

Nederlandse Mededingingsautoriteit



Aan
Directeur Generaal Telecommunicatie en Post
T.a.v. De heer M.M. Frequin
Postbus 20101
2500 EC DEN HAAG

<i>Datum</i>	<i>Uw kenmerk</i>	<i>Ons kenmerk</i>	<i>Bijlage(n)</i>
30 AUG. 2004	TP/OT 4044960	4054229	

Onderwerp
Adviesaanvraag inzake toegang tot de kabel voor KPN

Geachte heer Frequin,

De minister van Economische Zaken heeft per brief d.d. 15 juni 2004 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer toegezegd dat hij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) zal verzoeken om te bezien of er mededingingsrechtelijke overwegingen zijn om KPN de toegang tot de kabel te verbieden. Naar aanleiding van deze toezegging verzoekt u mij per brief d.d. 14 juli 2004 te adviseren over het verzoek van KPN om toegang tot de kabel te verkrijgen.

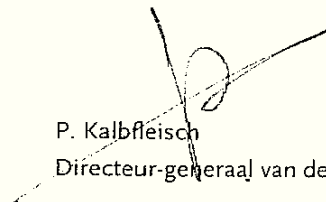
Een onderneming kan een verzoek om toegang doen tot een faciliteit of infrastructuur zoals een elektronisch communicatienetwerk. De onderneming die in bezit is van deze faciliteit kan deze toegang (vrijwillig) verlenen aan ondernemingen die daarom vragen. Dan is het op grond van de Mededingingswet (hierna: Mw) in het geval waarin de toegangverlenende onderneming over een economische machtspositie beschikt, onder andere van belang dat de onderneming die toegang vraagt, niet wordt gediscrimineerd ten opzichte van andere ondernemingen aan wie eveneens toegang wordt verleend. De NMa kan de toegang op grond van de MW niet verbieden.

De tweede mogelijkheid is dat de onderneming die in het bezit is van een faciliteit aan geen enkele onderneming toegang verleent. Dan staat de vraag centraal of er sprake is van een essentiële faciliteit. Alléén het hebben van een economische machtspositie is niet voldoende om een onderneming die in het bezit is van een faciliteit, op basis van de Mw tot toegang te verplichten. Daarvoor is ook vereist dat die faciliteit essentieel is, dat wil zeggen onontbeerlijk is voor het aanbieden van dienst(en) aan gebruikers. Er dient geen reëel en zelfs geen potentieel

alternatief te bestaan.¹ De vraag of in het onderhavige geval sprake is van een essentiële faciliteit is thans niet te beantwoorden omdat bij de NMa niet bekend is voor welke dienst(en) KPN capaciteit wil huren. KPN heeft haar vraag om toegang niet aan de NMa gestuurd. Ook zijn er van de zijde van KPN geen klachten over toegangsweigering door kabelbedrijven bij de NMa ingediend.

Indien de hierboven beschreven essentiële faciliteiten-doctrine wordt toegepast op een situatie waarin KPN van plan zou zijn een pakket TV-zenders met ongeveer dezelfde samenstelling als een analoog standaardpakket digitaal via de kabel te distribueren, dan is het *a prima vista* niet aannemelijk dat de kabel voor deze dienst als een essentiële faciliteit kan worden aangemerkt. Dergelijke pakketten kunnen immers ook via andere infrastructuren zoals een DVB-T-netwerk² aan gebruikers worden aangeboden. Aldus zou een eventuele weigering van toegang door een kabelbedrijf aan KPN in dit geval niet als misbruik van een economische machtspositie kunnen worden aangemerkt³ en zouden de kabelbedrijven in de geschetste situatie derhalve op basis van de Mw niet te verplichten zijn toegang te verlenen aan KPN.

Hoogachtend,



P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

¹ Toegang hoeft niet te worden verleend indien er een objectieve rechtvaardiging is om de toegang te weigeren. Een voorbeeld hiervan is capaciteitsgebrek. Zie Arrest Hof van Justitie EG, 26 november 1998, Oscar Bronner GmbH & Co KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG c.s. zaak C-7/97 (Bronner), Jur. 1998, p. I-7791.

² Bij de essentiële faciliteitendoctrine is het niet de vraag of die andere infrastructuur en de kabelinfrastructuur voor de distributie van een standaardpakket tot dezelfde relevante markt behoren. Het gaat erom dat er een andere manier is – en dat kan een economisch minder rendabele manier zijn – om dergelijke pakketten te distribueren.

³ Dit laat onverlet de eventuele mogelijkheid deze toegang op basis van de Telecommunicatiewet af te dwingen.