



EUROPESE COMMISSIE

Brussel, 3.11.2005

SG-Greffe (2005) D/205996

Onafhankelijke Post en
Telecommunicatie Autoriteit
Zurichtoren
Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag

Ter attentie van:
Dhr Chris A. Fonteijn
Voorzitter van het College
Fax: +31-70-315.35.01

Geachte heer Fonteijn,

**BETREFT: ZAAK NL/2005/0247: RETAILMARKTEN VOOR DE DOORGIFTE EN
VERZORGING VAN VRIJ TOEGANKELIJKE RADIO- EN TELEVISIE (“RTV”)
PAKKETTEN VIA DE KABEL IN NEDERLAND.**

**Opening van een Phase II onderzoek overeenkomstig Artikel 7(4) van de
Kaderrichtlijn 2002/21/EC.¹**

I. PROCEDURE

Op 29 september 2005, registreerde de Commissie een kennisgeving van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (“OPTA”), betreffende de retailmarkt voor de doorgifte van vrij toegankelijke RTV-pakketten via de kabel in de respectievelijke verzorgingsgebieden van de kabeloperatoren UPC, Essent and Casema,² dwz een totaal van drie retailmarkten.³ Er is geen geografische overlapping tussen de verzorgingsgebieden van de kabeloperatoren.

¹ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatie netwerken en –diensten (“de Kaderrichtlijn”), PB L 108, 24.4.2002, blz. 33.

² UPC Nederland B.V. ; Essent Kabelcom B.V. ; Casema N.V. zijn de voornaamste kabeloperatoren in Nederland.

³ Op dezelfde dag registreerde de Commissie een kennisgeving van OPTA betreffende twee wholesale markten voor de doorgifte van omroeptransmissiediensten (respectievelijk vrij toegankelijke en betaal pakketten) in de respectievelijke verzorgingsgebieden van kabeloperatoren UPC, Essent and Casema, dwz een totaal van 6 wholesale markten, met betrekking tot markt 18 in de Aanbeveling van de Commissie. Deze kennisgeving werd apart beoordeeld onder zaaknummer NL/2005/0246.

De nationale consultatie⁴ werd op 19 mei 2005 gepubliceerd en duurde één maand. De tijdlimiet voor de communautaire consultatie overeenkomstig Artikel 7 van de Kaderrichtlijn is 3 november 2005.

Op 11 oktober 2005 verzonden de Commissiediensten een aanvraag voor verdere toelichting naar OPTA en het antwoord werd ontvangen op 13 oktober 2005.

Overeenkomstig Artikel 7(4) van de Kaderrichtlijn mag de Commissie de Nationale Regelgevende Instanties (NRIs) meedelen dat zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het Gemeenschapsrecht.

II. BESCHRIJVING VAN DE ONTWERPMAATREGELEN

De ter kennis gebrachte ontwerpmaatregelen betreffen de retailmarkten voor de vrij toegankelijke RTV-pakketten via de kabel in Nederland. Deze markten zijn niet opgenomen in de bijlage van de Aanbeveling van de Commissie betreffende relevante markten die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (“de Aanbeveling”).⁵

II.1. Feitelijke en regelgevingsachtergrond

Vrij toegankelijke RTV-pakketten kunnen op een aantal verschillende manieren doorgegeven worden aan eindgebruikers: via aardse-, kabel-, satelliet- of ADSL (“IPTV”)-transmissienetwerken. OPTA concentreert zich in haar analyse op kabeltransmissienetwerken.

De globale Nederlandse markt voor RTV eindgebruikers heeft een totale omvang van 6.8 miljoen huishoudens hetgeen overeenkomt met 16.3 miljoen inwoners. Meer dan 90% van de huishoudens hebben een abonnement voor kabel-RTV, hetgeen overeenstemt met 6.2 miljoen abonnees. De drie voornaamste kabeloperators dekken samen 85% van alle kabelabonnementen hetgeen overeenkomt met respectievelijk 37% (UPC), 27% (Essent) en 21% (Casema) van de kabelabonnementen. Ongeveer 10% van de huishoudens hebben een satellietabonnement voor TV en radio. Alternatieve infrastructuren, zoals analoge⁶ en digitale aardse TV of TV via ADSL (“IPTV”) maken slechts 1% van alle abonnementen uit.

Historisch gezien waren de kabelnetwerken in Nederland in het bezit van de gemeentes die de RTV diensten leverden tegen relatief lage prijzen. Volgend op de privatisering bleven de prijzen van kabeltelevisie stabiel door de contractuele voorzieningen die de kopers van de kabelnetwerken beletten de prijzen te verhogen. In de laatste drie jaar, zijn deze tarieven

⁴ Overeenkomstig Artikel 6 van de Kaderrichtlijn.

⁵ Aanbeveling van de Commissie 2003/311/EC van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecomunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecomunicatienetwerken en –diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, PB L114, 8.5.2003, blz. 45.

⁶ Het aantal omroepen dat ontvangen kan worden via analoge aardse TV is zeer beperkt (namelijk Nederland 1, 2 en 3 en enkele publieke regionale omroepen) en het gebruik ervan daalt bestending. Verwacht wordt dat Nederland 1, 2 en 3 vanaf 2006 niet meer via analoge aardse TV zullen worden doorgegeven.

gestegen. Desalniettemin wordt het aanbod van de kabeloperatoren over het algemeen beschouwd als kwalitatief goed en laag geprijsd.⁷

In haar kennisgeving verwijst OPTA naar een onderzoeksrapport, uitgevoerd door een consultancy firma (Dialogic), om de verwachte toekomstige marktontwikkelingen te beschrijven. Volgens dit rapport kan verwacht worden dat kabeloperatoren, bij stabiele tarieven, rond 9% van hun klanten aan alternatieve infrastructuren zullen verliezen tegen 2009, namelijk IPTV (dat een marktaandeel van 5,3% zal veroveren tegen 2009), digitale aardse transmissienetwerken (die een marktaandeel van 3,9% zullen veroveren tegen 2009) en satelliettransmissienetwerken (die een marktaandeel van 13,2% zullen veroveren tegen 2009), terwijl verwacht wordt dat de globale markt met minder dan 3% zal groeien.

De vooruitzichten van Dialogic zijn in onderstaande tabel meer in detail geïllustreerd:

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Kabel (analoog)	5832 (85,8%)	5450 (79,8%)	4267 (62,1%)	3276 (47,4%)	2685 (38,7%)	2179 (31,2%)
Kabel (digitaal)	116 (1,7%)	410 (6,0%)	1498 (21,8%)	2376 (34,4%)	2830 (40,8%)	3217 (46,1%)
IPTV	0 (0,0%)	21 (0,3%)	53 (0,8%)	124 (1,8%)	238 (3,4%)	368 (5,3%)
Digitale satelliet	640 (9,4%)	732 (10,7%)	803 (11,7%)	861 (12,5%)	903 (13,0%)	923 (13,2%)
Digitale aardse TV	71 (1,0%)	118 (1,7%)	168 (2,4%)	208 (3,0%)	246 (3,5%)	272 (3,9%)
Analoge aardse TV	135 (2,0%)	100 (1,5%)	80 (1,2%)	60 (0,9%)	40 (0,6%)	20 (0,3%)
Totaal	6794 (100%)	6831 (100%)	6868 (100%)	6905 (100%)	6942 (100%)	6979 (100%)

Tabel 12: Overzicht verwacht aantal gebruikers (televisiegezinne) van de verschillende televisiedistributiekanalen, 2004-2009 (voor meer informatie zie de brontabellen). Aantallen in duizenden.

De kabeloperatoren beschouwen deze vooruitzichten als te conservatief. In dit opzicht merkt de Commissie op dat het rapport waarop OPTA haar vooruitzichten stoelt, een reikwijdte geeft voor de te verwachten penetratie van alternatieve platforms naargelang de marktdynamiek en sommige door OPTA vermelde cijfers zijn aan de lage kant van deze reikwijdte. Ten aanzien van digitale aardse RTV, welke volgens bovenstaande tabel een marktaandeel van 3,5% (uitgedrukt in klantenaantal) zal bereiken in 2008, vermeldt het rapport dat dit transmissienetwerk feitelijk een marktaandeel van 10% zou kunnen bereiken tegen die tijd.⁸ Ten aanzien van IPTV, wijzen de vooruitzichten van verschillende onderzoeksinstituten en consultants naar een marktaandeel tussen 2% en 7,5% in 2009.⁹

Gezien het niveauverschil van verwachte marktaandelen naargelang het onderzoeksinstituut¹⁰ is het van belang concrete data te analyseren, zowel aangaande recente en aangekondigde investeringen door alternatieve platforms als aangaande daadwerkelijke in de markt waargenomen churn.

Het marktaandeel van satelliettransmissienetwerken die al sinds enige tijd beschikbaar zijn, zijn in het verleden beperkt gebleven doordat de gemeentes belemmeringen oplegden voor de plaatsing van satellietschotels. Kabeloperatoren vermelden echter dat nu deze belemmeringen opgeheven zijn, het stijgende aantal satellietabonnees sinds [vertrouwelijk]

⁷ Dialogic rapport, blz. 25

⁸ Dialogic rapport, blz. 34.

⁹ Dialogic rapport, blz. 46.

¹⁰ Deze gegevens zijn een essentiële informatiebron waarop Dialogic zijn vooruitzichten heeft gegrond, evenals op face-to-face en telefonische interviews (Dialogic rapport, onderzoeksmethodiek, blz. 6).

een negatief effect hebben op hun eigen aantal abonnees.¹¹ Canaal Digital, de grootste leverancier van satellietpakketten voor de Nederlandstalige markt alleen won bijna [vertrouwelijk] nieuwe klanten in 2004 (op een totaal van 640 000 abonnees van satellietpakketten dat jaar).¹² Canaal Digital verwacht in de komende drie jaar in totaal één miljoen abonnees te bereiken.¹³

De twee alternatieve transmissieplatforms, IPTV en digitale aardse RTV, verschenen pas in de laatste twee jaar op de markt. Deze transmissienetwerken en de proliferatie van multi-play diensten (combinatie van RTV en telefonie en/of Internet toegang) bieden mogelijkheden voor een veel grootschaligere en hevigere inter-platform concurrentie dan dit tot op heden het geval is geweest.¹⁴

Wat betreft het transmissienetwerk IPTV, heeft KPN aangekondigd dat zij eind 2005 een grootschalige IPTV-dienst met meer dan 50 televisiekanalen¹⁵, 100 radiozenders en een video-op-aanvraag-dienst zal lanceren via het eigen netwerk. OPTA schat, stoelend op het Dialogic report, dat KPN's IPTV aanbod in 2006 60% van de Nederlandse huishoudens zal beslaan.¹⁶ De exacte distributie van deze 60% volgens de drie geografische markten werd niet door OPTA geïdentificeerd, maar zal waarschijnlijk hoger liggen in die specifieke zones dan de landelijke 60%. Versatel, op haar beurt, heeft naar verluid rond de €[vertrouwelijk] uitgegeven om de rechten voor het live uitzenden van de eredivisie voetbalwedstrijden aan te kopen voor drie seizoenen, beginnend in het seizoen 2005/2006. Versatel zendt de wedstrijden uit via haar eigen telecommunicatienetwerk waarin het €[vertrouwelijk] aan het investeren is voor een opwaardering naar ADSL2+ technologie.¹⁷ Deze investeringen weerspiegelen het groeipotentieel van deze markt in Nederland. In deze samenhang is het relevant om te vermelden dat Nederland één van de hoogste breedband penetratie ratio's (22%) in de EU heeft. Haar buurlanden (Frankrijk en België) zullen naar verwachting ook deel uit maken van de Europese landen met de hoogste IPTV penetratie.¹⁸

Digitale aardse RTV is ook aan het uitbreiden. Digitenne is opgericht als een joint venture tussen onder meer KPN, Nozema en een aantal omroepen. Digitenne is in 2003 tot de markt toegetreden en is geleidelijk haar netwerk aan het uitrollen. Momenteel dekt Digitenne 2,7 miljoen huishoudens, een volledige nationale dekking is aangekondigd voor 2006.¹⁹ Drie ondernemingen bieden momenteel abonnementen voor Digitenne aan aan retailklanten: Digitenne zelf, KPN en Scarlett. KPN en Scarlett handelen als resellers. Zij bieden (bundelen) het digitale aardse RTV abonnement vaak met hun telefonie en/of internet

¹¹ [...]’s vertrouwelijke bijdrage.

¹² [...]’s vertrouwelijke bijdrage.

¹³ Dialogic rapport, blz. 37.

¹⁴ Zie ook Dialogic rapport, blz. 10-11.

¹⁵ Dit is aanzienlijk meer dan in het standaardpakket van de kabeloperatoren.

¹⁶ De mogelijkheid om IPTV te ontvangen kan beperkt worden door de afstand tussen de eindgebruiker en de centrale. OPTA schat dat zelfs na de opwaardering van de centrals naar ADSL 2+, ongeveer 60% van de huishoudens (verspreid over heel Nederland) snelheden zal kunnen bereiken die volstaan voor een IPTV aanbod. In haar antwoord op de aanvraag tot verdere toelichting, geeft OPTA echter aan dat er enige onzekerheid bestaat over de vereiste snelheid voor een IPTV aanbod en dat dit, onder andere, zal afhangen van het precieze dienstaanbod en het gegarandeerde niveau van de dienst door de operatoren.

¹⁷ [...] vertrouwelijke bijdrage.

¹⁸ Dialogic rapport, blz. 51-52.

¹⁹ www.digitenne.nl

diensten.²⁰ KPN heeft aangekondigd dat het in de eerste twee kwartalen van 2005 het aantal Digitenne abonnees heeft verdubbeld naar een totaal van 70 000 abonnementen.²¹ Het Dialogic rapport geeft aan dat dit voornamelijk veroorzaakt werd door een grootschalige promotiecampagne. Deze cijfers vertegenwoordigen de verkoop door KPN alleen en omvatten niet de directe verkoop door Digitenne en de verkoop door Scarlett. KPN heeft aangekondigd de volledige controle over Digitenne over te nemen (door de koop van Nozema). Het Dialogic rapport geeft aan dat dit tot een hogere stijging in abonnees kan leiden dan verwacht werd en als dusdanig 10% van de totale markt zou kunnen bereiken.²²

Tot op heden zijn kabeloperatoren niet onderhevig geweest aan retailregelgeving. OPTA was bevoegd om bindende aanwijzingen te geven in geval van wholesale toegangsgeschillen.²³ OPTA stelt voor om in de toekomst de volgende wholesale verplichtingen op te leggen aan UPC, Essent en Casema²⁴: (i) verlenen van toegang op redelijk verzoek, (ii) kostenoriëntatie, (iii) non-discriminatie, en (iv) transparantie. Zoals OPTA aanduidt zouden wholesaleverplichtingen mogelijk een beperkt effect kunnen hebben op vrij toegankelijke RTV over analoge kabelnetwerken vanwege relatief schaarse capaciteit en must carry verplichtingen. Kabeloperatoren investeren evenwel in hoge mate in de digitalisering van hun netwerken. UPC bijvoorbeeld heeft aangekondigd dat het rond €[vertrouwelijk] zal investeren om 1,7 miljoen klanten (dwz 74%)²⁵ van een gratis decoder te voorzien in de komende twee jaar. Digitalisering kan capaciteitsbeperkingen op kabelnetwerken opheffen, hetgeen de effecten van de voorgestelde wholesaleverplichtingen zou kunnen uitbreiden tot de vrij toegankelijke RTV.

Op 27 september 2005 concludeerde de Nederlandse Mededingingsautoriteit (“NMa”) in een onderzoek in de zin van de Nederlandse mededingingsregels dat de prijzen van UPC en Casema (twee kabeloperatoren onderhevig aan een onderzoek aangaande mogelijk misbruik van economische machtspositie) niet excessief waren.

II.2. Marktdefinitie

OPTA duidt aan dat in Nederland de omroepinhoud en de transmissiedienst voor het overgrote deel van de gebruikers aan elkaar gekoppeld zijn. Zo kan een eindgebruiker niet, of slechts in zeer beperkte mate, voor een transmissiedienst kiezen en vervolgens zijn eigen aanbod in de vorm van een aantal radio- en televisieprogramma's samenstellen. Zo krijgt een huishouden dat in Nederland een kabelaansluiting afneemt niet alleen de beschikking over een aansluiting, maar ontvangt hij ook een pakket aan radio- en televisiekanalen en betaalt hij één enkele factuur voor deze producten.²⁶

²⁰ Dialogic rapport, blz 28.

²¹ Dialogic rapport, blz 30.

²² Dialogic rapport, blz 34.

²³ Voor de uitvoering van deze bevoegdheid heeft OPTA “Richtsnoeren met betrekking to geschillen over toegang tot omroepnetwerken” opgesteld (verplichting om in te gaan op redelijke verzoeken om toegang tot het netwerk, daarvoor transparante en non-discriminatoire voorwaarden te hanteren en een kostengeoriënteerd tarief te berekenen).

²⁴ Zie kennisgeving NL/2005/0246.

²⁵ Dialogic rapport, blz 24.

²⁶ Overeenkomstig nationale wetgeving.

OPTA begint met het bepalen van de retailomroepmarkt en maakt daarbij onderscheid tussen (i) betaal²⁷ RTV-pakketten en (ii) vrij toegankelijke²⁸ RTV-pakketten. Vervolgens analyseert OPTA vraag- en aanbodsubstitutie tussen transmissiediensten op verschillende infrastructuren (bv. analoge en digitale aardse TV, satelliet, IPTV, glasvezelkabel) en besluit op grond hiervan dat elk platform een aparte productmarkt vormt.

Van al deze productmarkten onderscheidt OPTA op basis van de drie criteria test²⁹ één retail productmarkt die aan regelgeving ex ante³⁰ kan worden onderworpen, namelijk vrij toegankelijke RTV over kabel.³¹

OPTA bepaalt drie geografische markten; elk omvat het verzorgingsgebied van de individuele kabeloperatoren UPC, Essent en Casema.

II.3. Beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (“AMM”)

OPTA is voornemens om alle drie de kabeloperatoren aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht in de respectievelijke retailmarkten. OPTA's beoordeling stoelt op de volgende criteria: marktaandeelen (elke kabeloperator is een monopolist in zijn verzorgingsgebied), niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, ontbreken van kopersmacht, gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen, product-/dienstendiversificatie, schaalvoordelen en breedtevoordelen, verticale integratie, sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk, potentiële concurrentie en grenzen aan de expansie.

II.4. Regelgevingsmaatregelen

Teneinde de marktmacht op retailniveau te remediëren, is OPTA voornemens de volgende verplichtingen op te leggen aan UPC, Essent en Casema:

- (i) ontbundeling van vrij toegankelijke RTV-pakket van andere diensten (bv een decoder of interactieve diensten),

²⁷ De markt wordt gefinancierd door abonnementsgelden en, in mindere mate, door reclamegelden en/of overheidsbijdragen. Bij de markt voor betaal RTV is er sprake van een zakelijke relatie tussen de programma-aanbieder en de eindgebruiker enerzijds. Anderzijds heeft de programma-aanbieder een zakelijke relatie met een transmissiedienst-aanbieder.

²⁸ De markt is wordt grotendeels gefinancierd door reclamegelden en overheidsbijdragen. Er is sprake van een zakelijke relatie tussen de programma-aanbieder en de reclame-industrie en vormt de partij die de omroepinhoud verzorgt de zakelijke relatie met de eindgebruiker.

²⁹ De drie criteria die gebruikt worden voor het vaststellen van markten die in aanmerking kunnen komen voor regelgeving ex ante zijn: (1) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard; (2) de afwezigheid van marktstructuren die neigen naar daadwerkelijke mededinging; en (3) de onbekwaamheid van mededingingsrecht alleen om de betreffende marktverstoring(en) voldoende te verhelpen.

³⁰ Betreffende de retailmarkt voor betaal RTV over de kabel, stelt OPTA dat de wholesaleverplichtingen zoals voorgesteld en beoordeeld in zaak NL/2005/0246 volstaan om de mededingingsverstoringen in de retailmarkt te verhelpen. Zodoende beschouwt OPTA dat de retailmarkt voor betaal RTV over de kabel niet in aanmerking komt voor regelgeving ex ante.

³¹ Analoge aardse radio zal in een separaat besluit geadresseerd worden door OPTA.

- (ii) bekendmaking aan eindgebruikers welk tarief zij betalen voor welke diensten (dwz differentiatie tussen het eindgebruikertarief voor de transmissie van vrij toegankelijke omroepinhoud en het eindgebruikertarief voor de levering van vrij toegankelijke omroepinhoud), en
- (iii) hantering van een kostengeoriënteerd tarief voor de transmissiedienst van het vrij toegankelijke pakket; wijzigingen in het eindgebruikertarief door veranderingen in de transmissiekosten moeten ter goedkeuring aan OPTA voorgelegd worden.

Deze verplichtingen betreffen enkel het transmissiegedeelte van de vrij toegankelijke RTV markt vermits OPTA's bevoegdheid, zoals vastgesteld onder de Nederlandse Telecommunicatiewet en het Europese regelgevingskader, zich slechts uitstrekt tot transmissiediensten.

III. BEOORDELING EN ERNSTIGE TWIJFELS

De Commissie heeft de kennisgeving en de verdere toelichting verstrekt door OPTA onderzocht.

De Commissie is van mening dat de ontwerpmaatregelen onder Artikel 7(4)(a) van de Kaderrichtlijn vallen. De ontwerpmaatregelen betreffen een relevante markt die niet vermeld is in, en dus verschilt van, de Aanbeveling betreffende relevante markten die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen. De ontwerpmaatregelen zouden van invloed zijn op de handel tussen de lidstaten.³² De Commissie heeft ernstige twijfels omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregelen met het Gemeenschapsrecht en met name met de in Artikel 8 van de Kaderrichtlijn genoemde doelstellingen.

Overeenkomstig Artikel 15(3) van de Kaderrichtlijn, moeten NRIs bij het bepalen van markten volgens nationale omstandigheden, zoveel mogelijk rekening houden met de Aanbeveling. De Aanbeveling bepaalt 18 markten die voor regelgeving ex ante in aanmerking kunnen komen. Gezien het feit dat de bepaling van relevante markten moet steunen op principes van het mededingingsrecht, heeft de Commissie drie cumulatieve criteria vastgelegd.³³ Elke door een NRI bepaalde markt moet voldoen aan deze drie cumulatieve criteria vermeld in de Aanbeveling.³⁴

Overeenkomstig Artikel 8(2) van de Kaderrichtlijn, zullen NRIs de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en –diensten bevorderen onder meer door het stimuleren van efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur en het steunen van innovaties (paragraaf c). Het opleggen van verplichtingen zou deze doelstelling ten nadele kunnen komen indien de markt niet voldoet aan de drie criteria test.

³² Zie overweging 38 van de Kaderrichtlijn. Maatregelen kunnen van invloed zijn, direct of indirect, feitelijk of in potentie, op het handelspatroon tussen de lidstaten op een wijze die een belemmering kan vormen voor de interne markt. Meer in het bijzonder, de maatregelen kunnen investeringen voor de ontwikkeling van alternatieve transmissieplatforms voor RTV-pakketten door andere operatoren, inclusief bedrijven die in andere Lidstaten gevestigd zijn, verhinderen.

³³ Overweging 9 van de Aanbeveling.

³⁴ Overweging 19 van de Aanbeveling.

Overeenkomstig Artikel 8(4) van de Kaderrichtlijn zullen NRIs de belangen van de burgers van de Europese Unie bevorderen.

Op basis van de in dit stadium beschikbare gegevens, voldoet de retail markt voor de voorziening van vrij toegankelijke RTV in Nederland niet aan de drie criteria test en komt derhalve niet in aanmerking voor regelgeving ex ante.

De Commissie heeft daarom ernstige twijfels omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregelen met het Gemeenschapsrecht en met name met de in Artikel 8 van de Kaderrichtlijn genoemde doelstellingen.

Artikel 15(1) van de Kaderrichtlijn heeft de Commissie de taak gegeven om een aanbeveling aan te nemen waarin die producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector vermeld worden, waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn.

Op 11 februari 2003, na openbare raadpleging en overleg met NRIs, keurde de Commissie Aanbeveling 2003/311/EG betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector goed. Op basis van Bijlage I bij de Kaderrichtlijn omvat de Aanbeveling een lijst van 18 markten die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen. De Aanbeveling houdt er rekening mee dat in bepaalde omstandigheden ex ante verplichtingen opgelegd moeten worden om de ontwikkeling van een concurrerende markt te waarborgen.³⁵ Ze houdt ook rekening met het doel van het regelgevend kader van 2002, namelijk het geleidelijk terugdringen van sectorspecifieke regelgeving ex ante naarmate de mededinging op de markt tot ontwikkeling komt,³⁶ en het concentreren van regelgevende interventie op het wholesaleniveau, waarbij retailregelgeving enkel opgelegd wordt als laatste oplossing en na grondige overweging.³⁷

De NRIs kunnen markten bepalen die van de Aanbeveling afwijken. Zij moeten immers relevante markten bepalen die overeenkomen met de nationale omstandigheden en moeten dit doen overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. In dat opzicht moet worden nagegaan of een markt aan drie cumulatieve criteria voldoet: (1) aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard, (2) een marktstructuur die niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen een relevante tijdshorizon en (3) onbekwaamheid van mededingingsrecht alleen om de betreffende marktverstoring(en) voldoende te verhelpen.³⁸ Deze criteria, die cumulatief moeten worden toegepast, zorgen ervoor dat sectorspecifieke regelgeving slechts wordt opgelegd in markten waar er een voortdurende slechte marktwerking is,³⁹ rekening houdend met, wat betreft retailmarkten, regelgevende verplichtingen opgelegd in de relevante wholesalemarkten.

³⁵ Overweging 25 van de Kaderrichtlijn.

³⁶ Overweging 1 van de Aanbeveling. Dit doel wordt ook genoemd in Overweging 13 van Richtlijn 2002/19/EG betreffende toegang tot, en koppeling van, elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, waarin wordt aangegeven, met betrekking tot de marktanalyse die nationale regelgevende instanties moeten uitvoeren dat het doel is om ex ante sectorspecifieke regelgeving geleidelijk te verminderen naarmate de mededinging op de markt tot ontwikkeling komt.

³⁷ Deze doelstelling wordt aangegeven in overweging 26 van Richtlijn 2002/22/EG inzake universele dienst en gebruikersrechten in verband met elektronische communicatienetwerken en –diensten.

³⁸ Overweging 9 van de Aanbeveling.

³⁹ Overweging 16 van de Aanbeveling.

Op basis van de in dit stadium beschikbare gegevens, heeft de Commissie ernstige twijfels of de retailomroepmarkt aan de drie criteria voldoet en derhalve aan regelgeving ex ante kan worden onderworpen.

- *Criterium 1: de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn* ⁴⁰

OPTA besluit dat de toegangsbelemmeringen tot de retailsatelliettransmissiemarkt hoog en niet van voorbijgaande aard zijn. OPTA geeft aan dat de *“geconstateerde toetredingsdrempels ten aanzien van de transmissie, i.c. de geactiveerde aansluiting en de transmissiecapaciteit welke wordt ingezet ten behoeve van de verspreiding van het standaardpakket, [...] blijven bestaan.”* OPTA voegt hier aan toe dat de aard van de infrastructuur, zoals de beperkte capaciteit van de kabelnetwerken, impliceert dat de toegangsbelemmeringen niet van voorbijgaande aard zijn.

De Commissie benadrukt echter, zoals in de Aanbeveling vermeld, dat op markten waar innovatie een stuwende kracht is en die worden gekenmerkt door voortdurende technologische vernieuwing, toegangsbelemmeringen die verband houden met bestaande technologieën en infrastructuren minder relevant kunnen zijn om te bepalen of de markt in aanmerking komt voor regelgeving ex ante. Op dergelijke markten worden belemmeringen op het gebied van concurrentie vaak gevormd door innovatieve bedreigingen van potentiële concurrenten die nog niet op de markt opereren. De Aanbeveling bepaalt dat, op dergelijke markten waar innovatie een stuwende kracht is, dynamische concurrentie of concurrentie op langere termijn kan plaatsvinden tussen bedrijven die niet noodzakelijkerwijs concurrenten op een bestaande “statische” markt zijn.⁴¹ NRIs zouden in dergelijke gevallen rekening moeten houden met de waarschijnlijkheid dat ondernemingen die momenteel niet beschouwd worden als actief op de relevante markt, op middellange termijn verondersteld kunnen worden tot de markt toe te treden, in de zin dat hun producten of diensten een realistisch alternatief worden voor de producten en diensten aangeboden door de bestaande spelers op de markt.⁴² Daarom kan dergelijke potentiële toegang op dit ogenblik hoge toegangsbelemmeringen, gebaseerd op een bepaalde technologie of infrastructuur, van voorbijgaande aard maken. De Commissie is van mening dat de retailomroepmarkt die in deze kennisgeving beschreven wordt zo een markt is waar innovatie een stuwende kracht is en die wordt gekenmerkt door voortdurende technologische vernieuwing, aangezien nieuwe technologieën worden ingevoerd om gelijkaardige diensten aan eindgebruikers aan te bieden (in het bijzonder IP TV en digitale aardse transmissie).⁴³ Zoals hierboven vermeld in sectie II.1 en verder behandeld zal worden bij de beoordeling van het 2^{de} criterium, lijken de kabeloperators in Nederland geconfronteerd te worden met potentiële concurrentie van alternatieve platforms die alleen maar sterker zal worden tijdens de periode van de betrokken analyse.

De Commissie merkt op dat er in de loop van de laatste twee jaar aanbieders van gelijkaardige diensten over alternatieve infrastructuren op de markt zijn gekomen. Zij

⁴⁰ De evaluatie van het eerste criterium is nauw verwant met de beoordeling van het tweede hieronder behandelde criterium.

⁴¹ Overweging 13 van de Aanbeveling.

⁴² SMP Richtlijnen, paragraaf 74.

⁴³ De recente verschijning van alternatieve platforms zoals IP TV en DVB-T zijn het resultaat van innovatie en technologische ontwikkeling in de elektronische communicatie sector, in het bijzonder de verbetering van transmissiesnelheid in de stijgende DSL-enabled delen van het PSTN-netwerk en de ontwikkeling van digitale aardse transmissietechnologieën.

zijn met succes retailomroepdiensten beginnen aan te bieden en doen belangrijke investeringen om nieuwe klanten te verwerven.⁴⁴ De verwachte marktontwikkelingen die in het Dialogic rapport worden beschreven wijzen erop dat de kabeloperatoren klanten aan deze alternatieve platforms zullen kwijtraken.⁴⁵ Zelfs al wordt verwacht dat het totale marktaandeel van alternatieve platforms onder 24% blijft in 2009 en momenteel slechts ongeveer 10% bedraagt, dient opgemerkt te worden dat een beperkt marktaandeel als dusdanig geen aanwijzing is voor het bestaan van niet voorbijgaande toegangsbelemmeringen.

De Commissie is bezorgd dat aan deze elementen onvoldoende gewicht gegeven is bij het analyseren van de toetredingsbelemmeringen.

Tot slot moet worden opgemerkt dat kabeloperatoren in de loop van de komende jaren ook belangrijke investeringen zullen doen in hun kabelnetwerken wegens de geplande migratie van analoge naar digitale kabelnetwerken. De digitalisering van kabelnetwerken zal de beschikbare capaciteit hierop wezenlijk verhogen zodat huidige capaciteitsbeperkingen - waarnaar OPTA in haar analyse verwijst – mogelijk verdwijnen. Vrijwillige of gereguleerde toegang tot de kabelnetwerken⁴⁶ kan dan nog een alternatieve manier worden voor derden om tot de retailmarkt toe te treden.

Op grond van het voorafgaande, is de Commissie van mening dat OPTA's analyse van het bewijsmateriaal met betrekking tot de hoge en hardnekkige toegangsbelemmeringen geen rekening heeft gehouden met het feit dat de nieuwe technologieën, die worden ontwikkeld om gelijkaardige diensten aan eindgebruikers aan te bieden, de toetredingsbelemmeringen tot de retailomroepmarkt zoals in deze kennisgeving beschreven van voorbijgaande aard kunnen maken.

- Criterium 2: de structuur van de markt neigt niet naar een daadwerkelijke mededinging binnen een relevante tijdshorizon

Zelfs wanneer een markt wordt gekenmerkt door hoge toegangsbelemmeringen, kunnen andere structurele factoren op die markt inhouden dat de markt binnen de relevante tijdshorizon neigt naar een daadwerkelijk concurrerend resultaat.⁴⁷ Er is een zeker gebrek aan duidelijkheid in de kennisgevingkennisgeving in verband met de precieze tijdshorizon waarmee OPTA rekening houdt, maar in een position paper dat OPTA aan de Commissie overmaakte specificeert OPTA de relevante tijdshorizon als zijnde 3-5 jaar. Om aan dit criterium te voldoen, moet de NRI aantonen dat er geen marktontwikkelingen zijn die de marktmacht van de kabeloperatoren zouden beperken, onafhankelijk van de toegangsbelemmeringen tot de markt.

Om druk uit te oefenen op de prijzen van een andere dienst, is het niet noodzakelijk voor een concurrent om effectief op de markt actief te zijn en een wezenlijk marktaandeel te bereiken. Het beperkende effect van de loutere mogelijkheid tot markttoetreding kan zelfs ondernemingen met hoge marktaandelen verhinderen om marktmacht uit te oefenen. **Zoals**

⁴⁴ Onder andere Digitenne, KPN en Versatel. Zie sectie II.1. over feitelijke achtergrond.

⁴⁵ Volgens het Dialogic rapport: 9% of een totaal van 552.000 klanten tegen 2009. Tegen 2007, wordt het verwachte verloren marktaandeel geschat op 4% of 208.000 klanten. Deze prognoses zijn gebaseerd op stabiele prijzen en de kabeloperatoren beschouwen de schattingen als eerder conservatief (zie hierboven sectie II.1).

⁴⁶ Zoals voorgesteld door OPTA en behandeld in zaak NL/2005/0246.

⁴⁷ Overweging 14 van de Aanbeveling. Deze kalender zou met de periode tussen marktoverzichten van NRI moeten worden verbonden.

OPTA zelf toegeeft,⁴⁸ bestaat er (minstens) potentiële concurrentie van buiten de relevante markt zoals die door OPTA wordt afgebakend. Die potentiële concurrentie is ontstaan zonder enige vorm van regelgeving ex ante op retailniveau tot hiertoe.⁴⁹

Het overstappen tussen platforms op retailniveau lijkt in het verleden beperkt te zijn geweest, maar dit moet gezien worden in het licht van het feit dat twee van de alternatieve platforms, namelijk IP-TV en DVB-T slechts recentelijk op de markt zijn verschenen en zich nog aan het ontwikkelen zijn⁵⁰ en dat wettelijke beperkingen met betrekking tot een ander platform (satelliet) recent afgezwakt zijn. OPTA geeft in de kennisgeving enkele algemene voorspellingen aan over de ontwikkeling van de alternatieve infrastructuren en het effect op kabel, maar OPTA onderzoekt niet in welke mate de alternatieve infrastructuren reeds beschikbaar zijn in elk van de gebieden waarin de drie kabeloperatoren opereren. OPTA onderzoekt evenmin de daadwerkelijke churn van elk van de kabeloperatoren. Bepaalde kabeloperatoren wijzen er bijvoorbeeld op dat het digitale aardse aanbod dat KPN eind 2004 lanceerde tot een belangrijke daling in het aantal kabelabonnees heeft geleid.⁵¹

Verder verschaft OPTA een position paper van KPN, betreffende KPN's plannen om Nozema over te nemen, waarin werd aangegeven dat de intrede van KPN op de TV markt een invloed heeft gehad op het gedrag van de kabeloperatoren, die hun diensten hebben uitgebreid en de kosten voor eindgebruikers om over te schakelen naar digitale kabelaanbiedingen hebben vermindert.⁵²

De aanwezigheid van een externe druk op het gedrag van de drie kabeloperatoren (met betrekking tot prijszetting) lijkt verder te worden geïllustreerd door aanwijzingen dat de stijgende prijstrend is afgezwakt of zelfs tot stilstand is gekomen. Ondanks het feit dat de drie kabeloperatoren actief zijn in verschillende geografische markten en derhalve niet onderling concurreren, passen zij gelijkaardige prijzen toe, hetgeen eveneens op een gemeenschappelijke externe druk op hun prijzen kan wijzen. Tot slot lijken de kabeloperatoren minstens gedeeltelijk de migratiekosten van de eindgebruikers (in het bijzonder de modem) van een analoog naar een digitaal kabelabonnement te subsidiëren,⁵³ wat bij het ontbreken van om het even welke druk op de prijzen onwaarschijnlijk zou zijn.

⁴⁸ Paragraaf 273 van de kennisgevingkennisgeving.

⁴⁹ Het dient opgemerkt dat Commissie beschikkingen inzake fusiecontrole - hoewel deze niet de Nederlandse markt betroffen - vaststelden dat als resultaat van rechtstreekse concurrentiedruk tussen omroepplatforms, er geen reden was om de retail (Pay-TV) omroepmarkt op te delen volgens de verschillende platforms, d.w.z. aards, kabel en satelliet. Zie, bijvoorbeeld, de beschikking van de Commissie van 3 mei 2002 in Zaak M.2766 *Vivendi Universal/Hachette/Multithematiques*.

⁵⁰ In deze context moeten worden benadrukt dat NRIs, bij het definiëren en analyseren van relevante markten die gedefinieerd zijn met het oog op sectorspecifieke regelgeving, in hun beoordeling een appreciatie moeten maken van de toekomstige ontwikkeling van de markt (SMP Richtlijnen, punt 27).

⁵¹ [...]’s vertrouwelijk verschaft aan de Commissie, wijst erop dat het aantal abonnees met meer dan [...] gedaald is binnen minder dan [...] na invoering van KPN's aanbieding. Een dergelijke snelle vermindering van het aantal abonnees is in de voorafgaande [...] jaar niet voorgekomen.

⁵² Document getiteld "Verkoop van Nozema aan KPN in belang van de Nederlandse consument" dat aangeeft: "De toetreding van KPN in de TV markt heeft de kabelaars eindelijk wakker geschud. Allemaal hebben ze hun digitale TV diensten flink uitgebreid. Ze hebben allemaal de meerkosten die de consument daarvoor moest betalen teruggetrokken of sterk vermindert. De meeste zijn begonnen om de daarvoor nodige settop boxen te gaan subsidiëren. Eindelijk concurrentie. Eindelijk investering in digitalisering van de kabel."

⁵³ Zie hierboven sectie II.1 over de investeringen van UPC.

In elk geval is het niet mogelijk om op grond van de op dit moment beschikbare informatie uit de beperkte churn tussen platforms in het verleden definitieve conclusies te trekken betreffende de neiging naar een daadwerkelijke mededinging, en dit om drie redenen. Ten eerste zou het kunnen dat de prijzen in het verleden onder het marktniveau lagen wegens de contractuele overeenkomsten tussen de gemeenten en de kabeloperatoren. Ten tweede, zoals Dialogic besluit, is het concurrentiële aanbod van de kabeloperatoren één van de belangrijkste redenen voor de vrij beperkte groei van de marktaandelen van de alternatieve operatoren.⁵⁴ Ten derde, zal het meer intensief overstappen tussen platforms dat verwacht wordt binnen de periode van de betrokken analyse tot intensere concurrentiële druk vanwege alternatieve **platforms leiden, aangezien in een markt** die door hoge vaste kosten wordt gekenmerkt (zoals **de retail omroeptransmissiemarkt**), zelfs een kleine churn ertoe kan leiden dat de kabeloperator niet in staat is zijn in grote mate vaste kostenbasis te dekken.⁵⁵ Dit element is door OPTA niet in overweging genomen. De neiging naar meer mededinging wordt bevestigd in het recente besluit van de NMa betreffende de beweerde buitensporige tarieven van UPC en Casema, waarin de NMa verklaarde dat de retailtarieven van kabeloperatoren onder stijgende druk zullen staan, dit zowel door nieuwe concurrerende platforms zoals digitale aardse RTV transmissie en IPTV, als door andere ontwikkelingen zoals de uitbreiding van multiplay-bundels (combinatie van RTV met telefonie en/of Internet diensten).

De bovengenoemde indicatie, dat de markt neigt naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon, zelfs in afwezigheid van regelgeving ex ante, zou kunnen worden tegengesproken indien de overstapkosten zodanig zouden zijn dat zij het overstappen tussen platforms zouden afraden. Op grond van de gegevens die zij op dit ogenblik heeft, is de Commissie echter niet van mening dat dit het geval is.

Met betrekking tot IPTV schat OPTA dat IPTV diensten beschikbaar zullen zijn binnen de twee jaar voor 60% van de huishoudens. Hoewel de huidige aanbiedingen gekenmerkt worden door een beperkte omroepinhoud, wordt verwacht dat deze zal groeien en het aanbod van kabeltelevisie zal overschrijden.⁵⁶ OPTA geeft aan dat verschillende partijen erop hebben gewezen dat zij radio en televisie diensten via IP op de markt wensen te brengen.⁵⁷ OPTA onderbouwt niet waarom de IPTV aanbiedingen geen beperkend effect zouden kunnen hebben op de kabeloperatoren binnen de tijdshorizon van de betrokken analyse, in het licht van de stijgende ADSL breedbandpenetratie en de beperkte overstapkosten van de kabel naar IPTV in het geval dat klanten al over een ADSL breedbandaansluiting beschikken.⁵⁸

⁵⁴ In deze context moet men erop wijzen dat kabeloperatoren in de wholesale kabeltransmissiemarkt meer en meer de omroepen betalen voor hun inhoud om zo aantrekkelijkere RTV pakketten op de retailmarkten kunnen aanbieden, hetgeen een teken is stijgende concurrentie op het retailniveau. De verhoogde kost voor de inhoud zou trouwens één van de redenen achter de prijsverhogingen die in de retail markt in de loop van de afgelopen jaren werden waargenomen, kunnen zijn geweest.

⁵⁵ Dit kenmerk van de retail kabeltelevisieindustrie is benadrukt door diverse marktdeelnemers, waaronder [vertrouwelijk], in een reactie op het Dialogic rapport (dat nog niet beschikbaar was tijdens de nationale consultatie).

⁵⁶ KPN kondigde tegen eind 2005 grootschalig de IPTV dienst te zullen lanceren met 50 televisie en 100 radiokanalen.

⁵⁷ Paragraaf 131 van de kennisgevingkennisgeving. Voorts verklaart OPTA (in paragraaf 281 van de kennisgevingkennisgeving) dat IPTV de belangrijkste vorm van potentiële concurrentie is of in de toekomst zal zijn voor de kabel.

⁵⁸ Nederland heeft één van de hoogste breedbandpenetratie in de EU (22%). 60% van alle breedbandaansluitingen wordt geleverd met ADSL, dat afgelopen jaar met bijna 50% is toegenomen.

Met betrekking tot digitale aardse RTV, is het loutere feit dat Digitenne momenteel 27 televisiekanalen aanbiedt, terwijl de kabeloperatoren ongeveer 35 aanbieden, als dusdanig geen bewijs van een gebrek aan concurrentiële druk. Het aantal televisiekanalen dat op een bepaald platform wordt aangeboden lijkt namelijk minder relevant te zijn dan de beschikbaarheid van de populairste kanalen. In deze context erkent OPTA dat er geen belangrijk verschil is tussen het digitale aardse aanbod en het aanbod via de kabel en dat de top 10-kanalen in termen van kijkers op beide platforms beschikbaar zijn.⁵⁹ Voorts onderbouwt OPTA evenmin hoe de kost voor het aansluiten van een extra televisietoestel het overstappen van kabel naar digitale aardse RTV zou belemmeren,⁶⁰ noch of de beweerdere ontvangstoproblemen van digitale aardse RTV een belangrijk aantal klanten treft, en dan wel in zulke mate dat het een substantiële belemmering zou vormen om over te stappen. Tot slot vormen de eenmalige hogere kosten verbonden aan digitale aardse RTV op zich geen aanwijzing van hoge overstapkosten gezien de lagere maandelijkse tarieven in vergelijking met kabel.⁶¹

Met betrekking tot satelliet, overweegt OPTA dat "satelliet al in enige mate een concurrent is" van de kabeltelevisiediensten,⁶² en dat het een (klein) aantal kabelklanten in de volgende drie jaar zou moeten winnen.⁶³ Wanneer wordt verwezen naar beperkte substitueerbaarheid, verduidelijkt OPTA echter niet of de wettelijke beperkingen om satellietschotels te installeren een belangrijk aantal huishoudens betreft.⁶⁴ Voorts onderbouwt OPTA niet hoe de kosten om een extra televisietoestel aan te sluiten het overstappen van kabel naar satelliet zou belemmeren.⁶⁵ Tot slot zijn de eenmalige hogere kosten verbonden aan satelliet op zich geen aanwijzing van hoge overstapkosten gezien de aanzienlijk lagere maandelijkse tarieven en het aanmerkelijk grotere dienstenaanbod in vergelijking met de kabel.^{66 67}

⁵⁹ De negen populairste kanalen vertegenwoordigen meer dan 75% marktaandeel op basis van het aantal kijkers.

⁶⁰ Momenteel geldt enkel voor de analoge kabel dat er geen extra kosten zijn om televisie te kijken op het 2de televisietoestel. Men schat echter dat de digitale abonnementen, die extra kosten impliceren, tegen 2008 meer dan 50% van alle kabelverbindingen zullen uitmaken. Het wordt ook niet verklaard waarom het gratis of gesubsidieerde aanbod van decoders door kabeloperatoren, als bedrijfsstrategie, niet toepasselijk zou zijn op leveranciers van DVB-T diensten.

⁶¹ Hoewel DVB-T systemen - op voorwaarde dat zij niet door de DVB-T operatoren worden gesubsidieerd - een vrij hoge aankoopprijs hebben (tussen 40 en 130 euro), zijn de maandelijkse abonnementsprijzen lager dan voor de kabel (tussen 6 en 15 euro).

⁶² Paragraaf 278 van de kennisgeving.

⁶³ Punt 182 van de kennisgeving.

⁶⁴ In het bijzonder in het licht van (i) het feit dat de beperkingen op de installatie van satellietschotels, die voor een lange tijd zijn gehandhaafd, nu door de gemeenten zijn opgeheven en (ii) de Mededeling van de Commissie betreffende het gebruik van satellietschotels, die aangeeft dat gebruikers vrij moeten zijn om satellietschotels te gebruiken zonder onbehoorlijke technisch, administratief, planmatige of fiscale hindernissen.

⁶⁵ Momenteel geldt enkel voor de analoge kabel dat er geen extra kosten zijn om televisie te kijken op het 2de televisietoestel. Men schat echter dat de digitale abonnementen, die extra kosten impliceren, tegen 2008 meer dan 50% van alle kabelverbindingen zullen uitmaken. Het wordt ook niet verklaard waarom het gratis of gesubsidieerde aanbod van decoders door kabeloperatoren, als bedrijfsstrategie, niet toepasselijk zou zijn op satellietoperatoren.

⁶⁶ Hoewel satellietssystemen - op voorwaarde dat zij niet door satelliet RTV operatoren worden gesubsidieerd - een hogere eerste aankoopprijs hebben (rond 300 euro voor digitaal en 150 euro voor analoog), zijn de maandelijkse abonnementsprijzen veel lager dan voor de kabel (0 euro voor Astra, en 2,50 euro voor CanalDigitaal)

⁶⁷ In haar beschikking van 17 mei 2004 in Zaak M.3411 *UGC/Noos*, stelde de Commissie vast - met betrekking tot de Franse retail pay-TV markt - dat "althoewel satelliet pay-TV de installatie van een

Hieruit volgt dat in het huidige stadium van de procedure en op grond van de informatie die haar werd verschaft, de Commissie van mening is dat de markt binnen de relevante tijdshorizon die door OPTA is aangegeven naar daadwerkelijke mededinging neigt, in het bijzonder omwille van de stijgende concurrentiële druk uitgaande van alternatieve infrastructuren die ontstaan is zonder eerdere regelgevende interventie in deze markt tot nu toe.⁶⁸

- Criterium 3: de mate waarin het mededingingsrecht voldoende is om de geïdentificeerde marktverstoring te verhelpen

Het derde criterium onderzoekt de mate waarin het mededingingsrecht voldoende is voor het verminderen of wegnemen van toegangsbelemmeringen of het herstellen van daadwerkelijke concurrentie.⁶⁹ Het beoordeelt of regelgeving ex ante noodzakelijk is om een knelpunt, dat het ontstaan van een duurzame mededinging op een bepaalde markt verhindert, te verwijderen dan wel of dergelijke duurzame mededinging kan worden bereikt door enkel het mededingingsrecht toe te passen.

Op grond van de informatie die haar werd verschaft, is de Commissie van mening dat er geen nood is aan regelgeving ex ante in de huidige situatie. Immers, wat betreft de noodzaak van sectorspecifieke regelgeving (in het bijzonder prijscontrole) om op korte termijn de belangen van de consument te vrijwaren, merkt de Commissie op dat de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa) onlangs tot het besluit is gekomen dat de retail tarieven die door twee van de drie kabeloperatoren worden gehanteerd niet excessief zijn in de zin van de Nederlandse mededingingsregels. De kabeloperatoren verliezen momenteel klanten aan alternatieve platforms en de marktdynamiek zal de mogelijkheid van de kabeloperatoren om hun prijzen te laten stijgen verder beperken. Zelfs als de kabeloperatoren hun prijzen in de toekomst zouden verhogen, is het niet duidelijk waarom het mededingingsrecht niet zou volstaan om dat probleem op te lossen, in het bijzonder nu de NMa heeft aangetoond dat zij in staat is om de prijzen van de kabeloperatoren in vergelijking met hun kosten te beoordelen.

Wat de doeltreffendheid van de ex ante regelgeving betreft, is de Commissie bovendien bezorgd dat de voorgestelde maatregelen, in het bijzonder de prijscontrole, averechtse gevolgen zouden kunnen hebben. De regulering van retailprijzen voor kabeltransmissie kan inderdaad op zichzelf een toegangsbelemmering vormen⁷⁰ die de ontwikkeling van alternatieve infrastructuur op de Nederlandse retailmarkt en de digitalisering van de kabelnetwerken zou kunnen vertragen of bemoeilijken.⁷¹ Aldus zou regelgeving op retailniveau, in het bijzonder prijscontrole, kunnen verhinderen dat er op de Nederlandse

schotel vereist, en omslachtiger kan zijn dan de keuze voor kabel pay-TV wanneer het gebouw alleen kabelaansluiting heeft, blijkt dat de aansluitkosten niet zoveel verschillen. Kabel Pay-TV verkopers rekenen ook activeringskosten aan, terwijl de satellietoperatoren de schotel vaak kosteloos verstrekken zodat slechts de installatiekosten door klanten moeten worden betaald. Op dezelfde manier, hoewel prijsstructuren kunnen verschillen, blijkt het dat de uiteindelijke prijs die de consument betaalt niet zo verschillend is voor satelliet en kabel pay-TV aanbieders. "

⁶⁸ Dit beantwoordt aan de situatie die in Sectie 3.2.2. van de Toelichting bij de Aanbeveling wordt beschreven, die impliceert dat in dergelijke omstandigheden geen ex ante regelgeving nodig is.

⁶⁹ Overweging 15 van de Aanbeveling.

⁷⁰ Zie ook overweging 12 van de Aanbeveling waarin de prijscontrole als voorbeeld van regelgevende toegangsbelemmeringen wordt vermeld.

⁷¹ Dit argument wordt ook aangevoerd door de Nederlandse mededingingsautoriteit in zijn recent besluit inzake de tarieven van UPC en Casema (Besluit van 27 september 2005 in Zaak 3528/199, paragraaf 73).

markt een mededinging ontstaat die infrastructuurgericht is, hetgeen volgens de Commissie een betere waarborg zou bieden voor het belang van de consumenten inzake keuze, prijs en kwaliteit.⁷²

Omwille van de hierboven aangehaalde redenen, heeft de Commissie ernstige twijfels of de door OPTA voorgestelde ontwerpmaatregelen voldoen aan de vereisten van Artikel 15(3) van de Kaderrichtlijn, in samenhang met Aanbeveling 2003/311/EG van de Commissie, en Artikel 8 van de Kaderrichtlijn. Deze ernstige twijfels komen voort uit een gebrek, in deze fase van de procedure, aan een overtuigend en een eenduidig geheel van bewijzen dat de Nederlandse retailmarkt voor de levering van vrij toegankelijke radio- en televisiepakketten via kabel aan de drie criteria test voldoet en derhalve vatbaar is voor regelgeving ex ante.

Het standpunt van de Commissie betreft onderhavige kennisgeving, onverminderd de standpunten die zij zou kunnen aannemen ten aanzien van andere ter kennis gebrachte ontwerpmaatregelen.

De Commissie wijst erop dat de ontwerpmaatregelen overeenkomstig Artikel 7(4) van de Kaderrichtlijn niet mogen worden aangenomen gedurende een periode van nog eens twee maanden.

Overeenkomstig punt 14 van Aanbeveling 2003/561/EG⁷³ zal de Commissie dit document op haar website bekendmaken, samen met een bericht dat derden uitnodigt om binnen de vijf werkdagen opmerkingen te maken betreffende deze brief met ernstige twijfels. U wordt verzocht de Commissie binnen 3 werkdagen volgend op ontvangst van onderhavig document te informeren⁷⁴ indien u van mening bent dat dit document, in overeenstemming met communautaire en nationale voorschriften over zakengeheimen en vertrouwelijkheid, vertrouwelijke informatie bevat die u bij publicatie niet vermeld wenst te zien. Dergelijke aanvraag dient u te motiveren.

Voor de Commissie,

Viviane Reding

Lid van de Commissie

⁷² Artikel 8(2)(a) van de Kaderrichtlijn.

⁷³ Aanbeveling van de Commissie 2003/561/EC van 23 juli 2003 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in Artikel 7 van de Kaderrichtlijn, OJ L 190, 30.7.2003, p. 13.

⁷⁴ Uw aanvraag moet verstuurd worden per e-mail naar: INFISO-COMP-ARTICLE7@cec.eu.int, of per fax: +32.2.298.87.82.