabelexploitant, Digitenne, CanalDigitaal en binnenkort xDSL-aanbieders) is gebaseerd. Tot deze categorie behoren voornamelijk thematische kanalen, die met advertenties onvoldoende inkomsten genereren en in aanvulling daarop een vergoeding van de distributeur vragen.
 - (iii) Programma-aanbieders met een bedrijfsmodel dat is gebaseerd op abonnementsinkomsten. Tot deze categorie behoren aanbieders van premium content die zoveel waarde heeft dat de consument bereid is er afzonderlijk voor te betalen, zoals premium films en sport (met name voetbal).
32. Programma-aanbieders behorend tot de eerste van deze drie categorieën hebben er geen behoefte aan om de infrastructuur van de kabelexploitant te gebruiken om zelf hun product aan de eindgebruiker aan te bieden. Dat zou betekenen dat zij een eigen voorwaardelijk toegangssysteem en een eigen klantenbestand zouden moeten opbouwen. Dat past volstrekt niet in hun bedrijfsmodel, dat is gebaseerd op advertentie-inkomsten en dus op een zo groot mogelijk bereik van hun programma's. Dat kunnen zij alleen realiseren als zij in het pakket worden opgenomen van distributeurs die reeds een klantenbestand hebben opgebouwd: de kabelexploitanten, Digitenne, CanalDigitaal en binnenkort xDSL-aanbieders. Bovendien zouden deze programma-aanbieders zeer aanzienlijke kosten moeten maken voor het opbouwen van een eigen voorwaardelijk toegangssysteem, die in hun bedrijfsmodel niet te rechtvaardigen zouden zijn.
33. Programma-aanbieders behorend tot de tweede categorie zullen evenmin behoefte hebben aan het gebruik van de infrastructuur van de kabelexploitant om hun programma's zelf aan de eindgebruiker door te geven. Daardoor zouden zij behalve advertentie-inkomsten ook de bijdragen van de kabelexploitant mislopen.
34. Een voorbeeld van een programma-aanbieder behorend tot de derde categorie is Canal+ Nederland ("Canal+"). In het verleden heeft Canal+ geopereerd als een volledig verticaal geïntegreerde onderneming, met eigen content en een eigen klantenbestand, waaraan zij haar content zowel via de kabel als via de satelliet leverde. Daartoe kocht Canal+ transmissiecapaciteit in bij kabelexploitanten. Canal+ is daarmee begonnen op een tijdstip waarop de kabelexploitanten nog geen eigen voorwaardelijke toegangssystemen hadden. Dit bedrijfsmodel is nooit succesvol geweest: Canal+ heeft altijd verlies geleden en in vergelijking met het buitenland slechts een klein abonneestand kunnen opbouwen. En dat komt niet omdat zij door de kabelexploitanten is tegengewerkt, zoals OPTA in haar ontwerp-besluit suggereert. Integendeel: de tarieven die de kabelexploitanten aan Canal+ in rekening

brachten, hebben lange tijd ruim onder de door OPTA vastgestelde kostengeoriënteerde tarieven gelegen, zodat de kabelexploitanten Canal+ in feite hebben gesubsidieerd.

35. Canal+ heeft dit bedrijfsmodel inmiddels verlaten. Canal+ is in de zomer van 2004 door Vivendi verkocht aan private investeerders, die een aanvang hebben gemaakt met de omschakeling naar een bedrijfsmodel waarbij Canal+ haar programma's aanbiedt aan de distributeur en het aan de distributeur overlaat de programma's via de kabel, de satelliet of de ether met behulp van hun eigen voorwaardelijke toegangssystemen aan de eindgebruiker aan te bieden (Nadien is het programmabedrijf van Canal+ overgenomen door UPC. De satellietdistributie is onder de naam CanalDigitaal apart verder gegaan. De overname van Canal+ door UPC moet nog door de NMa worden goedgekeurd, maar zal niet leiden tot een verandering van het bedrijfsmodel ingezet door de huidige eigenaren).
36. Behalve Canal+ is er tot nu toe geen programma-aanbieder in Nederland geweest die toegang heeft gevraagd tot de infrastructuur van kabelexploitanten om zelf programma's aan de eindgebruiker aan te bieden. Van de eerste twee hiervoor genoemde categorieën programma-aanbieders valt een dergelijk verzoek ook niet te verwachten. Het voorbeeld van Canal+ laat zien dat het evenmin waarschijnlijk is dat programma-aanbieders van premium content nog om dergelijke toegang zullen vragen. Waarom zou een programma-aanbieder dat doen en alle kosten maken die nodig zijn voor het opzetten van een eigen voorwaardelijk toegangssysteem, als hij de eindgebruikers kan bereiken via het voorwaardelijke toegangssysteem van de kabelexploitant? Optimaal gebruik van het voorwaardelijke toegangssysteem van de kabelexploitant leidt tot de laagst mogelijke kosten voor programma-aanbieder en kabelexploitant, waarvan uiteindelijk ook de eindgebruikers profiteren. Het exploiteren van meerdere voorwaardelijke toegangssystemen via dezelfde infrastructuur is suboptimaal en inefficiënt.
37. Als programma-aanbieders niettemin premium content rechtstreeks willen aanbieden aan de eindgebruiker, hebben zij de keuze tussen meerdere infrastructuren: de kabel, (digitale) ethertransmissie, de satelliet, xDSL en, op lokaal niveau, FttH-projecten. Aanbieders van *premium content* zijn minder afhankelijk van bereik. Zij hebben er natuurlijk wel belang bij om in zoveel mogelijk huishoudens te kunnen worden doorgegeven. Maar het is onjuist om te denken, zoals OPTA dat blijkens het ontwerp-besluit (317) doet, dat kabelexploitanten ten opzichte van alle programma-aanbieders, dus ook aanbieders van *premium content*, marktmacht ontleen aan het feit dat programma-aanbieders maximaal bereik nodig hebben. Dat geldt niet voor aanbieder van *premium content*, wier bedrijfsmodel vooral op abonnee-inkomsten en niet op advertentie-inkomsten is gebaseerd. Eén en ander is onlangs nog eens aangetoond door Versatel, dat eind 2004 de live rechten van voetbalwedstrijden in de eredivisie heeft verworven. Zij zal deze wedstrijden uitzenden via haar eigen xDSL-netwerk. Daarnaast heeft zij aangekondigd gebruik te zullen maken van de satelliet, maar zij zal deze wedstrijden nationaal verspreiden zonder ergens gebruik te maken van de kabel.
38. Het komt er derhalve op neer dat er van de zijde van de programma-aanbieders nauwelijks interesse zal bestaan in de vorm van toegang die OPTA aan *ex ante* regulering wil onderwerpen. De enige categorie programma-aanbieders die daarin geïnteresseerd zou kunnen zijn, bestaat uit aanbieders van *premium content*, maar deze kunnen kiezen uit meerdere infrastructuren.
39. Het voorgaande geldt in nog sterkere mate geldt voor radioprogramma-aanbieders. Het is ondenkbaar dat een radioprogramma-aanbieder de beschikking zou willen krijgen over capaciteit op de kabel om daarmee zelf programma's aan de eindgebruiker door te gaan geven, via een eigen voorwaardelijk toegangssysteem.

40. Afgezien daarvan hebben radioprogramma-aanbieders, net als televisieprogramma-aanbieders, de keuze tussen meerdere infrastructures. Voor alle radioprogramma-aanbieders die over een etherfrequentie beschikken is de ether een volwaardig alternatief. Alle abonnees van de kabelexploitanten kunnen immers ook via de ether worden bereikt. Voor radioprogramma-aanbieders zonder etherfrequentie is het internet nog een alternatief. Deze laatste vorm van doorgifte wordt in het ontwerp-besluit niet eens genoemd, terwijl het een sterk groeiende vorm van doorgifte is.
41. De geografische markt valt volgens OPTA samen met het verzorgingsgebied van de kabelexploitant, omdat elke televisieprogramma-aanbieder naar maximaal bereik streeft. Deze redenering is niet logisch: omdat programma-aanbieders landelijk willen worden doorgegeven is de geografische markt regionaal? OPTA's redenering staat haaks op de redenering gevolgd door de NMa in verschillende besluiten met betrekking tot concentraties in de kabelsector. In die besluiten heeft de NMa vastgesteld dat de relevante geografische markt, gezien vanuit het perspectief van de programma-aanbieders, nationaal is, omdat de programma-aanbieders – althans de programma-aanbieders die landelijk doorgegeven willen worden en afhankelijk zijn van reclame-inkomsten – behoefte hebben aan een zo groot mogelijke dekking (zie onder meer het besluit van de NMa in zaak 2425 UPC/Newco).
42. Hetzelfde geldt voor de radioprogramma-aanbieders. Voor radioprogramma-aanbieders die streven naar nationaal bereik is de relevante geografische markt nationaal, niet regionaal zoals OPTA in het ontwerp-besluit concludeert.

OPTA's marktanalyse wijkt af van de marktanalyse van andere NRA's en sluit niet aan op het NRK

43. Er zijn tot nu toe vijf andere NRA's die "markt 18" hebben onderzocht: de Ierse, Finse, Zweedse, Britse en Oostenrijkse NRA's. Geen van deze NRA's heeft kabelexploitanten aangewezen als partijen met aanmerkelijke marktmacht op de wholesalemarkt. Daarbij is een belangrijke overweging van al deze NRA's geweest dat er sprake is van aanzienlijke inkoopmacht bij de programma-aanbieders, die nog wordt versterkt door *must carry* verplichtingen. Daaruit blijkt dat deze NRA's uitgegaan zijn van een andere wholesalemarkt dan OPTA. Zoals OPTA zelf vaststelt in het ontwerp-besluit, speelt inkoopmacht geen rol op de door haar gedefinieerde wholesalemarkt (zie ontwerp-besluit, 318). In de door OPTA gedefinieerde markt fungeren zij uitsluitend als aanbieders van infrastructuurcapaciteit. In dat kader zijn de aantrekkelijkheid van de *content* van de programma-aanbieders en eventuele *must carry* verplichtingen niet relevant.
44. De Europese Commissie onderschrijft de analyses van de andere NRA's en gaat dus eveneens uit van een ander soort wholesalemarkt dan OPTA. In het besluit van de Commissie met betrekking tot de analyse van de Ierse NRA stelt de Commissie het volgende:
- "In any event, even if satellite and cable transmission 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 broadcaster's countervailing power, etc."*
45. De verwijzing naar de "broadcaster's countervailing power" bevestigt dat de Commissie uitgaat van een andere markt, waar de inkoopmacht van de programma-aanbieders wél een rol speelt en de kabelexploitanten dus niet louter als infrastructuraanbieders fungeren.
46. De door OPTA gedefinieerde markt sluit ook niet aan bij de definitie van "markt 18" in de Aanbeveling van de Commissie. De definitie van "markt 18" luidt: "omroeptransmissiediensten, voor het leveren van

omroepinhoud aan eindgebruikers". Op de door OPTA gedefinieerde markt leveren de kabelexploitanten geen transmissiediensten, maar stellen zij hun infrastructuur ter beschikking van de programma-aanbieders, die zélf de transmissie van hun programma's verzorgen.

47. OPTA zit met haar wholesalemarkt dus duidelijk op een verkeerd spoor.

IV. DOMINANTIEANALYSE EN POTENTIËLE MEDEDINGINGSPROBLEMEN RETAIL

Het standpunt van OPTA

48. Hoofdstuk 7 van het ontwerp-besluit bevat de analyse van OPTA van de retailmarkt die zij in hoofdstuk 5 verkeerd had afgebakend (namelijk de markt voor ontvangst van radio- en televisiesignalen binnen het verzorgingsgebied van UPC). Op grond van deze analyse komt OPTA na beoordeling van een aantal dominantiecriteria tot het oordeel dat op deze – door OPTA te nauw afgebakende – markt geen sprake is van effectieve concurrentie en dat UPC op deze markt dominant is.

Dominantiecriteria geven geen aanleiding tot aanwijzing UPC

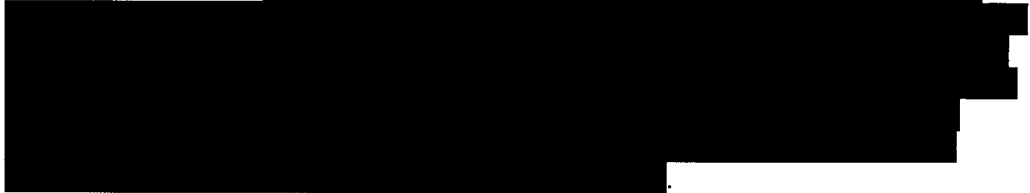
49. In het ontwerp-besluit (259 t/m 272) loopt OPTA een aantal dominantie-criteria af om te concluderen dat deze het oordeel versterken dat er binnen het verzorgingsgebied van UPC geen sprake zou zijn van effectieve concurrentie. Volgens UPC kan in geen van deze criteria aanleiding worden gevonden om UPC als dominante aanbieder te beschouwen:
- *Marktaandeel:* OPTA concludeert dat UPC een marktaandeel heeft van 100 %. Zoals OPTA zelf al aangeeft, komt dit marktaandeel louter voort uit de (verkeerde) marktafbakening, waarbij OPTA zich beperkt tot de markt voor ontvangst van programma's via het netwerk van UPC. Hiervoor is al aangegeven dat deze marktafbakening te nauw is. OPTA had een infrastructuur-neutrale markt moeten afbakenen en ook het marktaandeel van andere concurrerende aanbieders zoals CanalDigitaal, ASTRA, Digitenne en KPN TV moeten meenemen. Bovendien geldt dat in het onderhavige geval niet te veel betekenis moet worden toegekend aan marktaandelen, nu het hier een markt betreft die op dit moment al gekenmerkt wordt door grote dynamiek en in de nabije toekomst nog veel dynamischer zal worden. De huidige marktaandelen, die louter historisch bepaald zijn, vormen daarmee een slechte indicatie voor marktmacht. Nieuwe toetreders als Digitenne en KPN TV moeten in staat worden geacht op relatief korte termijn een groter marktaandeel te veroveren dan zij thans hebben. Noch CanalDigitaal noch Digitenne hebben capaciteitsbeperkingen ten aanzien van de uitbreiding van hun klantenbestand. Vanwege schaalvoordelen en (potentieel) landelijke dekking zullen zij ook een sterke prikkel hebben hun klantenbestand snel uit te breiden: kosten voor de uitrol van het netwerk zijn gemaakt en de enige manier om snel tot een rendabele exploitatie te komen en deze vaste kosten terug te verdienen is door het werven van zoveel mogelijk nieuwe klanten. Het is daarom waarschijnlijk dat het marktaandeel van UPC's concurrenten de komende jaren zeer snel zal toenemen.
 - *Controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur:* OPTA stelt zonder onderbouwing dat UPC beschikt over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur. Opnieuw miskent zij daarbij de technologische ontwikkelingen. In de eerste plaats is sinds 2003 het netwerk van Digitenne van start gegaan. Verder zijn op dit moment zijn verschillende aanbieders (in elk geval KPN, Versatel en Wanadoo) bezig met de uitrol van eigen ADSL2+ infrastructuur, waarmee over het vaste telefonie-netwerk van KPN digitale televisie kan worden geboden

(IPTV). Voor geen van beide netwerken behoeven graafkosten te worden gemaakt. Bovendien zijn er in verschillende gemeenten lokale glasvezelnetten (FttH) gelegd (Nuenen, Rotterdam) of bestaan plannen daartoe (Almere, Amsterdam). Ook deze ontwikkelingen weerspreken de stelling van OPTA dat UPC met haar kabelnet zou beschikken over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur.

- *Het ontbreken van kopersmacht die een tegenwicht kan vormen:* Ook de analyse van kopersmacht schiet tekort. Naast het feit dat eindgebruikers via de (wettelijke) regeling van programmaraden invloed kunnen uitoefenen op de selectie van programma's, moet worden bedacht dat een verlies van zelfs een relatief kleine gedeelte van de abonnees voor UPC sterk nadelige gevolgen kan hebben. De keerzijde van het feit dat de kosten van UPC vooral uit vaste kosten bestaan, is immers dat een relatief klein verlies van klanten kan leiden tot een exploitatietekort.

Eén en ander is toegelicht in § 3.1.2 van het RBB-Rapport.

- *Gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen:* OPTA stelt dat het moederbedrijf van UPC, Liberty Global Inc., beschikt over een goede toegang tot de kapitaalmarkt, en dat dit de positie van UPC ten opzichte van potentiële toetreders zou versterken. Niet valt in te zien hoe UPC in dit opzicht over een betere uitgangspositie zou beschikken dan huidige en toekomstige concurrenten op de Nederlandse markt zoals KPN, Versatel en Wanadoo. De eerste twee bedrijven zijn ook beursgenoteerd. Wanadoo is de dochter van het beursgenoteerde France Télécom, de Franse *incumbent operator*, die dominant is op haar thuismarkt die vele malen groter is dan de Nederlandse markt, en bovendien (via Orange) één van de grootste spelers ter wereld op de zeer lucratieve markt voor mobiele telefonie.



- *Product-/dienstendiversificatie (bijvoorbeeld bundeling van producten of diensten):* Op zichzelf is juist dat UPC naast radio- en televisiepakketten ook telefonie en breedband-internet aanbiedt. Ook hier geldt echter dat de toenemende convergentie ertoe heeft geleid dat UPC zich in dat opzicht niet onderscheidt van haar concurrenten die even goed of beter in staat zijn om hun dienstenaanbod te diversificeren. Dit blijkt alleen al uit het steeds toenemende aanbod van *triple* (en *quadruple*) *play* bundels.
- *Schaalvoordelen:* OPTA gaat er ten onrechte aan voorbij dat de concurrenten van UPC beschikken over nog veel grotere schaalvoordelen. Zoals hiervoor (onder "marktaandeel") al is toegelicht, geldt ook voor Digitenne en CanalDigitaal dat zij grote investeringen hebben gedaan om tot de uitrol van hun netwerk te komen, en dat de productie van hun dienst dus ook gepaard gaat met hoge vaste kosten. Daarbij is noch bij Digitenne, noch bij CanalDigitaal sprake van markttoetreding op kleine schaal: Digitenne bestrijkt met haar netwerk op dit moment al de gehele Randstad (in elk geval het grootste deel van het UPC-verzorgingsgebied), en daarmee het grootste deel van de Nederlandse bevolking, terwijl CanalDigitaal haar diensten in het hele land kan aanbieden. UPC kan dit met haar regionale dekking niet

evenaren. Voor de nieuwe aanbieders van IPTV (Versatel, Wanadoo, KPN) geldt ook dat zij niet of nauwelijks geografische beperkingen kennen: het telefoonnetwerk van KPN biedt al landelijke dekking. Nieuwe aanbieders zijn daarmee volledig vrij en flexibel om die uitrolstrategie te kiezen die het beste aansluit bij hun commerciële doelstellingen. Verder geldt dat deze partijen ook al ervaring hebben opgedaan met het (landelijk) aanbieden van hun diensten via het netwerk van KPN. Het ligt daarom eerder voor de hand dat deze partijen met hun potentieel landelijke dekking een sterk schaalvoordeel genieten ten opzichte van een regionale speler als UPC. *Last but not least* profiteren IPTV/ADSL2+ aanbieders van enorme schaalvoordelen als gevolg van het feit dat de (potentiële) wereldwijde markt voor IP en ADSL-producten (gelet op het aantal telefoonaansluitingen) vele malen groter is dan de markt voor, bijvoorbeeld, digitale kabel. De hardware die vereist is om IPTV via de telefoonlijn te kunnen aanbieden (modems, settopboxes, DVRs) zal daarom (voorzover dat nu reeds niet het geval is) zeer snel veel goedkoper kunnen worden geproduceerd dan de digitale hardware van de kabel.

- *Breedtevoordelen:* Concurrenten van UPC genieten evenzeer breedtevoordelen wanneer zij *triple play* bundels aanbieden. Gedacht kan worden aan relatief goedkopere facturering, klantondersteuning, maar ook aan efficiënter netwerkgebruik, bijvoorbeeld als gevolg van toepassing van VDSL-technologie in combinatie met breedband-internettoegang.
- *Verticale integratie:* Verticale integratie biedt UPC evenmin een voordeel ten opzichte van haar concurrenten. Het voordeel dat UPC geniet als haar overname van Canal+ definitief zou worden, is bijvoorbeeld zeker niet groter dan het voordeel dat Versatel heeft dankzij de acquisitie van de *live voetbal* rechten van de Eredivisie. Verder is UPC voor landelijk bereik afhankelijk van overeenkomsten met andere infrastructuur-aanbieders waardoor UPC dus afhankelijk is van derden voor het winstgevend maken van bijvoorbeeld Canal+.
- *Een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk:* In dit verband wijst OPTA (ontwerpbesluit, 270) op het gegeven dat de meeste woningen in Nederland zijn uitgerust met een kabel aansluiting. Enerzijds gaat OPTA er aan voorbij dat de netwerken van UPC slechts regionale dekking bieden, en dat UPC er niets mee opschiet dat een huis buiten haar dekkinggebied op de kabel is aangesloten. Anderzijds miskent OPTA dat de concurrenten van UPC dit nadeel nu juist niet hebben, nu zij in elk geval de commercieel belangrijkste delen van Nederland kunnen dekken (Digitenne) of zelfs het hele land (CanalDigitaal, IPTV). Belangrijk voordeel daarbij is dat het dekkinggebied van deze concurrenten in elk geval aansluitend is en geen gaten kent, terwijl het verzorgingsgebied van UPC is opgebouwd met de acquisitie van lokale netten, waardoor UPC een versnipperde *footprint* heeft. Dit leidt bijvoorbeeld tot een achterstand voor UPC waar het gaat om marketing en advertentie-inspanningen. In de praktijk komt het er immers op neer dat UPC voor iedere marketing-euro die zij besteedt aan landelijke campagnes, maar voor 37 cent resultaat kan halen (gelet op haar beperkte dekking).
- *Het ontbreken van potentiële concurrentie:* In dit verband overweegt OPTA dat er weliswaar vanuit (nieuwe) IP-netwerken, de digitale ether en satelliet in toenemende mate concurrentie zal komen, maar dat zij niet verwacht dat zich "gedurende de looptijd van het onderhavige besluit" in voldoende mate een (minimaal) vergelijkbaar programma-aanbod zal ontwikkelen. Op grond van de ervaringen in het buitenland met IPTV (en de investeringen die nu in Nederland worden gepleegd in ADSL2+ en FttH) moet volgens UPC wel degelijk worden verwacht dat IPTV zich binnen afzienbare tijd tot een reëel alternatief voor kabeltelevisie zal ontwikkelen. Digitenne en satelliet zijn dat al, waarbij UPC opnieuw benadrukt dat switchingkosten voor de consument geen belemmering hoeven te vormen (zie randnummer

19 e.v. hiervoor). Maar los daarvan legt OPTA een onvoldoende toekomstgerichte benadering aan de dag. Zij dient verder te kijken dan de looptijd van dit besluit (zie hierover ook § 2.3 van het RBB Rapport).

- *Grenzen aan expansie:* De door OPTA geschetste mogelijkheid van expansie, namelijk overname van andere kabelmaatschappijen, is in het verleden gestuit op bezwaren van de NMa (zie het besluit van de NMa in zaak 3052/150, Liberty/Casema). Afgezien daarvan kunnen concurrenten van UPC ook expanderen (voorzover zij dat nog nodig hebben, nu zij al over een landelijk netwerk kunnen beschikken).

Aanwijzing retailmarkt buiten Aanbeveling om niet gerechtvaardigd

50. Op grond van artikel 15, derde lid, van de Kaderrichtlijn dient OPTA bij haar analyse van de relevante markten zoveel mogelijk rekening te houden ("take the utmost account") met de Aanbeveling betreffende relevante markten (hierna: de "Aanbeveling") van de Commissie.
51. De Europese Commissie heeft er in de Aanbeveling vanaf gezien om een afzonderlijke retailmarkt voor omroeptransmissiediensten op te nemen, en heeft zich beperkt tot aanwijzing van de markt voor omroeptransmissiediensten op wholesaleniveau.
52. Op grond van de Aanbeveling kan het opleggen van wettelijke *ex ante* verplichtingen op een bepaalde markt slechts gerechtvaardigd worden voor markten die aan de volgende drie cumulatieve criteria voldoen:
- (i) de markt moet onderhevig zijn aan aanzienlijke toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn;
 - (ii) de markt beschikt niet over kenmerken waardoor deze na verloop van tijd een ontwikkeling richting daadwerkelijke concurrentie zal vertonen;
 - (iii) er dient een afweging gemaakt te worden van de relatieve doeltreffendheid van het mededingingsrecht en aanvullende regelgeving *ex ante*, die doorslaat in het voordeel van het laatste.
53. Aan geen van deze criteria is voor wat betreft de retailmarkt voor omroeptransmissiediensten in Nederland voldaan.
- Ad (i) "toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn"*
54. De markt voor transmissie van radio- en televisie-signalen is (evenzeer als de andere markten voor elektronische communicatie-diensten) de afgelopen periode sterk beïnvloed door de ontwikkelingen op het gebied van convergentie. Daarbij zijn voortschrijdende digitaliserings- en datacompressie-technieken de stuwende krachten.
55. Deze ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat radio en televisieprogramma's op dit moment via verschillende infrastructures verspreid worden: Internet, de digitale ether, satelliet, kabel, en telefonienetwerken en ook dat de capaciteit op elk van deze netwerken enorm is toegenomen.³

³ De capaciteit via de satelliet is vrijwel onbegrensd (althans aanzienlijk ruimer dan de capaciteit van de kabel). Via Digitenne kan nu al een volledig standaardpakket van 25 televisiekanalen worden doorgegeven, naast betaaltelevisieprogramma's. Met de introductie van de MPEG4 compressiestandaard zal de capaciteit kunnen worden uitgebreid tot 50 televisiekanalen.

56. De uitrol van ADSL2+ platforms door verschillende wholesale-aanbieders (Versatel, KPN, Wanadoo) betekent dat *contentaanbieders* en *packagers* op korte termijn elke huiskamer in Nederland kunnen bereiken die over een telefoonlijn beschikt en dat zij daarbij kunnen kiezen uit verschillende infrastructuraanbieders. Er zal dus in elk geval na de uitrol van ADSL2+ en de introductie van IPTV, geen sprake meer zijn van een *bottleneck* om programma's bij de consument af te leveren. In andere Europese landen waar IPTV nu reeds wordt aangeboden (Italië, Frankrijk en, binnenkort, België) is dit al een realiteit.

In § 2.2 van het RBB Rapport wordt ingegaan op de ontwikkeling van digitale televisie in ons omringende landen.

57. Er is geen enkele reden te verwachten dat de ontwikkelingen in Nederland daarbij achter zullen blijven. Integendeel, door de koplopersrol die Nederland nu inneemt op het gebied van breedbandpenetratie (vergelijk het Forrester rapport inzake DSL in België en Nederland, bij deze reactie gevoegd als 7), moet worden verwacht dat de penetratie van IPTV die in omringende landen zal overtreffen.
58. In het ontwerp-besluit kent OPTA niet of nauwelijks gewicht toe aan deze ontwikkelingen, waar zij overweegt dat "toetredingsproblemen ten aanzien van de infrastructuur (i.c. de geactiveerde aansluiting en de transmissiecapaciteit welke wordt ingezet ten behoeve van de verspreiding van het standaardpakket) blijven bestaan" (ontwerp-besluit, 451). Aldus geeft OPTA blijk van een te beperkte opvatting van de relevante markt, en kent zij bovendien onvoldoende gewicht toe aan het dynamische karakter dat de markt heeft gekregen door de convergentie tussen infrastructuren. OPTA had zich in dat verband tenminste als onderdeel van deze toets moeten afvragen of het door haar gesignaleerde toetredingsprobleem, gelet op de dynamiek van de markt, niet van voorbijgaande aard is. Recente ontwikkelingen zoals de aanleg van steeds meer glasvezelnetten op lokaal niveau (FttH) en de keuze van Versatel om haar betaaltelevisie zender via de alternatieve infrastructuren ADSL2+ en satelliet aan te bieden, wijzen in de richting dat het door OPTA gesignaleerde toetredingsprobleem inderdaad van voorbijgaande aard is. Het ontwerp-besluit gaat echter voorbij aan deze ontwikkelingen en geeft ook geen blijk van een "forward looking" benadering (zie hierna).

Ad (ii) "ontwikkeling richting daadwerkelijke concurrentie na verloop van tijd"

59. Door de hiervoor beschreven, nog immer toenemende infrastructuur-concurrentie, en de voorschrijdende trends van convergentie en digitalisering, is een verdere ontwikkeling richting concurrentie nu en in elk geval na verloop van tijd verzekerd.
60. OPTA gaat daar (in randnummer 452 van het ontwerp-besluit) ten onrechte aan voorbij, waarbij zij aangeeft dat er "de komende (twee à drie) jaren van mogelijke alternatieve infrastructuren nog onvoldoende disciplinerende werking zal uitgaan".
61. UPC betwijfelt de juistheid van deze stelling die door OPTA ook op geen enkele wijze onderbouwd is met concrete economisch/empirische gegevens. De huidige hoge penetratie van ADSL (en de investeringen die verscheidene marktpartijen thans doen om ADSL2+ uit te rollen) wijzen eerder in de richting van een (in elk geval potentieel) zeer snelle (en hevige) toename van de concurrentie op de Nederlandse markt.
62. Bovendien bekijkt OPTA dit criterium vanuit een te beperkt perspectief waar zij toetst of er binnen twee of drie jaar sprake zal zijn van daadwerkelijke concurrentie. Het gaat er niet om of concurrentie de

komende (twee à drie) jaren van de grond komt (hoewel het daar alleszins naar uit ziet). Waar het om gaat is dat deze ontwikkeling op dit moment (mede gelet op investeringen die concurrenten op dit moment doen in hun infrastructuur) aannemelijk is.

Vergelijk § 2.3 van het RBB Rapport, en het daar aangehaalde citaat van ERG, waar uitdrukkelijk wordt overwogen dat de NRA verder dient te kijken dan de onderhavige toezichtsperiode en een inschatting moet maken hoe de dynamiek zich zal ontwikkelen over een aantal achtereenvolgende perioden.

63. Ook de overweging van OPTA (ontwerp-besluit 453) dat nu UPC in het verleden meermalen de eindgebruikerstarieven heeft verhoogd, de structuur- en gedragkenmerken op de markt zodanig zijn dat *ex ante* regulering gerechtvaardigd is, geeft blijk van een onvoldoende toekomstgerichte analyse. Zoals OPTA zelf aangeeft is het onderhavige criterium dynamisch en dient dit rekening te houden met structurele en gedragskenmerken in de toekomst. In dat kader had OPTA zich bijvoorbeeld de vraag moeten stellen of UPC haar tarieven nu of in de toekomst kan verhogen.
64. Zoals in § 3.1.2 van het RBB Rapport economisch is onderbouwd, is het onwaarschijnlijk dat UPC in de toekomst in staat zal zijn haar tarieven voor het bestaande standaardpakket te verhogen en zo haar winst te vergroten. Daarbij is ook van belang dat het standaard televisie-aanbod zowel bij UPC, als bij concurrenten als KPN, Scarlett en Versatel, wordt aangeboden als onderdeel van een *triple play* aanbod, en dat ook dit een disciplinerende werking heeft op de prijs van het televisie-aanbod. In het *triple play* aanbod van UPC zijn de prijzen voor breedband en telefonie immers bepaald door zeer felle concurrentie, respectievelijk de tarieven van de dominante incumbent aanbieder. UPC is daardoor niet in staat onredelijke hoge tarieven te vragen voor televisie in een *triple play* bundel, nu haar aanbod het daardoor af zou leggen tegen dat van andere *triple play* aanbieders als KPN, Versatel en Scarlet.

Ad (iii) "mededingingsrecht niet doeltreffend in vergelijking met ex ante regelgeving"

65. Als derde criterium heeft de Europese Commissie gesteld dat moet worden afgewogen of het algemeen mededingingsrecht toereikend is om het gesignaleerde probleem te verhelpen. Volgens UPC pleit ook dit derde criterium tegen tariefregulering door OPTA: het algemene mededingingsrecht volstaat, óók voor tariefregulering.
66. OPTA wijst op drie verschillen tussen de Mededingingswet enerzijds en de Telecommunicatiewet anderzijds om te betogen dat het mededingingsrecht in casu ontoereikend zou zijn (ontwerp-besluit, 454).
67. Als eerste wijst OPTA op het gegeven dat onder de Mededingingswet alleen *ex post* ingrijpen mogelijk is, terwijl de Telecommunicatiewet *ex ante* regulering mogelijk maakt. Deze – op zichzelf juiste – stelling biedt geen positief argument waarom mededingingsrecht ontoereikend zou zijn in vergelijking met *ex ante* regulering. Los daarvan moet het verschil tussen *ex post* en *ex ante* regulering niet worden overdreven. Zodra de NMa zich *ex post* zal hebben uitgelaten over de hoogte van de tarieven van UPC, zal dat oordeel door zijn precedentwerking naar de toekomst toe een vergelijkbare werking hebben als *ex ante* tariefregulering.
68. Als tweede argument stelt OPTA dat "de aard van de Mededingingswet en de grondigheid die gepaard gaat met een onderzoek op basis van die wet met zich brengt dat eventuele overtredingen pas na een langere periode aangepakt en opgelost kunnen worden". UPC bestrijdt dat het regime van de Mededingingswet in dat opzicht significant afwijkt van dat van de Telecommunicatiewet. Er is geen

enkele reden om aan te nemen dat een onderzoek van OPTA onder die laatste wet minder grondig zou behoeven te zijn en minder lang zou duren dan dat van de NMa onder de Mededingingswet. Dit geldt temeer nu de door OPTA aangekondigde tariefverplichting behelst dat UPC een kostentoekeningssysteem volgens de *Fully Allocated Costs* methodiek indient ter goedkeuring. In wezen is dat waar de NMa inmiddels al bijna twee jaar mee bezig is: de beoordeling van het (eveneens op *fully allocated costs* gebaseerde) kostentoekeningssysteem (en de daarin opgevoerde kosten) waarmee UPC haar huidige tarieven heeft vastgesteld. De aangekondigde voorlopige tariefmaatregel (waarover meer in hoofdstuk VIII hierna) bevestigt dat ook OPTA geruime tijd nodig zal hebben.

69. De omstandigheid dat de NMa inmiddels al geruime tijd bezig is de kosten van UPC te onderzoeken zonder daarover een oordeel uit te spreken, zou in elk geval geen reden mogen vormen voor tariefregulering door OPTA. Integendeel, dit pleit er juist voor om de NMa haar karwei af te laten maken, en niet OPTA weer in 2006 van voor af aan te laten beginnen.
70. Ten slotte wijst OPTA erop dat het onderzoek van de NMa erop gericht is om vast te stellen of de tarieven feitelijk excessief geweest zijn, terwijl bij de Telecommunicatiewet bepalend zou moeten zijn of er een risico bestaat op excessieve tarieven. Ook hier gaat het om een op zichzelf juiste constatering, waarvan OPTA echter niet direct duidelijk maakt welk belang dit heeft voor de vraag of mededingingsrecht toereikend is. Vanuit de aanbieder bezien, zal immers de mogelijkheid van ingrijpen door de NMa (met de daarbij behorende mogelijkheid van een boete van 10 % van relevante omzet) een reële aanleiding vormen om het risico van excessieve tarieven uit te willen sluiten. Hier geldt dus (net als bij het verschil tussen *ex ante* en *ex post*) dat het gaat om een onderscheid dat in de praktijk nauwelijks van enige betekenis is en dat aan de toereikendheid van het mededingingsrecht niets afdoet. Het enige relevante verband dat volgens UPC bestaat tussen feitelijk excessieve tarieven en het risico op excessieve tarieven, is dat het risico op excessieve tarieven reëler zou kunnen zijn als zou zijn aangetoond dat de tarieven in het verleden feitelijk excessief zijn geweest. Dat is echter niet het geval. Er bestaat geen aanleiding om aan te nemen dat de tarieven van UPC (of andere kabelexploitanten) in het verleden feitelijk excessief zijn geweest. De NMa heeft in elk geval in de procedures die daarover tot op heden zijn gevoerd geen aanleiding gezien om te concluderen dat kabelexploitanten excessieve prijzen zouden hebben gehanteerd, noch heeft zij daarin zelfs maar een voorlopige indicatie gegeven dat dit het geval zou zijn. Het feitelijke gedrag van kabelexploitanten in het verleden mag dus geen aanleiding vormen om een toekomstig risico op excessieve tarieven aan te nemen. Ook los daarvan is dit risico van excessieve tarieven in onvoldoende mate aanwezig om nog *ex ante* tariefregulering te kunnen rechtvaardigen voor de toekomst, zoals hiervoor al werd toegelicht.

V. DOMINANTIEANALYSE WHOLESAL

Het standpunt van OPTA

71. OPTA neemt op de volgende gronden aan dat kabelexploitanten een dominante positie hebben op de door OPTA afgebakende markt (ontwerp-besluit, 316 t/m 322):
- *Marktaandeel*: het marktaandeel van UPC op de door OPTA afgebakende markt bedraagt 100%.
 - *Het ontbreken van kopersmacht*: programma-aanbieders die de infrastructuur van UPC willen gebruiken om de eindgebruikers rechtstreeks hun programma's aan te bieden hebben ten opzichte van UPC geen kopersmacht.
 - *Het ontbreken van potentiële concurrentie*: volgens OPTA is er geen potentiële concurrentie gedurende de looptijd van haar besluit. OPTA acht het niet ondenkbaar dat voor een programma-aanbieder andere infrastructuren, zoals xDSL-netten, de digitale ether en de

satelliet, op de lange termijn een substituut voor de kabel kunnen vormen, maar op de korte tot middellange termijn is hiervan volgens OPTA nog geen sprake. Potentiële concurrentie van deze infrastructuuraanbieders wordt in de analyse van OPTA derhalve geheel buiten beschouwing gelaten.

OPTA's dominantieanalyse steunt op een onjuiste marktdefinitie

72. In plaats van een wholesalemarkt voor de doorgifte van programma's via de kabel had OPTA een wholesalemarkt moeten afbakenen die "infrastructuur-neutraal" is. Voor programma-aanbieders die met gebruikmaking van de bestaande netwerken hun programma's zelf aan de eindgebruiker willen doorgeven, zijn er verschillende alternatieven. Canal+ maakte in het verleden al gebruik van twee verschillende infrastructuren om haar programma's aan haar abonnees door te geven: de satelliet en de kabel. Daar zijn recent nog bij gekomen de digitale ether en xDSL-netten. Versatel is bezig met een *upgrading* van haar netwerk die ervoor moet zorgen dat met ingang van het voetbalseizoen 2005/2006 het overgrote deel van de Nederlandse huishoudens *live* voetbalwedstrijden via Versatel's netwerk kan ontvangen. KPN heeft aangekondigd nog dit jaar aanzienlijke investeringen in haar netwerk te zullen doen, waardoor voldoende bandbreedte beschikbaar zal zijn om tegelijk digitale telefonie, "supersnelle" internettoegang en twee digitale televisiekanalen te vervoeren. In het vierde kwartaal van 2005 wil KPN via IP-televisie 50 televisiekanalen en aanvullende diensten als "video-on-demand" aanbieden, naast digitale televisie via de ether. Andere xDSL-aanbieders zijn Versatel en KPN gevolgd, zoals Wanadoo, Tiscali en anderen.
73. Als deze alternatieven worden meegenomen in de definitie van de relevante markt, valt de basis weg voor het aannemen van een machtspositie van UPC. Deze alternatieven betekenen immers dat een programma-aanbieder die zijn programma's rechtstreeks aan de eindgebruiker wil aanbieden, UPC niet nodig heeft. Daarbij komt dat deze alternatieve infrastructuren de programma-aanbieder (quasi) landelijke dekking kunnen bieden, terwijl UPC slechts dekking kan bieden in haar eigen verzorgingsgebied.

OPTA heeft in haar marktanalyse geen aandacht besteed aan de rol van content

74. Content vervult op de omroepmarkten een steeds belangrijker rol. Door digitalisering en compressietechnieken is de capaciteit van netwerken enorm toegenomen. Daardoor is een grote vraag naar aantrekkelijke content ontstaan, en zijn de marktverhoudingen sterk in het voordeel van de eigenaren van content gewijzigd.
75. De sterke positie van de eigenaren van content is algemeen onderkend door de mededingingsautoriteiten. De Europese Commissie heeft bijvoorbeeld in de zaak Newscorp/Telepiú verwezen naar de "zeer sterke positie" die de Amerikaanse filmstudio's innemen. De NMa heeft in besluiten met betrekking tot de exploitatie van de uitzendrechten van voetbalwedstrijden overwogen dat de eigenaren van deze rechten een machtspositie innemen (zie zaken 18 en 1162 Eredivisie). De steeds hogere bedragen die voor uitzendrechten van sportevenementen moeten worden betaald zijn een duidelijke illustratie van de marktmacht van de eigenaren van deze rechten.
76. Zoals hiervoor opgemerkt, wordt ook in de besluiten van de andere NRA's gewezen op de sterke onderhandelingspositie van de programma-aanbieders. Het is een wezenlijke tekortkoming in de marktanalyse van OPTA, dat aan deze machtsfactor in het geheel geen aandacht wordt besteed.

VI. POTENTIËLE MEDEDINGINGSPROBLEMEN WHOLESALERS

De analyse van OPTA in het ontwerp-besluit

77. Met het oog op de verplichtingen die zouden moeten worden opgelegd, maakt OPTA in haar ontwerp-besluit een analyse van de potentiële mededingingsproblemen die zich op de door haar gedefinieerde wholesalemakten kunnen voordoen. Deze potentiële mededingingsproblemen zijn volgens OPTA de volgende (ontwerp-besluit, 326 t/m 344):
- UPC's dominante positie stelt haar in staat programma-aanbieders de toegang tot haar infrastructuur te ontzeggen. Omdat UPC zelf ook programma's aanbiedt aan de eindgebruiker, heeft zij tevens de prikkel om programma-aanbieders toegang te weigeren. Als voorbeeld van dat laatste verwijst OPTA naar de geschillen die onder artikel 8.7 Tw (oud) bij haar aanhangig zijn gemaakt.
 - Er bestaat een reëel risico dat UPC zichzelf als programma-aanbieder zal bevoordelen ten opzichte van andere programma-aanbieders, of vertragingstechnieken zal toepassen ten opzichte van andere programma-aanbieders die toegang verzoeken. Ook dat zou door de geschilhistorie worden bevestigd.
 - UPC is dankzij haar dominante positie in staat om excessieve tarieven in rekening te brengen voor de toegang tot haar infrastructuur, en heeft de prikkel om dit te doen. De extra inkomsten die zij daarmee behaalt, zou zij kunnen gebruiken om haar activiteiten op de retailmarkt te kruissubsidiëren.

OPTA's analyse is speculatief en vindt geen steun in het verleden

78. OPTA heeft geen enkele concrete aanwijzing dat de hiervoor genoemde mededingingsproblemen zich kunnen voordoen. De enige programma-aanbieder die toegang heeft gevraagd tot het netwerk van UPC is Canal+ en UPC heeft Canal+ steeds toegang verleend. De geschillen met Canal+ hadden betrekking op de vergoeding die UPC aan Canal+ voor het gebruik van haar infrastructuur in rekening kon brengen. Van enige discriminatie van Canal+ ten opzichte van het eigen programma-aanbod van UPC is evenmin sprake geweest. En dat UPC Canal+ excessieve tarieven in rekening heeft gebracht, is evenmin vast komen te staan.
79. Als er een reëel risico zou bestaan dat de door OPTA genoemde mededingingsproblemen zich daadwerkelijk zouden voordoen, zou men verwachten dat UPC reeds in de voorgaande jaren een aanzienlijke positie op de retailmarkt zou hebben opgebouwd. Dat is echter geenszins het geval geweest. UPC is in 2000 begonnen met het aanbieden van eigen programma's op de retailmarkt voor betaaltelevisie. In 2004 had UPC nog geen 10.000 abonnees voor deze betaaltelevisiediensten, tegenover 220.000 abonnees van Canal+. Gezien deze verhouding kan men moeilijk volhouden dat Canal+ het slachtoffer is geweest van toegangsweigeringen, vertragingstechnieken, discriminatie, excessieve prijzen en kruissubsidies, waardoor UPC haar eigen betaaltelevisiediensten heeft bevoordeeld.
80. Op de markt voor de doorgifte van radiosignalen is er nog minder reden om aan te nemen dat zich mededingingsproblemen kunnen voordoen. In de eerste plaats is het hoogst onwaarschijnlijk dat radioprogramma-aanbieders ooit zullen vragen om toegang tot het netwerk van UPC om zelf programma's aan de eindgebruiker te kunnen aanbieden. Maar zelfs als zich een dergelijke situatie zou voordoen, heeft een radioprogramma-aanbieder alternatieven in de vorm van de ether en het internet, zodat UPC hem niet door een toegangsweigeren de toegang tot de markt zou kunnen ontzeggen.

Bovendien zou UPC geen prikkel hebben om dat te doen, nu zij zelf geen radioprogramma's aanbiedt en ook niet van plan is dat te gaan doen.

VII. WHOLESALERPLICHTINGEN

De verplichtingen die OPTA wil opleggen

81. OPTA wil UPC de volgende verplichtingen opleggen: een toegangsverplichting, een verplichting tot non-discriminatie en transparantie, en een kostenoriëntatieplicht.
82. Bij de beoordeling van de redelijkheid van een toegangsverzoek zegt OPTA te zullen betrekken of de programma-aanbieder die toegang verzoekt, zelf over een alternatieve infrastructuur beschikt. In dat geval zal OPTA een toegangsverzoek "minder snel" als redelijk beschouwen. Verder zegt OPTA dat zij een verzoek van parallelle doorgifte van programma's die reeds door UPC gedistribueerd worden, "niet snel" als redelijk zal beschouwen.

De verplichtingen die OPTA wil opleggen zijn niet noodzakelijk en disproportioneel

83. Op grond van artikel 6a.2 Tw moeten door OPTA op te leggen verplichtingen noodzakelijk en proportioneel zijn. De verplichtingen mogen in het bijzonder niet investeringen in concurrerende infrastructuren ontmoedigen. De verplichtingen die OPTA wil opleggen voldoen niet aan deze eisen.
84. Toegangsverplichtingen zijn niet noodzakelijk en niet proportioneel omdat er geen aanwijsbare vraag van programma-aanbieders naar netwerktoegang is. Als in de toekomst vraag naar netwerktoegang zou ontstaan, zou die moeten komen van aanbieders van *premium content*, die de keuze hebben tussen meerdere infrastructuren. In feite erkent OPTA het bestaan van deze keuze, door een toegangsverzoek als onredelijk te bestempelen als de programma-aanbieder over een alternatieve infrastructuur beschikt. UPC is het geheel met OPTA eens dat programma-aanbieders in dergelijke omstandigheden geen aanspraak moeten kunnen maken op doorgifte. Dat moet echter reeds tot uitdrukking komen in de afbakening van de relevante markt en de dominantieanalyse. Als een programma-aanbieder over alternatieve infrastructuren kan beschikken, behoren deze in aanmerking te worden genomen in de definitie van de relevante markt, en is er geen aanleiding om tot dominantie van de kabelexploitant te concluderen.
85. In dit verband is het nuttig om het toegangsverzoek dat KPN eind 2004 bij OPTA heeft ingediend, in herinnering te roepen. Nadat OPTA dit toegangsverzoek heeft afgewezen, heeft KPN aangekondigd in haar eigen netwerk te zullen investeren, om dat eind 2005 gereed te maken voor een volwaardige televisiedienst met 50 kanalen en "video on demand" diensten. Het opleggen van een toegangsverplichting zou deze investering hebben kunnen ontmoedigen of op zijn minst vertragen.
86. UPC onderschrijft voorts het voornemen van OPTA om verzoeken om capaciteit af te wijzen als deze zal worden gebruikt voor de doorgifte van programma's die reeds door UPC worden gedistribueerd. Zoals OPTA erkent, is een dergelijk gebruik van het netwerk inefficiënt omdat het tot gevolg heeft dat minder ruimte beschikbaar is voor de doorgifte van andere programma's of het verlenen van andere diensten. [REDACTED] Het opleggen van toegangsverplichtingen in dergelijke omstandigheden is in strijd met de belangen van de eindgebruikers en met het beginsel dat de besluiten van OPTA moeten bijdragen tot efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur (vgl. artikel 1.3 Tw).

87. Gegeven de beschikbaarheid van alternatieven zijn ook de voorgestelde verplichtingen tot non-discriminatie en transparantie niet noodzakelijk en disproportioneel. Een verplichting om tegen kostengeoriënteerde tarieven toegang te verlenen tot het netwerk is een ernstige bedreiging voor de opkomende infrastructuurconcurrentie. OPTA erkent het bestaan van dit risico en wil dat verdisconteren door het tariefniveau zó vast te stellen dat de toetreding van efficiënte infrastructuurconcurrenten tot de markt wordt gestimuleerd (ontwerp-besluit, 387). Het is een illusie om te denken dat een toezichthouder het tariefniveau zo precies kan vaststellen. In de praktijk komen zulke interventies meestal op het verkeerde tijdstip, en blijken zij achteraf ongewenste effecten te hebben gehad. Als er alternatieve infrastructuren zijn, en er reële vooruitzichten zijn dat er in deze infrastructuren zal worden geïnvesteerd waardoor hun concurrentiekracht zal toenemen, is het voor de ontwikkeling van de infrastructuurconcurrentie het beste om helemaal niet in te grijpen en de markt zijn werk te laten doen. Mocht blijken dat deze infrastructuurconcurrentie toch niet van de grond komt, zou alsnog kunnen worden ingegrepen.
88. Daarbij komt dat OPTA de kosten van het aansluitnetwerk volledig aan de eindgebruiker wil laten doorberekenen. UPC kan zich op zichzelf met deze wijze van kostentoerekening verenigen, maar het betekent wel dat een verplichting om toegang te verlenen tegen kostengeoriënteerde tarieven extra bedreigend is voor de infrastructuurconcurrentie. Een programma-aanbieder die zijn programma's rechtstreeks aan de eindgebruiker wil doorgeven en moet kiezen tussen de kabel en andere netwerken zal geneigd zijn om te kiezen voor de kabel als hij gratis over het aansluitnetwerk kan beschikken.
89. OPTA valt in feite terug op het "vastrechtmodel" dat zij in 2002 heeft voorgesteld in haar nota inzake de herbalancering van de kabeltarieven. Die nota ging uit van het bestaan van een "digitaliseringshobbel", die genomen zou moeten worden door de toegang tot de kabel goedkoop te maken voor programma-aanbieders. Zo zou dienstenconcurrentie op de kabel kunnen worden gestimuleerd.
90. Er zijn sinds deze nota naast de satelliet drie digitale netwerken bijgekomen die een alternatief vormen voor de kabel: de digitale ether, FttH-netten en xDSL-netwerken. Er is dan ook geen reden meer om dienstenconcurrentie op de kabel te stimuleren door programma-aanbieders gratis over het belangrijkste deel van dit netwerk te laten beschikken. Integendeel: een dergelijke stimulans zou de opkomende infrastructuurconcurrentie ondermijnen en in strijd zijn met de doelstellingen die OPTA op grond van artikel 1.3 Tw moet verwezenlijken.

OPTA heeft geen rekening gehouden met artikel 8.5 Tw en artikel 8.7 Tw

91. Artikel 8.5 Tw voorziet samen met het Besluit voorwaardelijke toegang in een verplichting voor aanbieders van systemen van voorwaardelijke toegang om toegang tot deze systemen te verlenen. Hiervoor is gewezen op het feit dat een programma-aanbieder weinig reden heeft een eigen voorwaardelijk toegangssysteem op te zetten als hij gebruik kan maken van het bestaande voorwaardelijke toegangssysteem van de exploitant van de infrastructuur, in casu de kabelexploitant. Met artikel 8.5 Tw en het Besluit voorwaardelijke toegang is de toegang tot het voorwaardelijke toegangssysteem veiliggesteld. OPTA zou het bestaan van deze waarborg in aanmerking moeten nemen in haar beoordeling van de noodzaak en de proportionaliteit van de eventueel op te leggen verplichtingen. Naar de mening van UPC zou het bestaan van deze waarborg een extra reden moeten zijn om van het opleggen van toegangsverplichtingen af te zien.

92. Artikel 8.7 Tw verbindt aan het opleggen van een toegangsverplichting op grond van artikel 6a.6 Tw de consequentie dat de kabelexploitant onder bepaalde voorwaarden toegang moet verlenen tot het standaardpakket, dat niet versleuteld naar de aangeslotenen op het netwerk wordt verspreid. Bij de afweging van de noodzaak en proportionaliteit van toegangsverplichtingen behoort OPTA mee te wegen dat aan het opleggen van een toegangsverplichting deze consequentie is verbonden, die kan betekenen dat het standaardpakket verder moet worden uitgebreid waardoor minder capaciteit beschikbaar zal zijn voor andere diensten.

VIII. RETAILVERPLICHTINGEN UPC

Het standpunt van OPTA

93. In het ontwerp-besluit legt OPTA aan UPC krachtens artikel 6a.13, tweede lid, Tw de verplichting op om voor de tarifiering van de levering van omroeptransmissiediensten aan eindgebruikers een door OPTA goed te keuren kostentoerekeningssysteem te hanteren, waarbinnen kosten aan eindgebruikers dienen te worden toegerekend op basis van het principe van kostenoriëntatie. Het kostentoerekeningssysteem dient overigens te voldoen aan de door OPTA in het ontwerp-besluit gestelde voorwaarden. Zolang OPTA het kostentoerekeningssysteem nog niet heeft goedgekeurd, mag UPC de ten tijde van het besluit geldende tarieven slechts met CPI verhogen. Daarna mogen gewijzigde eindgebruikerstarieven pas worden ingevoerd nadat OPTA die tarieven heeft goedgekeurd. Tevens wordt UPC de verplichting opgelegd om door publicatie op haar website kenbaar te maken welk gedeelte van het eindgebruikerstarief de omroeptransmissiecomponent betreft en welk gedeelte de inhoudscomponent.

Verplichting tot kostenoriëntatie onzorgvuldig

94. De verplichting tot kostenoriëntatie en het opstellen van een kostentoerekeningssysteem is in het ontwerp-besluit slechts op hoofdlijnen beschreven. Om die reden kan UPC daar ook slechts in algemene zin op reageren. Het gaat bovendien (bij vraagstukken als de geschikte waarderingsgrondslag, de invulling van het kostentoerekeningssysteem) om complexe materie. Ook daarom is het binnen de beschikbare reactietermijn voor UPC niet mogelijk daarop in detail te reageren, en beperkt zij zich tot de volgende algemene opmerkingen.
95. Als eerste opmerking wijst UPC erop dat in het dictum van het ontwerp-besluit onvoldoende nauwkeurig is geformuleerd op welke diensten van UPC de verplichting tot kostenoriëntatie wel en niet betrekking heeft. Zo moet uit de overwegingen van het ontwerp-besluit worden afgeleid dat deze plicht niet ziet op het aanbod van (analoge of digitale) pluspakketten (daar ontbreekt ook iedere aanleiding toe). Niettemin zouden dat soort diensten ook kunnen vallen onder de in het dictum gehanteerde noemer "omroeptransmissiediensten".
96. Meer wezenlijk is dat OPTA onvoldoende stilstaat bij de gevolgen van haar tariefregulering voor de totstandkoming en verdere ontwikkeling van bestendige (infrastructuur) concurrentie. Op 9 juni jl. heeft de Minister van Economische Zaken zijn "Beleidsregels over door het college uit te oefenen taken in de elektronische communicatiesector" gepubliceerd. Artikel 2 daarvan schrijft OPTA voor om in het kader van het onderhavige onderzoek de gevolgen te betrekken van een voorgenomen verplichting voor investeringen in alternatieve elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten. Voorts moet de bevoegdheid tot het opleggen van "passende verplichtingen" krachtens artikel 6a.2 Tw zo worden uitgeoefend dat aanbieders van alternatieve elektronische communicatienetwerken of

bijbehorende faciliteiten zo min mogelijk de stimulans ontnomen wordt om te investeren in die netwerken en faciliteiten.

97. Mede in het licht van de (ook door OPTA zelf in het ontwerp-besluit) onderschreven doelstelling dat infrastructuur-concurrentie dient te worden gestimuleerd, is de keuze voor de zeer ingrijpende *ex ante* verplichting van kostenoriëntatie, en de invulling die OPTA daaraan in het ontwerp-besluit geeft, onvoldoende gemotiveerd. De gevolgen van de gekozen wijze van tariefregulering voor de totstandkoming van duurzame concurrentie dienen te worden onderzocht, en OPTA zou (bij instandlating van de kostenoriëntatie-plicht) moeten aantonen dat deze verplichting geen negatieve gevolgen heeft voor de stimulans tot investering in alternatieve netwerken.
98. Dat bij tariefregulering van de kabel terughoudendheid geboden is, blijkt uit de uitlatingen van Digitenne, bij de OPTA consultatie over herbalancering van de kabeltarieven, waarin de directeur van Digitenne zich op het standpunt stelde dat "de kabeltarieven momenteel erg laag liggen en dat het daardoor voor een nieuwkomer op de markt als Digitenne lastig wordt om te concurreren." (Rapport van Bevindingen van 5 december 2002) Hetzelfde geldt op dit moment voor nieuwkomers die actief willen worden op de markt voor IPTV.
99. De door OPTA gekozen tariefregulering werkt bovendien niet alleen remmend op investeringen van anderen in alternatieve communicatienetwerken, maar creëert bovendien onzekerheid (en werkt dus ontmoedigend) voor de eigen investeringen van UPC. Zoals OPTA bekend, is UPC voornemens om enorme investeringen te doen in de uitrol van digitale televisie. De in het ontwerp-besluit aangekondigde tariefregulering roept de vraag op hoe met deze investeringen volgens OPTA dient te worden omgegaan in het goed te keuren kostentoekeningssysteem. Dat geldt temeer nu UPC haar digitale aanbod wil integreren in haar standaardpakket.
100. Verder geldt dat OPTA (gelet op het bepaalde in artikel 1.3, vierde lid, Tw) in kwalitatieve en kwantitatieve zin dient te motiveren waarom de gekozen verplichting tot kostenoriëntatie noodzakelijk is en een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn. Daarbij zou OPTA aandacht moeten besteden aan de internationale tariefvergelijking (zoals zij ook in haar ontwerp-besluiten over de mobiele markten heeft gedaan). Zo'n internationale tariefvergelijking wijst overigens uit dat kabeltarieven in veel andere lidstaten hoger liggen, waarmee de noodzaak tot tariefregulering wat UPC betreft dus allerminst vaststaat. Ook de lopende onderzoeken van de NMa geven geen aanleiding te veronderstellen dat tariefregulering noodzakelijk is.
101. Voorts mist UPC een integrale benadering bij de door OPTA voorgestane tariefregulering op wholesale- en op retailniveau. Het ontwerp-besluit gaat niet in op de samenhang daartussen. Zo is onbegrijpelijk dat OPTA op wholesaleniveau wil uitgaan van vervangingswaarde, teneinde de infrastructuurconcurrentie zo weinig mogelijk te verstoren, en op retailniveau wil uitgaan van historische kosten, waardoor investeringen in alternatieve netwerken en digitale televisie sterk zullen worden ontmoedigd. Verder dringt zich de vraag op hoe dient te worden omgegaan met de kosten die volgens OPTA aan de wholesale-dienstverlening moeten worden toegerekend, maar die daar niet blijken te kunnen worden terugverdiend, bijvoorbeeld omdat er (conform de verwachting van UPC) in de markt geen behoefte blijkt te bestaan aan de door OPTA opgelegde wholesaletoeegang (vgl. pagina 22 van het RBB Rapport)
102. Tenslotte maakt het ontwerp-besluit onvoldoende duidelijk op grond van welke bevoegdheid UPC verplicht kan worden haar tarief jaarlijks met ten hoogste het Consumenten Prijs Index-cijfer mag laten toenemen, in de periode dat OPTA nog geen goedkeuring heeft verleend aan het in te dienen

kostentoerekeningssysteem. Zolang OPTA zich nog geen oordeel heeft kunnen vormen over het kostenniveau van UPC aan de hand van het kostentoerekeningssysteem, kan er evenmin aanleiding bestaan voor een zo ingrijpende maatregel als een tariefplafond, en de wet kent OPTA dus ook niet de bevoegdheid toe om zo'n maatregel (al dan niet tijdelijk) op te leggen. Zeker nu het aanbod van concurrerende radio- en televisiepakketten op korte termijn waarschijnlijk aanzienlijk zal toenemen en ook het aantal *triple play* aanbiedingen verder zal toenemen (wat eveneens een disciplinerend effect op de prijsstelling van UPC zal hebben) is het onevenredig om de tarieven van UPC voor een onbepaalde periode nagenoeg te bevroren. Mocht het tijdelijke tariefplafond in enige vorm gehandhaafd worden, dan zou OPTA in elk geval moeten verduidelijken dat dit alleen geldt voor het uniforme tarief dat UPC in de meeste gemeenten vraagt, en dat het tariefplafond er niet aan in de weg staat dat zij de tarieven met meer dan CPI mag verhogen in gebieden waar zij nog bezig is het geleidelijke groeipad te doorlopen naar dit uniforme tarief.

Geen aanleiding voor opgelegde transparantie-plicht

103. OPTA gaat in het ontwerp-besluit uit van een verkeerde opvatting van (mededingingsrechtelijk verboden) bundeling. Van een mededingingsrechtelijk verboden bundeling kan uitsluitend sprake zijn bij twee van elkaar onafhankelijke diensten.⁴ De aansluiting en het daarop doorgegeven programmapakket kunnen niet als zodanig worden beschouwd.
104. In dat licht is ook de opgelegde transparantieplicht richting eindgebruikers onbegrijpelijk. Waarom zou UPC aan de klant een onderscheid moeten maken tussen de prijs van de aansluiting en die van het programmapakket, terwijl er geen enkele mededingingsrechtelijke belemmering bestaat om de aansluiting in combinatie met een programmapakket nu en in de toekomst aan te (blijven) bieden. Bovendien gaat OPTA er zelf vanuit dat er op de kabel geen concurrentie in het aanbod van het standaardpakket zal ontstaan. Ook daarom ontbreekt ieder belang bij deze "prijstransparantie".

⁴ "Tying exists, by definition, when a dominant company forces its customers to buy two independent products or services together. In order to conclude that the abuse of tying has been committed it must be demonstrated therefore, that the two products or services are independent one from another." § 3.198 Faull and Nikpay.

IX. CONCLUSIE

105. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat er geen aanleiding bestaat tot *ex ante* regulering van UPC onder het nieuwe kader.
106. Voorzover OPTA zich niet zou laten overtuigen door de argumenten van UPC dat ten onrechte is uitgegaan van een te nauwe marktafbakening, zou zij in elk geval oog moeten hebben voor het feit dat dit niet het moment is om op de markt in te grijpen met de meest ingrijpende *ex ante* verplichtingen die de Tw kent, namelijk een toegangsplicht en een kostenoriëntatieplicht.
107. De markt voor doorgifte en ontvangst van radio en televisie staat aan de vooravond van zeer ingrijpende verandering, die het natuurlijke gevolg vormt van de voortschrijdende digitalisering en convergentie. De *incumbent* betreedt nu de radio en televisiemarkten met een technologie die zich inmiddels in andere Europese lidstaten heeft bewezen en die wereldwijd voor een revolutie zal zorgen in de manier waarop wij radio en televisie tot ons nemen. KPN geniet daarbij enorme schaalvoordelen, en kan profiteren van haar sterke positie als eigenaar van een landelijk dekkende, fijnmazig netwerk. Voeg daar nog bij nieuwe telecombédrijven als Versatel en Tiscali, de bestaande concurrenten CanalDigitaal en Digitenne, en de dynamiek van de markt is gegeven.
108. Als OPTA deze nieuwe ontwikkelingen (inclusief de investeringen in alternatieve infrastructures die daarvoor gepleegd worden) niet wil ontmoedigen, dient zij zich in elk geval op dit moment te onthouden van *ex ante* marktregulering. Onverhoopt marktfalen kan afdoende worden geredresseerd door de NMa (die al bezig is met onderzoek naar de retailprijzen), terwijl het onzeker is of de door OPTA voorziene *ex ante* regulering daar iets wezenlijks aan toe zal kunnen voegen.