

## **REACTIE VECAI OP DE OPTA ONTWERPBESLUITEN VOOR OMROEP**

OPTA heeft op 19 mei jl. de ontwerp-besluiten in het kader van het marktcluster Omroep gepubliceerd. Volgens VECAI houdt OPTA onvoldoende rekening met te verwachten marktontwikkelingen in de zeer nabije toekomst, wordt de disciplinerende werking van potentiële concurrentie onderschat, is er een doelredenering toegepast (met gebruikmaking van een onjuiste marktdefinitie) en heeft dit marktverstoring tot gevolg met nadelige gevolgen voor de consument.

### ***Toekomstgerichte marktanalyse***

Gelet op overweging 9 van de Aanbeveling Relevante Markten dient bij het vaststellen van markten waarop *ex ante* regelgeving kan worden toegestaan, in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht, gebruik te worden gemaakt van de volgende drie criteria:

1. de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn
2. de mogelijkheid om de belemmeringen binnen een relevante tijdshorizon weg te nemen
3. toepassing van het mededingingsrecht alleen kan de betreffende marktverstoring(en) niet verhelpen

Met name toepassing van de eerste twee criteria vereist dat OPTA terdege rekening houdt met te verwachten toekomstige ontwikkelingen. De stand van zaken achter de toegangsbelemmering zal moeten worden nagegaan. Dit heeft OPTA niet gedaan. Daardoor is de analyse onvolledig.

De realiteit is dat de omroepmarkt zeer dynamisch is. De convergentie van de telecommunicatie- en omroepsector krijgt steeds duidelijker vorm.

Telecommunicatiebedrijven zijn in onderlinge strijd verwickeld over wie het eerst marktaandeel van de kabelbedrijven kan gaan winnen.

Tabel 1: Reeds bestaande en verwachte DSL TV diensten in Nederland

aanbieder	breedband abonnees <sup>1</sup>	diensten <sup>2</sup>	Introductie	opmerking
Debitel	- <sup>3</sup>	TV	niet bekend	In onderzoek
Fiberworld	20.000	TV	niet bekend	
		Video-on-Demand	niet bekend	
KPN	1.431.510 <sup>4</sup>	TV	Q3 2005	KPN is druk bezig het ADSL netwerk geschikt te maken voor DSL TV. Tegen het einde van 2005 verwacht KPN de upgrade van het netwerk naar ADSL2+ te hebben volbracht
		Delay TV		
		Video-on-Demand		
Quicknet	9.600	TV	niet bekend	Proef met ADSL2+ en DSL TV gestart.
RTL Nederland	n.v.t.	Pay-per-View	proef	Proef. Prijs EUR 1,30 per programma of film.
Solcon	21.000	TV	2006	In Q3 2005 start Solcon met proeven in Flevoland. Solcon wil naast de (inter)nationale zenders ook lokale programma's aanbieden (zoals lokale voetbalwedstrijden, kerddiensten)
Tiscali	150.000	TV	augustus 2005	
		Themakanalen	eind 2005	
Versatel	169.000	Live Eredivisie voetbal	augustus 2005	
		TV	niet bekend	
		Video-on-Demand	niet bekend	
Wanadoo	317.400	TV	eind 2005	
Xs4all	158.730	TV	proef	Reeds derde proef Xs4all i.s.m. Stichting DSL TV. Duur proef zes maanden.

Bron: Telecompaper

## Figuur 1

Dat de ontwikkelingen snel en onvoorspelbaar zijn blijkt onder meer uit het feit dat de NMa op 25 februari 2004 nog de volgende mening was toegedaan:

"ADSL is in zijn algemeenheid echter niet geschikt voor het aanbieden van radio- en televisiepakketten zoals die aangeboden kunnen worden via de kabel, satelliet of DVB-T..... Naar verwachting zal hier in de nabije toekomst, in ieder geval de komende drie jaar, geen verandering in komen."

Eelco Blok (KPN) stelde op 13 augustus 2004 nog in de Telegraaf:

"ADSL-2 heeft echter als nadeel dat het nog niet in staat is om naast spraak en data ook televisie tegelijkertijd aan te bieden."

en op 26 mei jl. kondigde Eelco Blok aan dat KPN rond augustus Internet TV introduceert:

KPN komt met 'zeer uitgebreide televisiepakketten, video op aanvraag en themakanalen'

Het is in het kader van de marktanalyse van belang te herkennen dat KPN telkens op belangrijke strategische momenten de technische mogelijkheden van het eigen netwerk te beperkt voorspiegelt. Dat is achtereenvolgens gebeurd bij het verkrijgen van toestemming voor het uitbreiden van het belang van KPN in Digitenne, bij het verzoek om toegang tot de kabel en laatstelijk na het bekend worden van de ontwerp-Omroepbesluiten van OPTA<sup>1</sup>.

Hieronder volgen de belangrijkste recente nieuwe toetreders op het gebied van televisie.

<sup>1</sup> Wildeboer (directeur strategie en business development KPNop www.kpn.com "ADSL is prima geschikt om een film te bekijken. Televisie via ADSL kan ook. Maar het probleem is dat je niet tegelijkertijd op de bank in de woonkamer en op de slaapkamer of op zolder naar verschillende programma's kunt kijken. Daar is ADSL nog niet geschikt voor, terwijl de kabel dat wel is." France Telecom laat echter al enige tijd in de praktijk zien dat via ADSL meerdere televisieprogramma's tegelijkertijd naar één abonnee kunnen worden getransporteerd.

Versatel investeert dit jaar 170 miljoen euro in vernieuwing van het eigen DSL netwerk Dit moet ertoe leiden dat eind 2005 tussen de 250.000 en 300.000 consumenten via DSL televisie kunnen kijken. Versatel mikt op 100.000 abonnees<sup>2</sup>.

KPN is inmiddels gestart met het opwaarderen van het netwerk zodat het geschikt is voor ADSL 2+. Hiermee moeten later dit jaar snelle internetdiensten, televisie via IP en video-on-demand mogelijk worden<sup>3</sup>.

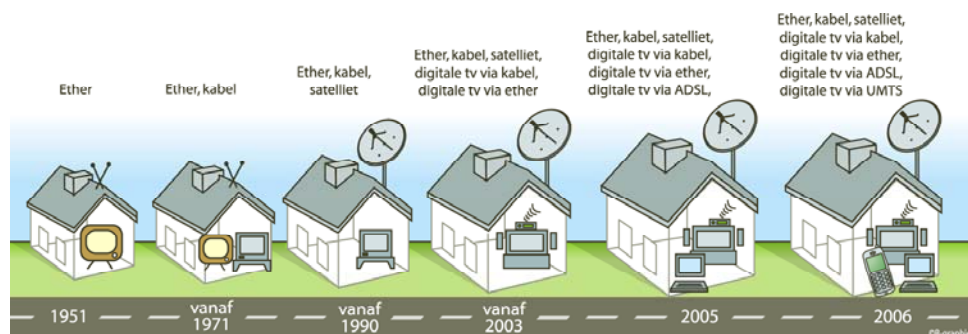
Rond augustus van dit jaar introduceert KPN internet-TV. KPN komt naar eigen zeggen met zeer uitgebreide televisiepakketten, video-on-demand diensten en themakanalen<sup>4</sup>.

Vanaf juli 2005 start KPN met het product InternetPlusBellen. Het betreft een bundel van VoIP en breedbandinternet. Abonnees van InternetPlusBellen krijgen een speciaal modem geplaatst (Experiabox) dat reeds geschikt is voor televisiesignalen.

Naast bovenstaande initiatieven blijft KPN televisie aanbieden via DVB-T.

Scarlet Telecom heeft als wederverkoper van het Digitenne product de omroepmarkt betreden.

Zie Figuur 1 voor een overzicht van ontwikkelingen op het gebied DSL-TV.



**Figuur 2** nieuwe ontwikkelingen volgen elkaar steeds sneller

De genoemde activiteiten van telecombedrijven tonen aan dat voor zover er in de omroepmarkt al toegangsbelemmeringen bestaan, hetgeen niet door OPTA is aangetoond, deze in elk geval niet van blijvende aard zijn. De markt ontwikkelt zich in hoog tempo in de richting van concurrerende infrastructures. Hierbij dient ook rekening gehouden met de financiële slagkracht van met name KPN. De **netto winst** van KPN alléén is in totaliteit 1.6 miljard euro op jaar basis, de **vrije kasstroom** is 2,3 miljard euro op jaar basis. Het

<sup>2</sup> [www.planet.nl](http://www.planet.nl) 2 maart 2005

<sup>3</sup> [www.webwereld.nl](http://www.webwereld.nl) 10 mei 2005

<sup>4</sup> FD, 26 mei 2005

**operationele resultaat** van het vaste net is (toeval) ca 1,6 miljard euro op jaar basis<sup>5</sup>. De **netto omzet** van de kabelsector (optelsom meerdere individuele kabelbedrijven) op hun netwerken is 0,9 miljard euro op jaar basis.

In deze concurrentieslagen wordt veel met *triple play* bundels gewerkt. Een analyse van de markt die geen rekening houdt met deze bundels geeft geen juist beeld van de werkelijke concurrentiedruk die bedrijven ondervinden. KPN geeft bijvoorbeeld een grote korting op digitale televisie wanneer ook telefonie en ADSL worden afgenomen.

OPTA heeft haar onderzoek gericht op het risico van toekomstig machtsmisbruik door dominante partijen. Deze invulling van de vereiste *toekomstgerichtheid* strookt niet met de bovengenoemde criteria voor het vaststellen van markten waarop *ex ante* regelgeving kan worden toegestaan en is ons inziens onjuist. Een toekomstgerichte analyse houdt in dat gekeken moet worden of eventueel bestaande marktverstoringen van voorbijgaande aard zijn, hetgeen in de kabelsector het geval is.

### **Potentiële concurrentie**

De potentiële concurrentie is door OPTA nauwelijks onderzocht. De disciplinerende werking hiervan op het gedrag van kabelbedrijven is echter groot. Dat komt allereerst doordat de markt zeer dynamisch is waardoor het hebben van een voorsprong maar betrekkelijk is. Daarnaast is het zo dat kabelbedrijven hoge vaste kosten kennen. Een kleine teruggang van het abonneeaantal is daardoor al snel problematisch en van grote invloed op het bedrijfsresultaat. Vrijwel dagelijks zijn er bewijzen te vinden voor de stelling dat de toetredingsdrempels beperkt zijn. Hierboven zijn de activiteiten van de telecombedrijven op het gebied van IP televisie al genoemd. De duwkracht voor deze ontwikkeling is enorm doordat deze op wereldschaal plaats vindt. In Nederland worden nu al grote bedragen geïnvesteerd in landelijke marketingcampagnes. Elk telecombedrijf kan binnen enkele maanden '*in business*' zijn.

Daarnaast zijn er vele FttH initiatieven van gemeenten, al dan niet in combinatie met woningcorporaties. Er wordt op diverse plaatsen al volop geïnvesteerd (m.n. Portaal). Omdat deze initiatieven vaak op diverse manieren de steun van (lokale) overheden genieten vormen zij een bedreiging voor kabelbedrijven.

De NMa is van mening dat er in de komende reguleringsperiode door de potentiële concurrentie wel degelijk druk richting kabelbedrijven gaat ontstaan. Het is zeer vreemd dat OPTA de druk van potentiële concurrentie lager inschat dan de NMa. Omgekeerd zou een verschil in beoordeling tussen OPTA en NMa op dit punt wellicht wel denkbaar zijn geweest. Immers, OPTA zou een inschatting moeten maken van het moment waarop potentiële concurrenten échte concurrenten worden, zodat beoordeeld kan worden of de markt zich in de richting van daadwerkelijke mededinging ontwikkelt. Er is geen kwantitatief onderzoek bekend waarop kan worden gebaseerd dat televisie via DSL als potentiële concurrent kan worden uitgesloten van de analyse, zoals OPTA expliciet heeft gedaan.

Het onderschatten van de potentiële concurrentie is des te schadelijker omdat de ontwerpbesluiten vermoedelijk tot 2009 zullen gelden en dan gebaseerd zijn op feiten uit

---

<sup>5</sup> zie KPN presentatie over het eerste kwartaal op [www.kpn.nl](http://www.kpn.nl) onder investor relations

2004. Tussentijds evalueren neemt dit bezwaar slechts zeer ten dele weg, omdat ook hiervoor weer tijdrovend onderzoek en procedures vereist zijn.

## **Doelredenering**

De indruk ontstaat dat de door OPTA gehanteerde werkhypothese in de conclusies van de ontwerpbesluiten terecht is gekomen, zonder dat deze door feitenmateriaal kon worden ondersteund. Gaande het onderzoek hebben diverse nieuwe ontwikkelingen zich aangediend die tot andere conclusies hadden moeten leiden. Mogelijk heeft hierbij een rol gespeeld dat er bij kabinet en Tweede Kamer reeds jaren de wens bestaat om de kabel strikt te reguleren. Dit mag evenwel geen invloed hebben op een feitelijke marktanalyse.

### *Marktdefinitie*

In de jurisprudentie is gangbaar om in de marktafbakening onderscheid te maken tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie. Zie hiervoor onder meer het besluit van de d-g NMa in de zaak UPC/canal+ van 28 februari 2005. OPTA heeft dit niet overgenomen, maar maakt een op techniek gebaseerd onderscheid tussen ontvangst van analoge radio- en televisiesignalen en de ontvangst van radio- en televisiesignalen met gebruik van een systeem van voorwaardelijke toegang. Het verschil in marktafbakening heeft uiteraard gevolgen voor de concurrentieanalyse. Aanbieders van vrij toegankelijke televisie zoals Digitenne en haar wederverkopers opereren in de marktdefinitie van NMa wél en in de marktdefinitie van OPTA niet in dezelfde markt als kabelbedrijven die analoge radio- en televisiesignalen aanbieden. Volgens KPN blijkt in de praktijk dat de meerderheid van de klanten van KPN TV zijn kabelabonnement opzegd<sup>6</sup>. Digitenne stelt dat 50% van de nieuwe klanten na een half jaar het kabelabonnement heeft opgezegd. Hieruit blijkt dat de marktdefinitie van OPTA niet juist is.

### *Sectorspecifieke regulering versus algemeen mededingingsrecht*

OPTA heeft het derde criterium van overweging 9 van de Aanbeveling Relevante Markten niet juist toegepast: Kan toepassing van het algemene mededingingsrecht alleen de betreffende marktverstoring verhelpen?

OPTA beperkt zich tot een uitleg van de verschillen tussen sectorspecifieke regulering en algemeen mededingingsrecht, maar geeft geen argumenten waarom algemeen mededingingsrecht niet in staat is om de specifieke marktverstoring te verhelpen.

De NMa concludeert in zijn brief van 4 mei 2005 aan OPTA weliswaar dat de betreffende retailmarkt zich leent voor sectorspecifieke regelgeving, waarbij enkele algemene voordelen van sectorspecifieke regelgeving worden genoemd, zoals duidelijkheid vooraf voor eindgebruikers. De NMa merkt echter ook op dat generiek mededingingstoezicht meer ruimte laat voor marktdynamiek. Met de veronderstelling dat excessieve tarieven in de kabelsector een belangrijk potentieel probleem vormen is de vraag of mededingingsrecht alléén eventuele excessieve tarieven kan verhelpen in het geheel niet beantwoord.

Hierboven is reeds aangegeven dat de omroepmarkten zeer dynamisch zijn en dat daardoor toegangsbelemmeringen verdwijnen en daadwerkelijke mededinging zich ontwikkelt. Hiervoor is wel vereist dat de marktdynamiek de ruimte krijgt. Daarom had er voor generiek mededingingstoezicht moeten worden gekozen.

---

<sup>6</sup> Presentatie KPN over het eerste kwartaal p.31 . [www.kpn.nl](http://www.kpn.nl) onder investor relations

### *Kopersmacht*

Volgens OPTA beschikken aanbieders van (populaire) programma-aanbieders die toegang tot het pakket willen over enige kopersmacht. Deze constatering blijft echter zonder gevolg. Ten onrechte, want deze partijen profiteren wel van de opgelegde toegangsverplichtingen als gevolg van de koppeling met het nieuwe artikel 8.7 Tw. Overigens is deze kopersmacht in veel gevallen zo groot dat deze ruim tegenwicht biedt aan de macht van het kabelbedrijf. Het weghalen van een populair programma leidt tot veel commotie onder de klanten van het kabelbedrijf, waardoor kabelbedrijven zich dat niet kunnen veroorloven.

Bovendien worden programma-aanbieders in onderhandelingen met kabelbedrijven vaak gesteund door doorgifteverplichtingen (artikel 82i en k Mediawet), hierdoor wordt de kopersmacht nog verder versterkt.

Ook nieuwe aanbieders met aantrekkelijke *content* (zoals Talpa) hebben een zeer sterke onderhandelingspositie ten opzichte van kabelexploitanten, die het zich niet kunnen veroorloven om deze niet aan het pakket toe te voegen.

### *Wholesalemaatregelen onvoldoende?*

Gelet op artikel 17 lid 1 onder b van de universele dienstenrichtlijn kunnen passende wettelijke verplichtingen in de retailmarkten pas aan de orde zijn wanneer wholesale verplichtingen de beoogde doelstellingen niet kunnen verwezenlijken. OPTA beargumenteert nergens waarom dat ten aanzien van kabelbedrijven het geval zou zijn. Bovendien rijst de vraag waarom wholesalemaatregelen worden opgelegd, als verwacht wordt dat deze de beoogde doelstelling niet kunnen verwezenlijken.

### **Marktverstoring**

Onder invloed van wereldwijde investeringen van telecombedrijven wordt momenteel de structuur van de omroepmarkt en de hoger gelegen brede markt voor communicatie- en *triple play* diensten sterk gewijzigd. Toetredingsdrempels blijken voor hen nauwelijks te bestaan. Doordat de marktanalyse deze ontwikkeling niet op waarde schat wordt ten onrechte besloten tot zeer stringente en rigide regulering van de kabel. Hiermee dreigt de dynamiek uit de markt te verdwijnen en kan de gaande ontwikkeling richting daadwerkelijke mededinging worden belemmerd. De voorgestelde maatregelen hebben daardoor potentieel een averechts effect, terwijl gewenste effecten niet aannemelijk zijn.