



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

OPENBARE VERSIE

ZIENSWIJZE

namens

**EREDIVISIE MEDIA & MARKETING C.V.
("EMM")**

aan

**AUTORITEIT CONSUMENT MARKT
("ACM")**

naar aanleiding van het

**ONTWERPBESLUIT MARKTANALYSE
WHOLESALE FIXED ACCESS**

van 27 februari 2018 met kenmerk ACM/UIT/471

en met zaaknummer ACM/17/019945

10 april 2018

Maverick Advocaten N.V.
mr. B.J.H. Braeken
mr. X.Y.G. Versteeg
Barbara Strozziilaan 360
1083 HN Amsterdam



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

I. INLEIDING EN SAMENVATTING

- (1) EMM heeft kennis genomen van het Ontwerpbesluit Marktanalyse Wholesale Fixed Access (het "Ontwerpbesluit WFA") van de Autoriteit Consument en Markt van 27 februari 2018. In het Ontwerpbesluit WFA legt ACM verplichtingen op aan Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen, alsmede Reggefiber Group B.V, waarin KPN N.V. uitsluitende zeggenschap heeft (gezamenlijk "KPN") en aan VodafoneZiggo Group B.V. en haar groepsmaatschappijen (gezamenlijk "VodafoneZiggo"). In deze zienswijze brengt EMM haar standpunt, bedenkingen en suggesties ten aanzien van het Ontwerpbesluit WFA naar voren.
- (2) EMM verwelkomt het Ontwerpbesluit en de vaststelling van gezamenlijke AMM van KPN en VodafoneZiggo, nu hierdoor meer concurrentie op de retailmarkten voor televisiediensten zal ontstaan. Door het openstellen van de kabel kunnen onder meer huidige niet-landelijke distributeurs van televisiesignalen, landelijk hun diensten gaan aanbieden. Hierdoor wordt hun afzetmarkt vergroot en kunnen hun (content)kosten over meerdere abonnees worden 'uitgesmeerd', waardoor het rendabel blijft voor hen om de televisiekanalen van EMM aan te bieden.
- (3) EMM meent evenwel dat bepaalde verplichtingen voor VodafoneZiggo aanscherping behoeven om mogelijk negatieve (en onbedoelde) gevolgen te ondervangen. VodafoneZiggo beschikt over een eigen gratis sportkanaal dat concurreert met de sportkanalen van EMM. Om die reden voorziet EMM dat zonder de verplichting voor VodafoneZiggo om (i) op voorhand ongecodeerde kanalen te verplichten, dan wel in ieder geval haar eigen sportkanaal (Ziggo Sport (Basic)) te coderen, en (ii) de content-rechtenvergoeding voor haar eigen sportkanaal en het wholesaleaanbod voor toegang tot het kabelnetwerk at arms' length van elkaar uit te onderhandelen, VodafoneZiggo de mogelijkheid en de prikkel zal hebben om haar positie op de markt voor fixed access te gebruiken om haar concurrentiepositie ten aanzien van Ziggo Sport Basis te versterken ten koste van de positie van EMM.
- (4) EMM zal in deze zienswijze allereerst in Hoofdstuk II ingaan op de positie van EMM ten opzichte van distributeurs van televisiesignalen. Voorts zal EMM in Hoofdstuk III toelichten waarom zij VodafoneZiggo-abonnees reeds moeilijk kan bereiken met haar sportkanalenaanbod. In Hoofdstuk IV zal EMM ingaan op de verplichtingen die ACM oplegt aan VodafoneZiggo en de (mogelijke) gevolgen daarvan voor de positie van EMM. Tot slot zal EMM in Hoofdstuk V enkele suggesties doen om mogelijke negatieve gevolgen van de verplichting tot doorgifte van rtv-signalen weg te nemen of in elk geval te minimaliseren.

II. POSITIE EMM VIS-A-VIS DISTRIBUTEURS VAN RTV-SIGNALLEN

- (5) EMM is opgericht in 2008 door Eredivisie C.V. (een samenwerking tussen Eredivisievoetbalclubs en de KNVB) en Endemol Sports Investments met als doel de exploitatie van de uitzendrechten van (live) wedstrijden van Eredivisievoetbalclubs.¹ FOX Networks Group Netherlands heeft in 2012 een aandeel van 51% verworven in EMM. Tegelijkertijd met de goedkeuring van deze transactie door ACM (destijds NMa),² heeft ACM zich in een informele zienswijze uitgelaten over de exploitatie van uitzendrechten van (live) Eredivisiewedstrijden in het licht van het mededingingsrecht. In haar informele zienswijze kwam ACM tot de conclusie dat in ieder geval zolang EMM de uitzendingen van (live) Eredivisiewedstrijden op basis van non-discriminatoire

¹ Dit omvat de uitzendrechten (in ieder geval tot 30 juni 2025) van wedstrijden in de Eredivisiecompetitie, Jupiler League, de KNVB Beker en Johan Crujff Schaal. Voor het gemak zal worden gesproken over "Eredivisiewedstrijden".

² NMa Concentratiebesluit *Fox/Eredivisie*, zaak 7500/76, 29 november 2012.

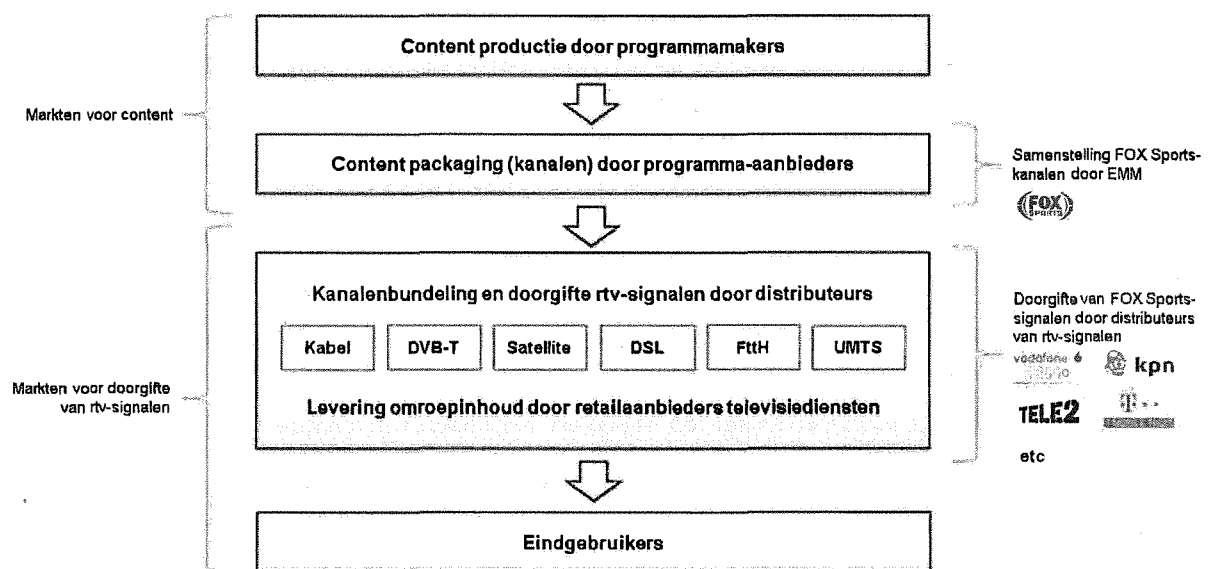


MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

voorwaarden beschikbaar stelt aan alle distributieplatforms, haar activiteiten niet in strijd zijn met het mededingingsrecht.³

- (6) EMM is momenteel actief als programma-aanbieder van zes FOX Sports-kanalen, te weten drie Eredivisie-kanalen ("FOX Sports Eredivisie") en drie televisiekanalen met buitenlands voetbal en andere (internationale) sport content. De FOX Sports-signalen zijn alleen digitaal beschikbaar. EMM is voor het bereiken van eindgebruikers (en dus de verkoop van haar programma's) afhankelijk van de digitale doorgifte van haar FOX Sports-signalen door distributeurs van rtv-signalen.
- (7) De positie van EMM ten opzichte van de distributeurs van rtv-signalen kan worden weergegeven in onderstaand schematisch overzicht van de productieketen voor de distributie en levering van rtv-signalen en content.⁴



- (8) Van belang hier is dat de FOX Sport-kanalen van EMM worden ingekocht door onder meer kabelbedrijven, KPN, Tele2 en T-Mobile, die de FOX Sports-kanalen opnemen in een (basis) televisiepakket en/of bundelen in een *add-on* pakket. Zij geven de FOX Sports-signalen door via (digitale) distributieplatformen⁵ naar een netwerkaansluitpunt van een eindgebruiker waar het signaal weer wordt omgezet in de oorspronkelijke content. Doorgaans vindt doorgifte van rtv-signalen (zowel op wholesale- als retailniveau) plaats via de eigen platformen van distributeurs.

Distributiemodel EMM

- (9) Voor de doorgifte van FOX Sports-signalen sluit EMM distributieovereenkomsten met distributeurs van rtv-signalen. Voorheen hanteerde EMM richting al haar afnemers het zogenaamde *revenue-sharing* model waarbij EMM een percentage van de retailopbrengsten ontvangt. Vanaf 2016 heeft

³ NMa Informele zienswijze *Fox/Eredivisie*, zaak 7500/77, 29 november 2012.

⁴ Dit schema is een versimpelde versie van de productieketen voor omroeptransmissiediensten zoals opgenomen door OPTA in het besluit *Analyse van de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo in het verzorgingsgebied van Ziggo*, 5 maart 2009, p. 60.

⁵ Digitale signalen worden eerst doorgegeven via een DTV dienstenplatform waarin de digitale signalen kunnen worden gecodeerd via *Conditional Access Systems* (CAS). Bovendien zijn DTV dienstenplatformen veelal voorzien van een elektronische programmagids (EPG), software interface voor interactieve televisiediensten (API) en een *Subscriber Management System* (SMS). Doorgifte van digitale en analoge signalen naar een netwerkaansluitpunt geschiedt (vervolgens) via distributieplatformen.



MAVERICK

Competition · Regulation | Litigation

EMM de overstap gemaakt naar een nieuw commercieel model waarbij distributeurs van FOX Sports-signalen een *minimum guarantee* afdragen aan EMM voor elke abonnee die bij het (digitale) televisieplatform van de distributeur is aangesloten.⁶ In ruil daarvoor hebben distributeurs van FOX Sports-signalen onder het nieuwe distributiemodel de mogelijkheid om FOX Sports (Eredivisie) op brede en flexibele wijze in te zetten in hun televisieaanbod. Op dit moment bieden de meeste aanbieders van retailtelevisiediensten in Nederland FOX Sports (Eredivisie) aan in hun televisieaanbod.⁷ De distributieovereenkomst tussen EMM en VodafoneZiggo (voorheen Ziggo en UPC) is vanwege een langere looptijd (vooral nog) gebaseerd op het *revenue-sharing* model.

- (10) Met het nieuwe distributiemodel tracht EMM een groter bereik te genereren voor de FOX Sports-kanalen onder televisieabonnees van haar afnemers. Distributieplatformen worden binnen het nieuwe commerciële model (financieel) geprikkeld om FOX Sports (Eredivisie) aan de man te brengen. Het aantal FOX Sports-abonnees is sinds de invoering van het nieuwe distributiemodel toegenomen van ruim 600.000 in 2016 tot ruim 1,1 miljoen abonnees eind 2017.

III. BEPERKT ADRESSEERBARE MARKT VOOR EMM ONDER VODAFONEZIGGO-ABONNEES

- (11) Als programma-aanbieder van FOX Sports (Eredivisie) is EMM voor haar dienstverlening aldus afhankelijk van doorgifte van haar televisiekanalen door distributeurs van rtv-signalen. Door het groot aantal eindgebruikers van KPN en VodafoneZiggo is het voor EMM in het bijzonder van belang om de televisieabonnees van zowel KPN als VodafoneZiggo te kunnen bereiken met haar FOX Sports-kanalen.⁸ Immers, wanneer het televisieklantenbestand van KPN of VodafoneZiggo niet of slecht toegankelijk is voor EMM, valt hiermee een aanzienlijk deel van de door haar te adresseren markt weg. Zoals EMM in dit hoofdstuk zal toelichten, is het voor EMM thans lastig om haar televisiekanalen te verkopen aan televisieabonnees van VodafoneZiggo, wat zich uit in een lage penetratiegraad van FOX Sports (Eredivisie) onder VodafoneZiggo-klanten.
- (12) FOX Sports wordt momenteel door vrijwel alle aanbieders van retailtelevisiediensten aangeboden, maar de retailproposities voor (één of meerdere) FOX Sports-kanalen variëren per aanbieder. Zo bieden sommige aanbieders één of meerdere FOX Sports (Eredivisie)-kanalen gratis aan als onderdeel van een basis televisiepakket of multiple play bundel, terwijl andere aanbieders (relatief hoge) additionele vergoedingen vragen. Het meest opmerkelijke verschil bestaat tussen de retailpropositie van VodafoneZiggo en die van andere aanbieders, zoals blijkt uit onderstaande tabel.

⁶ ACM Besluit *Voorwaarden FOX Sports Eredivisie* van 27 juni 2017 in hoofdstuk 5.1.4. constateert ACM dat het nieuwe commerciële model van EMM tot meer variatie in het retailtelevisieaanbod en onder meer tot lagere prijzen voor consumenten heeft geleid. ACM heeft dit recentelijk nog bevestigd in haar besluit op het bezwaar van KPN en CAIW op haar besluit van 27 juni 2017. Hiervan is nog geen openbare versie beschikbaar.



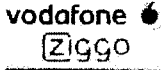




⁷ Alleen Tele2 en CAI Harderwijk bieden dit seizoen geen FOX Sports aan.

⁸ Op basis van cijfers ACM Telecommonitor H1 2017; Telecompaper, *Daling in aantal tv-aansluitingen zal versnellen in 2018*, 2 april 2018; en Telecompaper, *Ziggo takes its time to shut down analogue TV*, 8 maart 2018, heeft KPN een marktaandeel van 35-40% op basis van digitale televisieabbonementen en VodafoneZiggo een marktaandeel van 45-50% op basis van digitale televisieabbonementen.



MAVERICK

Competition · Regulation · Litigation

			
 Kanaal 1	n.v.t.	Gratis	n.v.t.
 Eredivisie	€ 7,50/m*	€ 7,50/m	€ 17,95/m
 International	€ 12,50/m	n.v.t.	€ 12,95/m
 Complete	€ 15,00/m	€ 12,50/m**	€ 19,95/m

* Gratis als onderdeel van quadruple play bundel
 ** € 5,-/m als onderdeel van quadruple play bundel

- (13) De reden voor de onaantrekkelijke retailpropositie van FOX Sports (Eredivisie) door VodafoneZiggo is gelegen in het feit dat VodafoneZiggo als enige telecomaandbieder beschikt over een (succesvol) eigen sportkanalenaanbod, bestaande uit het *add-on* sportkanalenpakket "Ziggo Sport Totaal" en het gratis beschikbare sportkanaal "Ziggo Sport" (hierna "Ziggo Sport Basis").
- (14) Ziggo Sport Basis toont, gedeeltelijk, een selectie van het beste van Ziggo Sport Totaal, het *add-on* sportkanalenpakket van VodafoneZiggo dat wel gecodeerd is en alleen verkrijgbaar is tegen een additionele vergoeding. Daarnaast zijn op het Ziggo Sport Basis-kanaal sportevenementen en omliggende programma's te zien die niet of pas later op Ziggo Sport Totaal worden uitgezonden. Mede als gevolg van het succes van Max Verstappen en de daarmee groeiende populariteit van Formule 1-races, biedt Ziggo Sport Basis voor veel Nederlandse televisiekijkers aantrekkelijke sport content. Dit geldt al helemaal nu ook andere populaire sportevenementen in toenemende mate (live) te zien (zullen zijn) op Ziggo Sport Basis. Zo zijn er steeds meer buitenlandse voetbalcompetities (onder meer Premier League) en wedstrijden van nationale sportteams (zoals hockey en handbal) te volgen op Ziggo Sport Basis. Bovendien verwierf VodafoneZiggo onlangs de uitzendrechten voor UEFA Champions League voetbal en is daarbij overeengekomen dat de UEFA Champions League-wedstrijden ook (live) op het Ziggo Sport Basis-kanaal mogen worden getoond.
- (15) Dat VodafoneZiggo beschikt over een sportkanalenaanbod met (steeds meer) aantrekkelijke (voetbal) content, heeft nadelige gevolgen voor EMM. Behalve dat FOX Sports moet concurreren met Ziggo Sport Basis om het verkrijgen en behouden van interessante sportcontent, spelen met name de retailproposities van VodafoneZiggo een grote rol. Zo levert VodafoneZiggo Ziggo Sport Basis standaard mee in het basis televisiepakket. Ziggo Sport Basis is daarmee gratis beschikbaar voor alle (digitale) televisieabonnees van VodafoneZiggo. Zoals ACM ook opmerkt in het Ontwerpbesluit WFA, is Ziggo Sport Basis een ongecodeerde, digitale (HD) zender die ook zonder smartcard toegankelijk is voor televisieklienten van VodafoneZiggo.⁹ Zelfs televisieabonnees die geen digitale ontvangst hebben, maar analoge televisie kijken, kunnen in principe via de OTT-dienst van VodafoneZiggo ("Ziggo Go TV") toegang krijgen tot Ziggo Sport Basis.
- (16) Terwijl VodafoneZiggo Ziggo Sport Basis kosteloos beschikbaar stelt aan al haar televisieklienten, biedt zij zoals gezegd FOX Sports (Eredivisie) tegen commercieel minder of niet aantrekkelijke condities aan. De gemiddelde VodafoneZiggo-abonnee zal door de ruime aanwezigheid van (gratis) aantrekkelijke sport content in zijn basis televisiepakket – waaronder begrepen Ziggo

⁹ Ontwerpbesluit WFA, randnummer 649.



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Sport Basis, maar ook NOS en Eurosport – niet geneigd zijn ook nog een abonnement voor FOX Sports (Eredivisie) aan te schaffen indien dit tegen een relatief hoge prijs in de markt wordt gezet. EMM ziet deze beperkte bereidheid terug in de (relatief) lage penetratiegraad van FOX Sports-abonnementen onder televisiekanten van VodafoneZiggo. Onderstaande grafiek toont de penetratiegraad voor FOX Sports Eredivisie onder VodafoneZiggo- en KPN-kanten.

[VERTROUWELIJK]

- (17) Enerzijds voorziet VodafoneZiggo aldus haar eigen sportkanaal van steeds meer interessante (voetbal)content en biedt zij al haar abonnees kosteloze toegang hiertoe. Anderzijds werpt VodafoneZiggo verschillende drempels op voor haar televisiekanten om een abonnement op FOX Sports (Eredivisie) te nemen. Deze combinatie zorgt ervoor dat de (digitale) televisieabonnees van VodafoneZiggo reeds moeilijk bereikbaar zijn voor EMM, zoals ook blijkt uit bovenstaande grafiek. Een lage penetratiegraad voor FOX Sports (Eredivisie) heeft als voordeel voor VodafoneZiggo dat zij op die manier hogere kijkcijfers kan behalen met haar eigen sportkanalenaanbod. Hoe hoger de kijkcijfers, hoe groter de advertentie-inkomsten het eigen sportkanalenaanbod van VodafoneZiggo genereert.
- (18) Bovendien speelt op de achtergrond mee dat al langere tijd een civiel geschil aanhangig is tussen EMM en VodafoneZiggo (voorheen Ziggo en UPC). Het gaat in deze procedure om de vraag of het juridisch mogelijk is voor VodafoneZiggo om voormalige UPC-kanten onder de langer lopende distributieovereenkomst van Ziggo te scharen.¹⁰ In dat geval ontloopt VodafoneZiggo (vooralsnog) de toepassing van het nieuwe distributiemodel van EMM dat juist gericht is op brede inzet van FOX Sports (Eredivisie) door distributeurs. Uit het feit dat VodafoneZiggo er een kostbare, langlopende civiele procedure voor over heeft om, als enige distributeur, niet gebonden te zijn aan het nieuwe distributiemodel van EMM, blijkt dat VodafoneZiggo een sterke (financiële) prikkel heeft om afname van FOX Sports (Eredivisie) onder haar abonnees zo beperkt mogelijk te houden.

Toepasselijkheid regelgevend kader

- (19) EMM begrijpt dat de belemmerde toegang tot VodafoneZiggo-kanten die zij ondervindt op zichzelf genomen niet kwalificeert als een mededingingsprobleem dat ACM thans beoogt te adresseren in het Ontwerpbesluit WFA. Dat betekent echter niet dat de effecten die de door ACM opgelegde verplichtingen sorteren op de hier geschetste situatie, niet op (directe dan wel indirecte wijze) betrokken dienen te worden in het onderhavige marktanalysebesluit. Het regelgevend kader voor (ex-ante regulering) van elektronische communicatienetwerken- en diensten is immers van toepassing op markten voor de doorgifte van rtv-signalen en in het bijzonder op

*"een dienst bestaande in het verzorgen van een basispakket via de kabel, voor de levering waarvan transmissiekosten en een bedrag ter zake van de betaling aan de omroepen en de aan de collectieve rechtenorganisaties in verband met de openbaarmaking van hun content afgedragen rechten in rekening worden gebracht"*¹¹

- (20) Bovendien bepaalt considerans 5 uit de preambule van de Richtlijn inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) het volgende:

"[d]e scheiding tussen de regelgeving inzake transmissie en de regelgeving inzake inhoud staat er niet aan in de weg dat rekening wordt gehouden met de relaties die

¹⁰ Voorzieningenrechter Hof Amsterdam van 27 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3025.

¹¹ HvJ 7 november 2013, *UPC/Gemeente Hilversum*, zaak C-518/11, punt 47.



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

tussen beide bestaan, teneinde pluralisme in de media, culturele verscheidenheid en consumentenbescherming te garanderen."

- (21) EMM meent dan ook dat ACM bij het formuleren van verplichtingen in de definitieve versie van het marktanalysebesluit WFA rekening dient te houden met de (mogelijke) gevolgen hiervan op de positie van programma-aanbieders. Dit geldt in het bijzonder wanneer de voorgenomen verplichtingen mede zien op een partij die tevens beschikt over een direct met EMM concurrerend sportkanaal. EMM licht dit hieronder nader toe.

IV. OPENSTELLEN KABEL HEEFT (MOGELIJK) POSITIEF EFFECT OP DE DOORGIFTE VAN RTV-SIGNALEN EN VERRUIMT DE ADRESSEERBARE MARKT VOOR EMM

- (22) EMM staat als zodanig positief tegenover het voornemen van ACM in het Ontwerpbesluit WFA om meer concurrentie te introduceren op de markten voor Wholesale Fixed Access, in het bijzonder ten aanzien van het kabelnetwerk. In het Ontwerpbesluit WFA legt ACM onder meer de verplichting op aan VodafoneZiggo om

- (i) te voldoen aan redelijke verzoeken van alternatieve aanbieders om toegang tot het kabelnetwerk van VodafoneZiggo en hiertoe een WBT-aanbod te leveren via *National Head-End* (hierna aangeduid met de "**Toegangsverplichting**");¹²
 - (ii) digitale televisiekanalen door te leveren waarvan alternatieve aanbieders de content-rechten hebben verworven en die VodafoneZiggo reeds zelf aanbiedt aan haar klanten. Tevens dient VodafoneZiggo te voldoen aan redelijke verzoeken om één of enkele extra digitale televisiekanalen aan te bieden (hierna aangeduid met de "**Doorgifteverplichting**");¹³ en
 - (iii) te voldoen aan redelijke verzoeken om specifieke kanalen te coderen op het kabelnetwerk indien blijkt dat een contentleverancier onredelijke (tarief)voorwaarden stelt aan een alternatieve aanbieder (hierna aangeduid met de "**Codeerverplichting**").¹⁴ ACM acht het evenwel niet proportioneel om VodafoneZiggo bij voorbaat al een verplichting tot coderen van ongecodeerde kanalen op te leggen.¹⁵
- (iv) EMM is in het bijzonder positief over de Toegangsverplichting en de mogelijke impact hiervan op de distributie van haar televisiekanalen. Wat betreft de Doorgifteverplichting en de Codeerverplichting die ACM voornemens is op te leggen, voorziet EMM echter mogelijk negatieve implicaties op (in elk geval) de positie van EMM. EMM meent derhalve dat deze verplichtingen aanscherping behoeven. In dit hoofdstuk zal EMM ingaan op de positieve effecten van de Toegangsverplichting. In de hoofdstukken hierna behandelt EMM de Doorgifteverplichting en Codeerverplichting en doet daarbij suggesties om deze verplichtingen zodanig aan te passen dat daaruit geen negatieve consequenties uitgaan voor de positie van EMM.

Positieve effecten Toegangsverplichting

- (23) Voorop staat dat EMM verwacht dat de Toegangsverplichting positieve effecten zal hebben. De Toegangsverplichting draagt in potentie zowel bij aan het creëren van een gelijk spelveld tussen FOX Sports en Ziggo Sport Basis, als aan de mogelijkheid voor distributeurs om – ook op de langere termijn – FOX Sports te blijven aanbieden.
- (24) In de eerste plaats zal de toename van concurrentie op de retailmarkt voor televisiediensten bijdragen aan betere mogelijkheden voor programma-aanbieders om televisiekijkers te bereiken. Door meer concurrentie op de (retail)markt voor televisiediensten te creëren, is het aannemelijk

¹² Ontwerpbesluit WFA, randnummers 634 tot en met 645 en Dictum randnummer XIX.

¹³ Ontwerpbesluit WFA, randnummers 651 en 652 en Dictum randnummer XIX onder a.

¹⁴ Ontwerpbesluit WFA, randnummers 653 tot en met 657.

¹⁵ Ontwerpbesluit WFA, randnummer 654.



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

dat een deel van de huidige VodafoneZiggo-klanten zal overstappen naar andere distributeurs. Aangezien VodafoneZiggo de enige distributeur is met een eigen sportkanaal, is aannemelijk dat deze distributeurs niet dezelfde (perverse) prikkel hebben als VodafoneZiggo om FOX Sports (Eredivisie) tegen een onaantrekkelijke prijs in de markt te zetten. Nu voormalige VodafoneZiggo-klanten bij een alternatieve aanbieder in beginsel niet kosteloos Ziggo Sport Basis in hun basispakket meegeleverd krijgen, vergroot de Toegangsverplichting in feite de adresseerbare markt voor EMM (onder kabeltelevisieabonnees). In zoverre draagt de Toegangsverplichting aldus bij aan een *level playing field* tussen de FOX Sports-kanalen en Ziggo Sport Basis.

- (25) In de tweede plaats brengt de Toegangsverplichting mee dat FOX Sports (ook in de toekomst) betaalbaar zal kunnen blijven. Door toegang tot het kabelnetwerk af te nemen, kunnen aanbieders met een thans nog lokale of regionale footprint eenvoudig hun geografische bereik uitbreiden door gebruik te maken van het landelijke netwerk van VodafoneZiggo. Dat is van belang omdat EMM ervaart dat de penetratiegraad van FOX Sports (Eredivisie) onder aanbieders met een landelijke dekking over het algemeen hoger is, dan bij aanbieders met een lokale of regionale dekking. Dit heeft deels te maken met het feit dat grotere aanbieders er beter in slagen Fox Sports op commercieel slimme wijze aan de man te brengen, maar deels ook met het feit dat landelijke aanbieders een veel breder en meer gedifferentieerd dienstenpakket in de markt hebben gezet. Dat uitgebreide dienstenportfolio stelt (vaak: de grotere, landelijk opererende) distributeurs in staat om meer omzet te behalen met hun abonnees. Daardoor vertegenwoordigen die abonnees een grotere waarde voor deze distributeurs en zullen zij meer moeite doen om een klant te behouden. Het voorkomen van *churn* staat voor deze distributeurs dan ook vaak hoog op hun prioriteitenlijst. Het opnemen van Fox Sports (Eredivisie) in het pakket (al dan niet tegen een beperkte meerprijs) is voor veel distributeurs een manier om die *churn* te voorkomen. Omdat FOX Sports dus een instrument vormt om klanten te kunnen behouden, zijn landelijke aanbieders reeds om die reden eerder geneigd om FOX Sports door te blijven geven. Bij regionaal of lokaal opererende distributeurs is die prikkel in mindere mate afwezig omdat een abonnee voor hen doorgaans minder waarde vertegenwoordigt.
- (26) De door ACM voorgestelde Toegangsverplichting stelt ook kleinere distributeurs in staat om, mogelijk ten koste van VodafoneZiggo, hun bereik te vergroten, hun dienstenportfolio uit te breiden en zo meer waarde per abonnee te creëren. Uiteindelijk zal dit ertoe leiden dat meer distributeurs een prikkel hebben om FOX Sports door te geven, waardoor het bereik van Fox Sports zal toenemen. Dit is van belang, want hoe groter het bereik van FOX Sports is, hoe meer mogelijkheden er voor EMM zijn om eventueel toekomstige kostenstijgingen (bijvoorbeeld als gevolg van toegenomen content-kosten) te absorberen en nog steeds een aantrekkelijke positie in de markt te kunnen zetten.
- (27) EMM voorziet aldus dat de Toegangsverplichting om meerdere redenen positieve effecten zal hebben op de markt voor doorgifte van rtv-signalen, in het bijzonder voor zover het de doorgifte van televisiekanalen betreft die concurreren met het Ziggo Sport Basis-kanaal van VodafoneZiggo.

V. AANPASSEN VERPLICHTINGEN VOOR VODAFONEZIGGO IS PASSEND EN PROPORTIONEEL TENEINDE (MOGELIJK) NEGATIEVE IMPACT OP DOORGIFTE VAN FOX SPORTS-SIGNALLEN TE VOORKOMEN

A. Doorgifteverplichting en Codeerverplichting hebben (potentieel) negatieve effecten

- (28) In het Ontwerpbesluit WFA onder 6.9.2.1. "Televisie" gaat ACM in op de doorgifte van televisiekanalen. ACM overweegt hierin dat vanwege het inefficiënt gebruik van de capaciteit van het kabelnetwerk, het proportioneel is om VodafoneZiggo te verplichten om digitale televisiekanalen door te leveren ten behoeve van televisiediensten van alternatieve aanbieders.



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Niet alle televisiekanalen die VodafoneZiggo doorgeeft, zijn momenteel gecodeerd en kunnen dus niet via een *Conditional Access System* worden geblokkeerd. Als gevolg hiervan brengt de Doorgifteverplichting mee dat zowel digitale, ongecodeerde televisiekanalen als analoge televisiekanalen "in alle gevallen voor de abonnees van de alternatieve aanbieder [zijn] te ontvangen".¹⁶ Dit betekent dat distributeurs die gebruik zullen maken van het wholesaleaanbod van VodafoneZiggo in beginsel automatisch het ongecodeerde Ziggo Sport Basis-kanaal aan hun abonnees kunnen aanbieden.

- (29) Hoewel EMM op zichzelf genomen kan volgen waarom ACM de Doorgifteverplichting oplegt, ontbreken in de achterliggende redenering enkele belangrijke overwegingen. In het Ontwerpbesluit WFA stelt ACM dat VodafoneZiggo ongecodeerde, digitale kanalen weliswaar kan coderen, maar ACM acht het niet proportioneel om bij voorbaat een verplichting tot coderen van ongecodeerde televisiekanalen op te leggen.¹⁷ Dit omdat het voor abonnees van VodafoneZiggo zonder smartcard daardoor niet langer mogelijk zal zijn om die kanalen te bekijken. ACM ziet alleen reden om VodafoneZiggo te verplichten televisiekanalen alsnog te coderen wanneer een alternatieve aanbieder anders geconfronteerd zou worden met bovencompetitieve content-rechtenvergoedingen. ACM gaat er in randnummer 656 van het Ontwerpbesluit WFA vanuit dat VodafoneZiggo mogelijk een prikkel zal hebben om door middel van hoge content-rechtenvergoeding voor haar eigen televisiekanalen, toegang tot haar netwerk te belemmeren.
- (30) De tegenovergestelde situatie, namelijk dat VodafoneZiggo juist baat heeft bij lage content-rechtentarieven (om daarmee de propositie van EMM minder aantrekkelijk te maken), blijft echter buiten beschouwing terwijl dit ook denkbaar is. Tot op heden is Ziggo Sport Basis exclusief beschikbaar voor VodafoneZiggo klanten, maar het marktanalysebesluit WFA zal een verandering van het landschap meebrengen. Hierdoor zouden ook de strategie en prikkels van VodafoneZiggo ten aanzien van het Ziggo Sport Basis-kanaal kunnen wijzigen. Zo bestaat er een reële mogelijkheid en een prikkel voor VodafoneZiggo om met alternatieve aanbieders overeen te komen dat zij het Ziggo Sport Basis-kanaal (tegen gunstige content-rechtentarieven) mogen opnemen in hun (basis) televisiepakket. VodafoneZiggo zou hier op twee manieren baat bij kunnen hebben:
- (i) VodafoneZiggo behoudt hiermee het volledig bereik van Ziggo Sport Basis onder haar huidige abonnees (ook als die een retail-relatie aangaan met een andere distributeur). VodafoneZiggo hoeft haar eigen ongecodeerde kanalen immers niet te coderen wanneer zij hiervoor een content-rechtenvergoeding overeenkomt met alternatieve aanbieders.
 - (ii) VodafoneZiggo vergroot zo mogelijk het bereik van Ziggo Sport Basis, namelijk wanneer de toekomstige abonnees van alternatieve aanbieders op de kabel niet afkomstig zijn van VodafoneZiggo, maar bijvoorbeeld van KPN. Het Ziggo Sport Basis-kanaal zal op die manier hogere advertentie-inkomsten kunnen genereren voor VodafoneZiggo.
- (31) De hierboven geschetste strategie van VodafoneZiggo kan nadelig uitpakken voor EMM. De reeds beperkt adresseerbare markt voor EMM (onder kabeltelevisieabonnees) zou hierdoor in feite nog kleiner worden. Op retailniveau zullen eindgebruikers van alternatieve aanbieders minder snel geneigd zijn om FOX Sports (Eredivisie) af te nemen wanneer zij (gratis of tegen een hooguit zeer beperkte vergoeding) Ziggo Sport Basis kunnen kijken (in hun basis televisiepakket). Op distributieniveau bestaat er bovendien een reëel risico dat alternatieve aanbieders die gebruik maken van toegang tot het kabelnetwerk zullen overwegen überhaupt geen distributieovereenkomst (meer) te sluiten met EMM.
- (32) De in Hoofdstuk IV hierboven beschreven mogelijke positieve effecten van openstelling van het kabelnetwerk van VodafoneZiggo worden in feite ongedaan gemaakt. Bovendien zou EMM zelfs

¹⁶ Ontwerpbesluit WFA, randnummer 654.

¹⁷ Ontwerpbesluit WFA, randnummer 654.



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

een deel van haar huidige abonnees kunnen verliezen. Met name wanneer huidige distributeurs van FOX Sports-signalen gebruik gaan maken van het wholesaleaanbod van VodafoneZiggo, kan de impact hiervan voor EMM aanzienlijk zijn. Dit zou zich bijvoorbeeld voordoen indien T-Mobile Thuis – die FOX Sports Eredivisie momenteel standaard in haar basispakket aanbiedt – televisie via de kabel zou gaan aanbieden en daarbij Ziggo Sport Basis in haar basispakket opneemt. In dat geval is het voor T-Mobile Thuis minder of niet langer interessant om (ook) FOX Sports Eredivisie (in haar basispakket) te blijven aanbieden. Mogelijk verliest EMM daarmee in één keer een grote hoeveelheid abonnees.

B. Het opleggen van een ontbundelingsverplichting is passend en proportioneel

- (33) Gelet op de mogelijkheid en prikkel voor VodafoneZiggo om Ziggo Sport Basis "standaard mee te leveren" met haar wholesaleaanbod, behoeven de door ACM voorgestelde Doorgifte- en Codeerverplichting aanpassing teneinde de positieve effecten van de Toegangsverplichting niet te ondermijnen. EMM doet hiertoe twee suggesties: een ontbundelingsverplichting en een algemene codeerverplichting.
- (34) Om de negatieve effecten van de Doorgifteverplichting te minimaliseren, is het van belang dat een alternatieve aanbieder niet (oneigenlijk) wordt beïnvloed bij de samenstelling van zijn televisieaanbod. ACM merkt in dat kader dan ook terecht op dat alternatieve aanbieders "*zelf moeten kunnen bepalen welke van deze kanalen hij wenst aan te bieden aan zijn klanten.*"¹⁸ De Doorgifteverplichting stelt alternatieve aanbieders dan ook expliciet in staat om eigen content te distribueren en zo een onderscheidend televisieaanbod te creëren. De huidige verplichtingen voorkomen echter niet dat bepaalde televisiekanalen (van VodafoneZiggo) standaard worden meegeleverd met het wholesaleaanbod en zo een voorkeursbehandeling krijgen binnen het televisieaanbod van de alternatieve aanbieder (ten koste van concurrerende televisiekanalen zoals Fox Sports).
- (35) EMM meent dat ACM de hierboven geschetste mogelijke mededingingsproblemen dient te ondervangen door het opnemen van een ontbundelingsverplichting. Nu VodafoneZiggo de mogelijkheid en prikkel heeft om haar wholesaleaanbod te bundelen met haar televisiekanalenaanbod, is het passend en proportioneel om VodafoneZiggo te verplichten de content-rechtenvergoeding voor haar eigen televisiekanalen separaat uit te onderhandelen, dat wil zeggen: *at arms length's* en dus geheel los van de onderhandelingen met betrekking tot het wholesaleaanbod om toegang tot het kabelnetwerk te krijgen. Hiermee moet worden voorkomen dat VodafoneZiggo bundelkortingen hanteert, dan wel bepaalde tarieven en/of voorwaarden voor de ene dienst afhankelijk maakt van de afname van andere diensten door de alternatieve aanbieder.
- (36) Alleen door een dergelijke ontbundelingsverplichting op te leggen – in combinatie met een aangescherpte Codeerverplichting zoals toegelicht hieronder – kan daadwerkelijk een onafhankelijk retailtelevisieaanbod van alternatieve aanbieders op het kabelnetwerk van VodafoneZiggo tot stand komen. Een ontbundelingsverplichting bevordert aldus de concurrentie op de markt voor doorgifte van rtv-signalen en draagt bij aan het creëren van een divers retailaanbod (op het kabelnetwerk) ten gunste van eindgebruikers.

C. Aanscherping verplichting tot coderen van digitale televisiesignalen van Ziggo Sport Basis is passend en proportioneel

- (37) Behalve een ontbundelingsverplichting, ziet EMM reden voor ACM om de Codeerverplichting uit te breiden tot een algemene codeerverplichting. In tegenstelling tot hetgeen ACM overweegt in randnummer 654 van het Ontwerpbesluit, meent EMM dat het wél passend en proportioneel is om

¹⁸ Ontwerpbesluit WFA, randnummer 653.



MAVERICK

Competition Regulation / Litigation

VodafoneZiggo bij voorbaat een verplichting op te leggen om ongecodeerde televisiekanalen in zijn geheel te coderen, en in ieder geval het Ziggo Sport Basis-kanaal te coderen.

- (38) In de eerste plaats is een algemene codeerverplichting, zoals ACM zelf ook terecht opmerkt in randnummer 662 van het Ontwerpbesluit WFA, "*een relatief eenvoudige maatregel die met beperkte investeringen gerealiseerd kan worden*". Gelet op de toenemende digitalisering, waaronder de reeds geplande uitfasering van analoge televisie, is volledige codering van het televisiekanalenaanbod geen verstrekkende oplossing. Dit geldt temeer nu algehele codering het mogelijk maakt voor alternatieve aanbieders om een *internet only* dienst aan te bieden via het netwerk van VodafoneZiggo.¹⁹ Een algemene codeerverplichting sluit in meerdere opzichten dus aan bij de (technische) ontwikkelingen in de telecomsector en de veranderende vraag van de consument, die in toenemende mate televisie kijkt via OTT-diensten.
- (39) In de tweede plaats is de aannahme van ACM dat (digitale) televisieabonnees van VodafoneZiggo zonder smartcard na codering geen toegang meer zouden hebben tot die televisiekanalen, waaronder Ziggo Sport Basis, feitelijk onjuist. Het basis televisiepakket, waaronder Ziggo Sport Basis, blijft toegankelijk voor hen via Ziggo Go TV. Bovendien brengt het beschikbaar stellen van een decoder aan deze televisieabonnees relatief weinig kosten met zich. ACM stelt in dit kader zelf dat "*de kosten hiervoor niet meer [bedragen] dan enkele tientallen euro's per aansluiting*".²⁰ Het eventuele nadeel voor VodafoneZiggo (en haar abonnees) is aldus veel beperkter dan het Ontwerpbesluit WFA op dit punt doet suggereren. Anderzijds wegen andere belangen aanzienlijk zwaarder, zoals het belang van
- (i) een programma-aanbieder om onbelemmerd haar televisiekanalen aan te kunnen bieden aan alternatieve distributeurs,
 - (ii) een alternatieve aanbieder om op onafhankelijk wijze een televisieaanbod samen te stellen, en
 - (iii) de eindgebruiker bij een gedifferentieerd aanbod van televisiepakketten ((ook) via de kabel).
- (40) Het laatste punt is met name van belang in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 van de Telecommunicatiewet. Niet alleen ten aanzien van prijs, maar zeker ook wat betreft de samenstelling van (basis)pakketten, moet de keuze voor consumenten tussen verschillende televisiediensten worden bevorderd. ACM behoort dergelijke aspecten mee te nemen bij de vaststelling van verplichtingen in het kader van Hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet.²¹
- (41) Voor zover ACM zou oordelen dat een algemene codeerverplichting een te verstrekkende maatregel betreft – hetgeen EMM betwist – meent EMM dat hoe dan ook aanleiding bestaat om VodafoneZiggo de verplichting op te leggen haar eigen kanalen bij voorbaat te coderen. Zoals reeds aangehaald, biedt het scenario waar ACM in het Ontwerpbesluit WFA vanuit gaat, VodafoneZiggo onevenredig veel ruimte om een voor haarzelf gunstige commerciële strategie toe te passen. VodafoneZiggo kan zelf beslissen of (en wanneer) zij haar ongecodeerde televisiekanalen alsnog codeert, afhankelijk van of het voor haar gunstig is om Ziggo Sport Basis beschikbaar te stellen aan alternatieve aanbieders. Bovendien stelt de huidige Codeerverplichting VodafoneZiggo in staat om zelf een redelijkheidsoordeel te vellen over het verzoek van een alternatieve aanbieder om het eigen televisiekanaal van VodafoneZiggo alsnog te coderen. De verschillende interne belangen van VodafoneZiggo in dit opzicht, maken dat de Codeerverplichting zoals nu geformuleerd veel ruimte laat aan VodafoneZiggo om deze

¹⁹ Ontwerpbesluit WFA, randnummer 662.

²⁰ Ontwerpbesluit WFA, randnummer 662.

²¹ Het gaat daarbij om de algemene doelstellingen om de concurrentie te bevorderen bij het leveren van elektronische communicatiediensten en de belangen van eindgebruikers te bevorderen wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

verplichting op strategische en onredelijke wijze in te vullen. EMM stelt met klem dat zo een situatie voorkomen dient te worden.

- (42) Om voorgaande redenen acht EMM het onder gegeven omstandigheden passend en proportioneel dat ACM VodafoneZiggo verplicht om haar volledige televisiekanalenaanbod – maar in ieder geval het Ziggo Sport Basis-kanaal – bij voorbaat te coderen.

