

Zienswijze Tele2 en T-Mobile Concept-oordeel televisiemarkt

1. Inleiding

1. OPTA heeft de televisiemarkt onderzocht en heeft op 23 juni 2011 haar Concept-oordeel gepubliceerd. OPTA komt op basis van haar onderzoek tot de conclusie dat de televisie markt niet gereguleerd hoeft te worden. Doorslaggevend voor deze conclusie zijn a) de afname van het belang van analoge televisie, b) de digitalisering van het televisieaanbod via 5 (vijf) verschillende infrastructuren, en c) het aantal nieuwe toetreders op deze markt.
2. Tele2 Nederland B.V. (Tele2) en T-Mobile Netherlands B.V. (T-Mobile), maken graag gebruik van de geboden gelegenheid om te reageren op het Concept-oordeel.
3. Kort gezegd menen Tele2 en T-Mobile dat OPTA de productmarkt en de geografische markt onjuist heeft afgebakend en, mede daarom, tot de verkeerde slotsom is gekomen dat de markt neigt naar daadwerkelijke mededinging. De relevante markten neigen niet naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon en komen wel degelijk in aanmerking voor ex-ante regulering.
4. Tele2 en T-Mobile menen, kort gezegd, dat UPC en Ziggo beschikken over aanmerkelijke marktmacht in die geografische gebieden waar voor eindgebruikers geen analoge televisiediensten over glas beschikbaar zijn en dat OPTA aan hen de verplichting dient op te leggen om in deze gebieden WLR-C aan te bieden.
5. De titel en conclusie van het Concept-oordeel wekken de suggestie dat dit oordeel in zijn definitieve vorm geen besluit in de zin van de Awb zou zijn. Die suggestie is onjuist. Een dergelijk oordeel zou immers het rechtsgevolg hebben dat de televisiemarkt niet voor ex-ante regulering in aanmerking komt. Bovendien heeft deze zienswijze tevens het karakter van een tot OPTA gerichte aanvraag van Tele2 en T-Mobile om een besluit tot aanwijzing en regulering van de relevante televisiemarkten op de wijze als in deze zienswijze nader wordt toegelicht, tegen de onverhoopte afwijzing waarvan zij rechtsmaatregelen kunnen instellen.

2. De analyse van OPTA op hoofdlijnen

6. Aangezien de televisiemarkt niet is opgenomen in de Aanbeveling relevante markten (2007) onderzoekt OPTA allereerst of deze markt voldoet aan de drie-criteriatoets. Deze drie criteria zijn de volgende:

a) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Deze kunnen een structureel, wettelijk of regelgevend karakter hebben;

b) de marktstructuur neigt niet naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken op concurrentiegebied is "achter" de toegangsbelemmeringen;

c) het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen.

7. Ten aanzien van het eerste criterium komt OPTA tot de conclusie dat de televisiemarkt wordt gekenmerkt door hoge toetredingsdrempels. OPTA concludeert wel dat deze toetredingsdrempels verlaagd zijn ten opzichte van het Omroepbesluit uit 2009. OPTA stelt dat niet zonder meer kan worden vastgesteld 'dat niet wordt voldaan aan het eerste criterium' en onderzoekt daarom ook het tweede criterium.
8. Op basis van een analyse van de retailmarkt voor televisie komt OPTA vervolgens tot de conclusie dat niet voldaan wordt aan het tweede criterium, waardoor OPTA niet verder toekomt aan het afbakenen van de wholesalemarkt, het bepalen of er op dit moment dominantie is op de relevante retail- en/of wholesalemarkt en het eventueel opleggen van verplichtingen.
9. Ondanks dat het marktaandeel zeer sterk wijst op AMM, ook aan het einde van deze reguleringsperiode, komt OPTA tot de conclusie dat de markt neigt naar daadwerkelijke mededinging. OPTA trekt deze conclusie op basis van een aantal trends. De belangrijkste hiervan zijn digitalisering en toename van concurrentie op koper en glas en verbetering van het aanbod van concurrenten.
10. OPTA laat de geografische marktafbakening en de vraag of er sprake is van dominantie op de relevante markten in het midden. Tele2 en T-Mobile kunnen zich niet vinden in het oordeel van OPTA dat niet is voldaan aan het tweede criterium. Tele2 en T-Mobile zijn van mening dat er geen fundamentele veranderingen hebben plaatsgevonden sinds de afgelopen marktanalyse. OPTA zou op basis van het marktaandeel van de kabels, nu en aan het einde van de komende reguleringsperiode de conclusie moeten trekken dat alles wijst op een markt waar UPC en Ziggo AMM hebben en de markt dus niet neigt naar daadwerkelijke mededinging. Het 'harde bewijs' dat een marktaandeel biedt wordt naar de mening van Tele2 en T-Mobile ook niet tegengesproken door de zachte en subjectieve criteria en de bewijslast die OPTA hiervoor aandraagt. OPTA overschat het belang van de trends die volgens haar bijdragen aan daadwerkelijke mededinging en onderschat de positie van kabels en het belang van analoge TV in het bijzonder.
11. Hierna zullen Tele2 en T-Mobile achtereenvolgens ingaan op de marktafbakening van de retailproductmarkt, geografische markt en de analyse door OPTA van de drie-criteriatoets.

3. Onjuiste productmarktafbakening

3.1 aparte productmarkt voor (bundels met) analoge TV

12. Het belang dat klanten hechten aan analoge TV heeft OPTA onvoldoende meegewogen in de marktafbakening. OPTA gaat er ten onrechte aan voorbij aan dat veel klanten analoge tv nog steeds zien als een belangrijk onderdeel van hun pakket aan diensten dat ze willen afnemen. Het wel of niet kunnen ontvangen van analoge tv is een reden voor eindgebruikers om een totaal pakket af te nemen bij een kabelaanbieder en niet bij een alternatieve aanbieder zoals Tele2 of T-Mobile. Dit geldt niet alleen voor analoge TV (stand-alone of aangeboden in een bundel met internet en telefonie) maar ook voor digitale TV (al dan niet aangeboden in een bundel met internet en telefonie). Digitale TV wordt door UPC en Ziggo namelijk uitsluitend gebundeld aangeboden, dat wil zeggen mét analoge TV.
13. Het gevolg hiervan is dat het een extra lock-in creëert omdat eindgebruikers een tweede of derde TV toestel zonder extra moeite of kosten (voor een decoder of aanleg van extra bekabeling) kunnen aansluiten.

Het belang van analoge TV wordt ook aangetoond door kwantitatieve gegevens

[Tele2 bedrijfsvertrouwelijk]

[...]

[einde Tele2 bedrijfsvertrouwelijk]

14. Tele2 en T-Mobile verzoeken OPTA deze cijfers te betrekken in:
- (i) de marktafbakening en de conclusie over marktafbakening te herzien en daar zo nodig aanvullend onderzoek naar te doen;
 - (ii) een heroverweging van het oordeel dat niet wordt voldaan aan het tweede criterium van de drie-criteria toets.
15. Tele2 en T-Mobile menen daarom dat er aanwijzingen zijn dat er een aparte productmarkt bestaat voor elk aanbod, waarin een analoge (hetzij stand alone, hetzij in een bundel met digitale TV) televisiedienst is opgenomen. OPTA concludeert in haar concept-oordeel zelf al (randnummer 116) dat het gelijktijdig hebben van een abonnement op een digitale televisiedienst naast een abonnement op analoge kabel er op kan duiden dat digitale televisiediensten geen vraagsubstituut vormen voor analoge televisiediensten. Ook het onderzoek van Veldkamp uit 2011 (p.21) maakt duidelijk dat een aanzienlijk deel van de eindgebruikers in de verzorgingsgebieden van de kabelgebruikers gebruik maakt van zowel analoge als digitale televisie over de kabel: 51% in het verzorgingsgebied van Ziggo en 39% in het verzorgingsgebied van UPC. Dit zijn duidelijke aanwijzingen dat er sprake is van een aparte markt voor enerzijds analoge en bundels van analoog en digitaal en anderzijds stand alone digitale televisiediensten.
16. Een andere belangrijke aanwijzing dat analoge en digitale televisie tot een afzonderlijke productmarkt behoren is het feit dat er barrières bestaan voor de overstap van analoog naar digitaal only (dus partijen die digitaal niet gebundeld met analoog (kunnen) aanbieden).
17. Voor UPC en Ziggo en haar klanten zijn de drempels om klanten ook digitaal aan te bieden beperkt. Er is hier ook geen sprake van een overstap naar een andere dienst maar van upselling bij de analoge TV dienst. De kabel en aansluiting veranderen

niet. Het enige wat klanten moeten doen is een kastje plaatsen tussen de kabel en de tv. De financiële drempel voor de kabelaar is laag, omdat kabelaaars al inkomsten uit analoge TV genereren. Hierdoor is de drempel voor de klant ook laag.

18. Daarbij komt ook nog dat de klant zijn analoge TV signaal niet kwijt raakt. Hij verliest alleen het analoge TV signaal als hij overstapt naar een andere aanbieder. Bij UPC en Ziggo kan hij op zijn tweede en derde TV gewoon analoge TV blijven kijken. Mocht onverhoopt het digitale signaal bij de kabelaar niet werken kan hij altijd (tijdelijk) terugvallen op het analoge signaal. Bij een overstap naar bijvoorbeeld IPTV kan dat niet.
19. Juist dit zorgt voor een grote overstapdrempel voor alternatieve partijen om te kunnen concurreren met kabelaaars. De klant verliest het analoge signaal waardoor klanten een probleem hebben met het aansluiten van een tweede of derde TV. Daarnaast kunnen alternatieve aanbieders hun set-top box niet financieren uit de analoge TV dienst en dus moet de set-top box terugverdiend worden in de tariefstelling van de digitale TV dienst, dit in tegenstelling tot de kabelaar, die al inkomsten genereert uit de analoge TV dienst.
20. Een cruciaal punt dat door OPTA wordt overschat is de mogelijkheid die partijen als Tele2 en T-Mobile hebben om een tweede TV aan te sluiten via koper. OPTA geeft simpelweg de percentages weer van het koperen netwerk waarover twee volwaardige TV signalen geleverd kunnen worden. Met ADSL2+ en VDSL is het mogelijk in een beperkt gebied twee tv's aan te sluiten, echter OPTA lijkt te veronderstellen dat met de upgrade van het kopernetwerk door KPN het overal mogelijk zal worden om eenvoudig twee tv's aan te sluiten, door de hogere snelheden die door pairbonding mogelijk zijn.
21. Allereerst is het nog maar de vraag of pair bonding inderdaad wel gaat leiden tot daadwerkelijke vergroting van het gebied waar het aansluiten van twee tv's mogelijk is. Gelet op KPN's aankondiging dat pairbonding in eerste instantie alleen ingezet gaat worden op koperlijnen korter dan 1400 meter. Partijen kunnen in dat gedeelte nu al voldoende bandbreedtes aanbieden voor twee IP TV signalen. Mocht pair bonding wel leiden tot een vergroting van het marktgebied, dan moet OPTA ook analyseren welke bedrijfseconomische mogelijkheden deze upgrade afnemers op het koperen netwerk biedt.
22. Daarnaast houdt OPTA houdt hierbij ook geen rekening met de feitelijke overstapdrempels. Er zijn hoge kosten verbonden aan het geschikt maken van het koperen netwerk voor meerdere TV signalen. Deze kosten worden ook doorgerekend aan interne en externe afnemers op het netwerk van KPN. Het gaat hierom de eenmalige en extra maandelijkse lijn huur voor pair bonding.
23. De voorstellen die KPN voor pair bonding heeft gedaan leiden tot een inschatting van de volgende kosten voor het aansluiten van een tweede TV toestel:
[bedrijfsvertrouwelijk Tele2 & T-Mobile]
 ...
[einde bedrijfsvertrouwelijk Tele2 & T-Mobile]
 - aansluitkosten voor pair bonding €150-500,-
 - extra maandelijkse lijnkosten. €5,83

Daarnaast heeft de klant te maken met het aanpassen van de binnenbekabeling, denk hierbij aan het trekken van Ethernet kabels van het modem naar de tweede tv. Een kabelaar heeft ook daar geen last van, omdat de coax infrastructuur reeds aanwezig is.

24. Een additionele overstapdrempel voor Tele2 en T-Mobile (en overige niet-kabelaars) is dat het niet rendabel is om TV-only abonnementen aan te bieden. Deze drempels geldt voor alle aanbieders op koper en glasvezel. Gezien de inkoopkosten van de lijn en de hoge kosten voor auteursrechten is het simpelweg niet rendabel om alleen TV aan te bieden. Dit wordt ook in het onderzoek van Veldkamp onderkend (2011, p. 58 e.v.): *'Er is uitgegaan van volledige beschikbaarheid van infrastructuur. Tot slot zijn bundelabonnementen bij de analyse buiten beschouwing gelaten. Als gevolg hiervan zijn er geen abonnementen van Tele2 in de analyse betrokken. Deze aanbieder biedt alleen televisie aan in combinatie met internet en telefonie.'*
25. De bovengenoemde overstapbarrières worden bevestigd door het onderzoek van Veldkamp (2011, p. 50). Afhankelijk van de huidige kabelaanbieder, geeft tussen 91 en 95% van de TV kijkers die momenteel alleen analoge televisie afnemen en in de komende drie maanden niet wensen over te stappen, aan tevreden te zijn met hun huidige abonnement. Tussen de 72 en 78% is niet geïnteresseerd in andere vormen van televisiekijken. Tussen 55 en 66% ziet op 'tegen het gedoe van overstappen naar digitale televisie' en tussen 43 en 50% vindt digitale televisie te duur. Uit een nader onderzoek van Veldkamp (2011, p.50-51) naar de groep mensen die aangeeft dat zij bewust niet kiezen voor digitale televisie omdat er nadelen aan verbonden zijn, geeft 71% aan dat dit komt door de extra kosten voor digitale televisie. 57% van deze groep ziet het bovendien als nadeel dat men bij meer televisies in huis, voor elke televisie een aparte decoder nodig heeft.
26. Volgens Tele2 en T-Mobile concludeert OPTA ten onrechte (in randnummer 190 van het Concept-oordeel) dat televisiediensten via de infrastructuur kabel, glasvezel, DSL, (digitale) ether en satelliet tot dezelfde relevante productmarkt behoren. Zij menen dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen producten waarbij analoge televisie (stand-alone of in een bundel) wordt geleverd en producten waarbij dit niet het geval is.
27. Dat heeft in de eerste plaats te maken met een aanzienlijk verschil in functionele mogelijkheden tussen televisie over de kabel (het beginpunt van de analyse van OPTA) en televisie via de satelliet en de ether. OPTA concludeert zelf (in paragraaf 3.4.6.5) dat via satelliet (i) geen interactieve diensten worden aangeboden, (ii) geen bundels met internettoegang en telefonie wordt aangeboden; en (iii) het bereik beperkt is tot 60 tot 70% van de Nederlandse huishoudens, terwijl bovendien (iv) aanzienlijke investeringen zijn vereist in satellietapparatuur. Over de functionaliteiten van televisie via de ether concludeert OPTA zelf (in paragraaf 3.4.6.4) dat (i) enkel een standaardpakket wordt aangeboden, (ii) geen HD-kwaliteit wordt geleverd en (iii) geen interactieve diensten worden aangeboden.
28. De figuur op pagina 45 van het concept-oordeel maakt in één oogopslag duidelijk wat de functionele verschillen zijn tussen kabel aan de ene kant en satelliet en de ether aan de andere kant. Waar de kabel in staat is alle genoemde functionaliteiten/diensten te leveren over het netwerk (alle lichten staan op groen), staat het licht bij satelliet 4 van de 9 keer op rood (functionaliteit/dienst niet

beschikbaar) en bij de ether 5 van de 9 keer op rood en twee keer op geel (functionaliteit/dienst beperkt). Indien we enkel kijken naar deze figuur biedt zelfs mobiele TV (twee keer rood, drie keer geel) meer functionaliteiten/diensten dan ether en satelliet. Mobiele televisie hoort volgens OPTA echter niet tot de relevante productmarkt, satelliet en ether wel.

29. In de tweede plaats blijkt uit het onderzoek van Veldkamp (2011, p.62-63) dat verhogingen van de prijs voor kabeltelevisie nauwelijks leiden tot een overstap van de kabel naar ether of satelliet. Bij een gesimuleerde prijsstijging van het bestaande kabelabonnement van de ondervraagde met 10 euro (een prijsstijging van meer dan 50%!) stapt slechts 2-3% over naar de ether en slechts 1% naar de satelliet. Bij een verhoging van de prijs van zowel kabel- als ethertelevisie met 10 euro stapt nog steeds maar 1% over naar de satelliet. Ook andersom is er nauwelijks overstap. Bij een prijsstijging van Digitenne met 15 euro stapt maar 1% van de televisiekijkers via de ether over op kabeltelevisie van UPC of Ziggo (Veldkamp 2011, p. 59). Bij een vergelijkbare verhoging van de prijs van satelliettelevisie stapt slechts 3% over naar de kabel (p. 61).
30. OPTA overweegt in haar concept-oordeel dat zowel ether als satelliet vanuit de kabel gezien 'een minder perfect substituut zijn dan bijvoorbeeld dsl-iptv' (randnummers 181 en 186), maar trekt niet de, in het licht van de onderzoeksuitkomsten zeer voor de hand liggende, conclusie dat televisie via de ether en de satelliet in het geheel géén substituut zijn voor en niet tot dezelfde relevante productmarkt behoren als televisie via de kabel. Dat is onbegrijpelijk en onjuist, gelet op het hierboven geschetste feit dat eindgebruikers zelfs bij zeer grote procentuele prijsstijgingen van hun huidige kabelabonnement nauwelijks overstappen naar de ether of de satelliet en omgekeerd.
31. Ten aanzien van afname van diensten via de satelliet merkt OPTA op dat de overstap van kabel naar satelliet, en vice versa, relatief beperkt is (randnummer 187). Dat blijkt ook uit het onderzoek van Veldkamp (2011, p. 33) waarin is becijferd dat slechts 15% van de huidige satelliet-gebruikers (binnen de groep van TV-kijkers die de afgelopen twee jaar is overgestapt) daarvoor diensten afnam over de kabel. Omgekeerd komt 24% van de huidige kabelconsumenten bij de satelliet vandaan. De overstap tussen kabel en satelliet en vice versa is dus inderdaad beperkt, maar laat bovendien zien dat er een duidelijke trend is van satelliet naar kabel en niet andersom. OPTA voert zelf al aan dat dit mede te maken kan hebben met de hoge overstapdrempel die de aanschaf en installatie van een satelliet is voor consumenten (randnummer 187). Verderop in haar analyse onderkent OPTA expliciet dat de concurrentiedruk van satelliet op kabel beperkt is (randnummer 304).
32. Kortom, er bestaan op zijn minst duidelijke aanwijzingen dat de levering van televisiediensten via de ether en via de satelliet niet behoren tot dezelfde relevante productmarkt als televisie via de kabel, terwijl de aanwijzingen die in de door OPTA bepleite kant wijzen aanzienlijk zwakker zijn. Deze televisie diensten oefenen derhalve subsidiair een beperkte concurrentiedruk uit op kabel.
33. Tele2 en T-Mobile wijzen erop dat OPTA in de vorige marktanalyse evenzeer constateerde dat alleen glasvezelnetwerken en kabelnetwerken op het niveau van functionele kenmerken volledige substituten zijn (UPC-besluit, randnummer 311) en dat ook diverse andere indicatoren wezen op een nauwe afbakening (UPC-besluit,

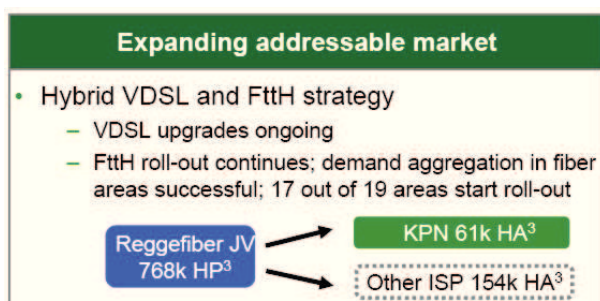
randnummer 332). OPTA verbond hier in de marktanalysebesluiten geen conclusies aan omdat het voor de materiële beoordeling niet uitmaakte. Ook in de beroepsprocedures tegen de marktanalysebesluiten verdedigde zij zich maar half: Zie § 5.2.5 van het verweerschrift van OPTA in de beroepsprocedure tegen de marktanalysebesluiten:

Ondanks de (nog) bestaande verschillen tussen de omroeptransmissieplatforms en de in omvang beperkte overstap van kabelnetwerken naar alternatieve platforms heeft OPTA geoordeeld dat de levering van rtv-signalen en toegang tot kabelnetwerken, satellietnetwerken, digitale ether (DVB-T), DSL-IPTV en glasvezel tot dezelfde relevante retailmarkt moeten worden gerekend. Daarbij heeft OPTA meegewogen dat het voor de materiële beoordeling van de concurrentieverhoudingen op de retailmarkt geen verschil maakt of de markt breed of nauw wordt afgebakend. De aparte positie die kabelnetwerken innemen ten opzichte van andere omroeptransmissieplatforms zijn door OPTA meegenomen in de dominantieanalyse.

34. Hoewel de aparte positie van de kabelnetwerken in de dominantieanalyse een rol speelt, dient dat ook bij de marktafbakening te gebeuren, door rekening te houden met de bestaande functionele verschillen en dientengevolge de productmarkt nauwer af te bakenen
35. Tele2 en T-Mobile zijn van mening dat het relevante criterium voor de afbakening van de productmarkt het kunnen bieden van analoge TV is. Aanbiedingen met analoge TV en aanbiedingen zonder analoge TV vormen naar de mening van Tele2 en T-Mobile een aparte productmarkt.

3.2 Substitueerbaarheid kabel, glas en IPTV

36. Tele2 en T-Mobile onderschrijven de analyse van OPTA dat televisiediensten via kabel- en glasnetwerken substitueerbaar zijn voor zover zij beiden (een pakket met) analoge TV bieden. De praktische relevantie van die constatering moet tegelijkertijd niet worden overdreven, gezien de beperkte dekingsgraad van glasvezelnetwerken, zowel nu als in de komende drie jaar, als ook de beperkte uptake van glas in gebieden waar het wel is aangelegd. Blijkens de analistenpresentatie bij de halfjaarcijfers 2011 van KPN bereikt Reggefiber 768.000 *homes passed*, maar zijn daarvan slechts 215.000 oftewel 28% *homes activated*.



Hoeveel van deze 215.000 op glas aangesloten huishoudens ook een televisiedienst afnemen is Tele2 en T-Mobile niet bekend.

37. Tevens wordt het concurrentievermogen van televisiediensten via glasvezelnetwerken geremd door de gebrekkige beschikbaarheid, ondanks AMM-regulering van Reggefiber, van een rendabel afneembaar wholesaleaanbod voor potentiële aanbieders van televisiediensten. Het door Reggefiber gehanteerde tarief van het, op de ODF-laag en het op basis daarvan door KPN gehanteerd tarief op de WBA laag, is dusdanig hoog, dat er, gelet op de retailprijzen in de markt, geen businesscase op toegang tot glas mogelijk is. Om naast internettoegang ook een tv aanbod in de markt te zetten, komen bovenop de wholesalekosten voor ODF of WBA ook nog de kosten voor toegang tot tv streams. Dat maakt het nog minder aantrekkelijk .
38. Als het louter gaat om de afbakening van de retailproductmarkt kunnen glas en kabel naar het oordeel van Tele2 en T-Mobile echter tot dezelfde markt worden gerekend. Beide partijen kunnen immers een gecombineerd aanbod van analoge en digitale TV leveren.
39. Naast het niet kunnen bieden van analoge TV zijn ook televisiediensten via koper (DSL) ook op basis van overige factoren geen substituut voor (bundels met) analoge TV. Belangrijkste hiervan is de beschikbaarheid. De dekkingsgraad van DSL is weliswaar zeer hoog, maar DSL-IPTV kan alleen dan wedijveren met kabel en glas wanneer de beschikbare bandbreedte voldoende is voor een multiroom HD-aanbod. Hier verwijzen Tele2 en T-Mobile naar voorgaande opmerkingen over de (on)mogelijkheden van een multi-room aanbod over koper. Belangrijker nog dan de eerder genoemde lage dekkingsgraad hiervan, is het feit dat de kosten voor een Multi-room aanbod die door KPN aan externe en interne afnemers worden gerekend zo hoog is, dan een Multi-room HD-aanbod bedrijfs-economisch niet levensvatbaar is.

4. Geografische marktafbakening

4.1 Juridische uitgangspunten

40. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, samengevat in randnummer 56 van de Richtsnoeren Marktanalyse, volgt dat de relevante geografische markt het gebied omvat waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. De twee belangrijkste criteria zijn volgens het Hof traditioneel (a) het gebied dat door een netwerk wordt bestreken, en (b) het bestaan van wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten.
41. Uit artikel 9 lid 7 van de Concentratieverordening blijkt dat bij de beoordeling van de concurrentievoorwaarden in aangrenzende gebieden waarin de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken

goederen of diensten, moet worden gekeken naar verschillen in productstrategie, marktaandeelen en prijs, maar ook naar de aard en kenmerken van de betrokken diensten of producten, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt en van voorkeuren van consumenten.

Zie artikel 9 lid 7 Verordening 2004/139:

De in aanmerking te nemen geografische markt wordt gevormd door een gebied waarin de betrokken ondernemingen zijn betrokken bij de vraag naar en het aanbod van goederen en diensten, waarin de mededingingsvoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van de aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden, met name vanwege de mededingingsvoorwaarden die duidelijk afwijken van die welke in die gebieden heersen. Bij de desbetreffende beoordeling wordt met name rekening gehouden met de aard en de kenmerken van de betrokken producten of diensten, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt of van voorkeuren van consumenten, alsmede het bestaan tussen het betrokken gebied en de aangrenzende gebieden van aanzienlijke verschillen in marktaandeelen van de ondernemingen of van wezenlijke prijsverschillen.

4.2 juiste geografische markt is verzorgingsgebied kabelaanbieders

42. Blijkens randnummer 208 heeft OPTA zich de vraag gesteld of de door haar (te ruim, zie hierboven) afgebakende productmarkt in geografisch opzicht nationaal is of zich beperkt tot het verzorgingsgebied van het kabelbedrijf. Zij heeft die vraag vervolgens niet beantwoord, omdat zij meent dat in beide gevallen niet is voldaan aan de drie-criteria toets.
43. Gezien de zojuist genoemde criteria voor geografische marktafbakening en de in het vorige hoofdstuk beschreven substitutieanalyse op de productmarkt, ligt het volgens Partijen voor de hand dat de relevante geografische afbakening die volgens het verzorgingsgebied van individuele kabelaanbieders is.

De productmarkt voor het bieden van analoge televisie (stand-alone of in een bundel met analoge TV) moet geografisch worden afgebakend naar de lijnen de verzorgingsgebieden van kabelaanbieders.

5. Drie-criteria toets

44. Al hetgeen OPTA in haar Concept-oordeel overweegt over de drie-criteria toets lijdt onder de gebrekkige marktafbakening.

Zie de Richtsnoeren Marktanalyse, § 55:

Een NRI kan pas nadat de geografische omvang van de product- of dienstenmarkt is afgebakend, een correcte beoordeling maken van het bestaan van daadwerkelijke mededinging op die markt.

45. Tele2 en T-Mobile menen dat OPTA, op basis van een juiste marktafbakening, de drie-criteria toets opnieuw dient uit te voeren. De uitkomst van die toets zal naar de stellige overtuiging van partijen zijn dat de relevante markten in aanmerking komen voor ex-ante regulering. Subsidiar, zijn partijen overigens van mening dat ook met de marktafbakening die OPTA voorstaat de drie-criteria toets met 'succes' moet worden doorlopen zodat OPTA moet overgaan tot een marktanalysebesluit.

5.1 Eerste criterium – hoge toetredingsdrempels van niet voorbijgaande aard

46. In paragraaf 4.3 van het Concept-oordeel heeft OPTA onderzocht of er op de televisiemarkt sprake is van hoge toetredingsdrempels van niet voorbijgaande aard. OPTA concludeert dat de televisiemarkt wordt gekenmerkt door hoge toetredingsdrempels. Tegelijkertijd stelt OPTA dat deze toetredingsdrempels zijn verlaagd ten opzicht van het Omroepbesluit 2009. Vervolgens stelt OPTA dat omdat volgens haar niet zonder meer kan worden vastgesteld 'dat niet wordt voldaan aan het eerste criterium', tevens het tweede criterium van de drie-criteriatoets wordt onderzocht.
47. Volgens Tele2 en T-Mobile is de analyse van OPTA op dit punt onduidelijk. Meent OPTA nu dat het niet helemaal zeker is of sprake is van hoge toetredingsdrempels van niet voorbijgaande aard of meent OPTA dat het niet helemaal zeker is of niet sprake is van hoge toetredingsdrempels van niet voorbijgaande aard? In het eerste geval is de eerste stap gezet op weg naar de conclusie dat de televisiemarkt voor ex ante regulering in aanmerking komt. In het tweede geval zou OPTA al op grond van het eerste criterium tot de conclusie komen dat de relevante markt niet voor ex ante regulering in aanmerking komt.
48. Los van deze onduidelijkheid, menen Tele2 en T-Mobile dat er wel degelijk sprake is van hoge toetredingsdrempels van niet-voorbijgaande aard. Zoals hierna in meer detail zal worden beschreven, kunnen partijen zich niet vinden in de vaststelling van OPTA in dit deel van het Concept-oordeel dat analoge televisie minder belangrijk is geworden en als functionaliteit niet langer een hoge toetredingsdrempel van niet voorbijgaande aard is.

5.2 Tweede criterium – de markt neigt niet naar daadwerkelijke mededinging

49. Vervolgens bekijkt OPTA de tweede van de drie criteria. Zij analyseert eerst het marktaandeel van UPC en Ziggo en kijkt vervolgens naar een aantal overige ontwikkelingen.

5.2.1 Ontwikkelingen in marktaandelen: Zeer hoog en slechts licht dalend marktaandeel UPC en Ziggo

50. De marktaandelen van de kabel blijven zeer groot en dalen nauwelijks. Dit blijkt het sterkst uit de marktaandelen van de kabelaars in hun eigen verzorgingsgebied.

Ziggo gebied	Q2 2008 volgens omroepbesluit 2009 ¹⁵²	Q2 2008 huidige data	Q4 2008	Q2 2009	Q4 2009	Q2 2010	Q4 2010
Ziggo	80-85%	80-85%	80-85%	80-85%	80-85%	75-80%	75-80%
Tele2	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
KPN obv IPTV		-	-	Vertr	Vertr	Vertr	Vertr
KPN obv ether		-	-	Vertr	Vertr	Vertr	Vertr
KPN totaal	5-10%	-	-	5-10%	10-15%	10-15%	10-15%
Reggefiber	0-5%	-	-	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
CanalDigitaal	5-10%	-	-	-	5-10%	5-10%	5-10%

Tabel 16. Marktaandelen regionaal Ziggo verzorgingsgebied [OPENBARE VERSIE]. Bron: OPTA SMM en vragenlijsten.

UPC gebied	Q2 2008	Q4 2008	Q2 2009	Q4 2009	Q2 2010	Q4 2010
UPC	75-80%	70-75%	70-75%	70-75%	65-70%	65-70%
Tele2	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
KPN obv IPTV	-	-	Vertr	Vertr	Vertr	Vertr
KPN obv ether	-	-	Vertr	Vertr	Vertr	Vertr
KPN totaal	10-15%	-	10-15%	15-20%	15-20%	15-20%
Reggefiber	0-5%	-	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
CanalDigitaal	10-15%	-	-	5-10%	5-10%	5-10%

Tabel 17. Marktaandelen regionaal UPC verzorgingsgebied [OPENBARE VERSIE]. Bron: OPTA SMM en vragenlijsten.

51. Dergelijk hoge marktaandelen zijn een zeer sterke aanwijzing voor een dominante positie. Bovendien blijkt uit het Concept-oordeel dat de marktaandelen van UPC en Ziggo in hun verzorgingsgebied naar alle waarschijnlijkheid slechts licht dalen in de komende reguleringsperiode. In randnummer 259 van het Concept-oordeel wijst OPTA daarvoor naar het onderzoek van AT Kearny & Telecompaper, waaruit blijkt dat het regionale marktaandeel van Ziggo in 2014 volgens hen tussen de 62 en 71% zal liggen en het marktaandeel van UPC tussen 55-64%. Dat zijn nog steeds aanzienlijke marktaandelen die een zeer sterke aanwijzing vormen voor dominantie.

Marktaandeel op basis van omzet relevanter dan aansluitingen

52. OPTA gebruikt geen marktaandeel op basis van omzet als criterium. Marktaandeel op basis van omzet is een relevanter criterium dan marktaandeel op basis van aantallen aansluitingen. Immers, omzet geeft niet alleen indicatie voor aantallen gebruikers maar ook van marktmacht c.q. de mate waarin een partij zich onafhankelijk van concurrentie kan gedragen.
53. Het feit dat kabelaars de afgelopen periode ook tariefverhogingen hebben doorgevoerd is een concrete aanwijzing hiervoor. Als een aanbieder een prijsverhoging winstgevend kan doorvoeren, dus als de winst uit de verhoging hoger is, dan het verlies aan klanten, is dit een relevant criterium om mee te nemen bij de analyse van het marktaandeel. Tevens plaatst dit het (geringe) verlies van marktaandeel in een ander daglicht. Als dit teniet wordt gedaan door een stijging van de tarieven, is er helemaal geen sprake van verlies in marktaandeel.
54. Naast het feit dat omzet een beter criterium voor het meten van marktmacht, geeft meten van aansluitingen of klanten ook een vertekend beeld. OPTA ziet dit probleem zelf ook blijkt uit het Concept-Oordeel. Meten op aansluitingen geeft namelijk een te laag aandeel voor kabelaars (analoge TV en digitale TV worden als één aansluiting gerekend) en een te hoog voor bijvoorbeeld KPN (klanten die IP TV en Digitenne afnemen, worden als twee aansluitingen gerekend). OPTA poogt dit te herstellen door vervolgens een correctie toe te passen zodat het aansluitingen uitkomt op unieke klanten. Zij doet dit door te bepalen welk aandeel van de klanten van KPN IP TV ook Digitenne afnemen.
55. Dan blijft echter nog steeds over dat er ook klanten zijn die bijvoorbeeld IP TV van Tele2 en Digitenne van KPN of analoge TV van een kabeelaar afnemen. Ook unieke klanten geeft dus geen correcte weergave van de werkelijke marktaandelen. Alleen als gemeten wordt op basis van omzet worden deze problemen ondervangen.
56. Uit de beschikbare gegevens met betrekking tot omzet blijkt dat het marktaandeel van UPC en Ziggo substantieel hoger ligt op basis van omzet dan op basis van aantallen aansluitingen. De best beschikbare indicatie hiervoor is de structurele marktmonitor van OPTA. Als de omzet van kabelaars wordt vergeleken met de omzet van andere aanbieders dan blijkt dat het marktaandeel van de kabel eind 2006 94% is en tot eind 2010 slechts licht daalt naar 86%.
57. OPTA heeft dus de beschikking over omzetcijfers en OPTA dient deze derhalve mee te nemen in de analyse van het marktaandeel. Dit verstrekt het beeld van de positie van kabeelaanbieders nog verder.

Conclusie op basis van marktaandeel

58. Een groot marktaandeel is een belangrijke aanwijzing dat sprake is van dominantie. De Europese Commissie formuleert het in haar Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 VWEU als volgt:

De ervaring leert, dat hoe hoger het marktaandeel is en hoe langer de periode waarover dit wordt aangehouden, des te groter de kans is dat zulks een belangrijke, eerste aanwijzing is voor het bestaan van een machtspositie [...].¹

59. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie vormt een marktaandeel van meer dan 50 procent op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten.²
60. OPTA stelt in het Concept-oordeel dat het op basis van marktaandelen van UPC en Ziggo alleen geen eenduidige conclusie kan trekken over de vraag of de markt al dan niet neigt naar daadwerkelijke mededinging. Tele2 en T-Mobile zijn echter van mening dat OPTA reeds op basis van het huidige zeer hoge marktaandeel van de kabelaanbieders en de geschatte ontwikkeling van hun toekomstig marktaandeel de conclusie kan trekken dat de markt binnen de komende 3 jaar niet neigt naar daadwerkelijke concurrentie. OPTA dient daarbij ook te kijken naar omzet als criterium voor het bepalen van marktaandeel omdat dit een beter inzicht in de marktverhoudingen biedt dan het aantal aansluitingen.

Ook OPTA zelf erkent bovenstaande in het ontwerpbesluit vaste telefonie.

279. Het marktaandeel wordt vaak gebruikt als eerste indicatie van de marktmacht. In de beschikkingspraktijk van de Commissie is er doorgaans pas sprake van gevaar voor een individuele machtspositie ingeval een onderneming een marktaandeel van meer dan 40 procent bezit. Bij een lager marktaandeel kan ook al een vermoeden bestaan van een machtspositie, aangezien een machtspositie ook mogelijk is zonder dat de betrokken onderneming een hoog marktaandeel heeft. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ) vormt een hoog marktaandeel – meer dan 50 procent – op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten. Een onderneming met een groot marktaandeel mag worden geacht over AMM te beschikken – dus in een machtspositie te verkeren – wanneer haar marktaandeel over langere tijd stabiel is gebleven. Het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest, kan erop wijzen dat de markt concurrerender wordt, maar hoeft niet uit te sluiten dat aanzienlijke marktmacht wordt vastgesteld.¹⁷⁴

61. Overigens begrijpen Tele2 en T-Mobile niet dat OPTA stelt (in randnummer 263) dat het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest ook kan duiden op een markt die neigt naar concurrentie. Het uitgangspunt van OPTA zou juist dienen te zijn dat het enkele feit dat marktaandelen geleidelijk aan het dalen zijn onvoldoende is om te concluderen dat de markt neigt naar daadwerkelijke concurrentie. Zie in die zin ook de Toelichting van de Europese Commissie bij de Aanbeveling relevante markten (2007):

The simple fact that market shares have begun to decrease in recent years [...] are in themselves insufficient to find that the market tends towards effective competition.³

¹ Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 102 VWEU, PbEU (2009) C 45/7, punt 15.

² HvJEU, 3 juli 1991, zaak C-62/86 (AKZO).

³ Europese Commissie, 'Explanatory Note to the Commission Recommendation on Relevant Markets', 13.11.2007, SEC(2007) 1483/2, p.10

62. Mocht OPTA niet reeds op basis van marktaandeel tot de conclusie komen dat de markt niet neigt naar daadwerkelijke mededinging, dan is het blijvend hoge marktaandeel van UPC en Ziggo desalniettemin een sterke aanwijzing in die richting. Er rust dan een zware bewijslast op OPTA om aan te tonen dat overige marktomstandigheden, ondanks het blijvend hoge marktaandeel, toch leiden tot de conclusie dat de markt neigt tot daadwerkelijke mededinging.
63. Daarbij heeft OPTA te bewijzen dat er sprake is van een significante wijziging in omstandigheden ten opzichte van de besluiten van 5 maart 2009, waarin OPTA UPC en Ziggo wel aanmerkte als partij met AMM en o.a. de verplichting voor WLR-C oplegde.

Hierna geven T-Mobile en Tele2 aan waarom OPTA in het concept oordeel niet voldoet aan deze zware bewijslasten.

5.2.2 Ontwikkelingen op dienstenniveau

Onderschatting van belang van analoge TV

64. Volgens OPTA geldt dat door de snelle digitalisering het concurrentievoordeel dat UPC en Ziggo ontleenden aan hun aanbod van analoge televisie sterk is verminderd (randnummer 275 concept-oordeel). OPTA miskent echter het belang van analoge TV. Analoge TV wordt door alle digitale klanten van UPC en Ziggo verplicht afgenomen. Een grote meerderheid van de klanten van kabels gebruik ook analoge TV. De concurrentiepositie van alternatieve partijen wordt aanzienlijk beperkt door het feit dat zij geen analoge TV kunnen aanbieden.
65. In 2009 stelde OPTA in het Omroepbesluit nog dat de transitie naar volledig digitaal televisiekijken langzaam ging doordat veel huishoudens alleen analoog televisie keken en daarnaast huishoudens met digitale televisie ook deels gebruik bleven maken van analoge televisie (zie randnummer 406 van het Omroepbesluit 2009 -Ziggo). De omvang van de groep huishoudens zonder concrete plannen om digitale televisie af te nemen en de hoge mate van tevredenheid met het huidige aanbod, beschouwde OPTA in 2009 nog als twee belangrijke aanwijzingen dat er aan de vraagkant geen ontwikkelingen waren die de transitie naar volledige digitale doorgifte zouden versnellen (zie randnummer 411 van het Omroepbesluit 2009 –Ziggo).
66. Uit onderzoek van Veldkamp (2011, p.49) blijkt dat in Nederland momenteel nog ongeveer 1 miljoen huishoudens uitsluitend analoge televisie afnemen en geen intentie hebben om binnen drie maanden over te stappen naar een ander aanbod of digitale televisie. Overigens is het totale aantal huishoudens dat slechts analoge kabel afneemt ongeveer 1,8 miljoen huishoudens (Veldkamp 2011, p.21).
67. Van deze groep is tussen 91 en 95% van de UPC en Ziggo klanten tevreden met het huidige analoge aanbod en is tussen 72 en 78% niet geïnteresseerd in andere vormen van televisiekijken. In 2008 gaf tussen 95 en 97% van deze groep van 'analoog-only kijkers' aan tevreden te zijn met het huidige aanbod en stelde 76 tot 78% van de UPC-Ziggo klanten met enkel een analoog aanbod niet geïnteresseerd te zijn in een overstap. De tevredenheid met het analoge aanbod

onder deze groep is dus nauwelijks afgenomen en de overstapbereidheid is nog steeds heel laag.

68. Daarnaast maakt ook op dit moment nog een significant deel van de huishoudens met digitale televisie ook nog gebruik van de levering van analoge diensten. In 2008 concludeerde Veldkamp (2008, p. 13) nog dat van de huishoudens met twee infrastructuren de groep die digitale kabel afnam in 77% van de gevallen ook nog analoge TV gebruikte. In 2011 heeft Veldkamp wederom onderzoek gedaan naar huishoudens met twee infrastructuren. Van de huishoudens die kabel als eerste infrastructuur hebben, gebruikt 92% dit ook als tweede infrastructuur (Veldkamp 2011, p.17). Overigens maakt Veldkamp in 2011 vreemd genoeg geen onderscheid in digitale en analoge televisie bij het onderscheid tussen de eerste en tweede infrastructuur.
69. Op grond van het voorgaande is onduidelijk waarom OPTA in deze reguleringsronde zo overtuigd is dat dat er aan de vraagkant (in tegenstelling tot 2009) wél ontwikkelingen zijn die de transitie naar volledige digitale doorgifte versnellen. De omvang van de groep huishoudens zonder concrete plannen om digitale televisie af te nemen is immers nog steeds aanzienlijk en er bestaat nog steeds een hoge mate van tevredenheid met het huidige aanbod bij analoog-only kijkers.

Digitenne ten onrechte onderdeel van digitaliseringstrend.

70. Partijen stellen in de eerste plaats vraagtekens bij grote betekenis die OPTA hecht aan digitalisering op zich. Volgens OPTA wordt de dynamiek van concurrentie vergroot door digitalisering. Partijen zijn van mening dat het gegeven digitalisering op zich geen nuttig gegeven is om de mate van concurrentie in de markt vast te stellen. Maar als dat toch wordt gedaan dan geldt nog het volgende. Digitenne maakt volgens OPTA onderdeel uit van de trend naar digitalisering. Dit terwijl Digitenne qua prijs, functionaliteit, kwaliteit en gebruik geen volwaardig substituuut is van digitale diensten. De functionaliteit van Digitenne wijkt significant af van overige digitale televisie diensten. Zo is het met Digitenne niet mogelijk een HD pakket te leveren, uitzending gemist en video on demand te bieden en heeft Digitenne een veel kleiner zenderpakket dan digitale abonnementen (en zelfs kleiner dan analoge televisie).
71. In de praktijk blijkt ook dat een groot gedeelte van de afnemers Digitenne ook juist gebruiken als alternatief voor een tweede of derde TV toestel, bijvoorbeeld omdat zij geen extra decoder willen aanschaffen of vanwege het niet aan hoeven leggen/trekken van extra kabels door het hele huis. Daarnaast vertekent het belang van Digitenne ook door het gebruik in vakantiehuizen en op de camping.
72. Tele2 en T-Mobile verzoeken OPTA haar feiten (weergegeven in tabel 2 van paragraaf 3.4.2) en haar conclusie over de digitaliseringstrend te herzien door Digitenne hier buiten te laten. Op basis hiervan blijkt dat de trend naar digitalisering voor het overgrote gedeelte beperkt blijft tot de verkoop van extra diensten (in aanvulling op analoge TV) door kabels.

Geen fundamentele verandering in concurrentiedynamiek

73. OPTA stelt dat er zich belangrijke veranderingen in de markt hebben voorgedaan waardoor OPTA in de besluiten van 5 maart 2009 nog wel en in haar concept oordeel van 23 juni 2011 geen aanleiding meer zag om kabel te reguleren. Tele2 en T-Mobile zijn van mening dat deze veranderingen niet blijken uit de feiten.
74. Uit een vergelijking tussen het OPTA besluit 2009 en het conceptoordeel van OPTA uit 23 juni 2011 blijkt dat uit de onderzoeken van Veldkamp dat de overstapintentie van afnemers daalt.

Veldkamp (2008)

Naast feitelijk overstappen, is in kaart gebracht in welke mate de ondervraagde huishoudens plannen hebben om in de komende drie maanden over te stappen naar een andere infrastructuur. Van de huishoudens met televisie is dit bij een kleine 400.000 huishoudens het geval, ofwel 5,4%. Daarnaast zijn er nog circa 141.000 die van plan zijn over te stappen van analoge naar digitale kabeltelevisie

Veldkamp (2011)

3.1 Overstappeneigheid

Ongeveer 260.000 huishoudens in Nederland zijn van plan om op korte termijn over te stappen naar een andere aanbieder voor hun televisieabonnement. Dit is 3,9% van het totaal aantal huishoudens. Daarnaast hebben 174.000 huishoudens het plan om in de aankomende drie maanden over te stappen van analoge naar digitale televisie bij hun huidige aanbieder.

75. Uit deze gegevens kan alleen worden geconcludeerd dat de overstapbereidheid van consumenten is afgenomen. Alleen de bereidheid van klanten van kabelaanbieders om naast analoge TV ook digitale TV af te nemen van hun aanbieder is toegenomen. Dit zegt echter niets over toegenomen concurrentie in de markt.

UPC en Ziggo hebben een voordeel op de bundelmarkt

76. In randnummer 277 van het concept-oordeel concludeert OPTA terecht dat UPC en Ziggo een voordeel ontleen aan het feit dat zij hun televisiediensten kunnen aanbieden in bundels met internettoegang en vaste telefonie. OPTA legt uit dat dit te maken heeft met de hoge bandbreedte van het coaxnetwerk, waardoor kabelaanbieders hogere internetsnelheid kunnen bundelen met een uitgebreid televisieproduct. Ook oordeelt OPTA dat UPC en Ziggo door hun sterke positie op de bundelmarkt in staat zijn om hun verlies aan televisieaansluitingen te beperken en het verlies aan televisieomzet te compenseren door een hoger omzet op internet en vaste telefonie. Deze opmerkingen vormen volgens Tele2 en T-Mobile een extra aanwijzing dat UPC en Ziggo in staat zijn om hun hoge marktaandeel op de televisiemarkt te behouden door het bezit van aanzienlijke voordelen op de bundelmarkt ten opzichte van concurrenten.
77. OPTA trekt (in randnummer 278 van het Concept-oordeel) echter de conclusie dat het voordeel dat UPC en Ziggo ontleen aan de bundels met televisie afneemt. OPTA motiveert dit als volgt. In de eerste plaats zou het nadeel dat bundels met

televisiediensten over het kopernetwerk hebben ten opzichte van bundels over het coaxnetwerken afnemen door de investeringen in het verhogen van de bandbreedte van het kopernetwerk. In de tweede plaats geldt volgens OPTA dat door verdere investeringen in de uitrol van glas andere aanbieders in toenemende mate bundels in de markt kunnen aanbieden die vergelijkbaar zijn met de bundels van UPC en Ziggo.

78. Om te beginnen met de investeringen in koper. Dit is allerm minst zeker, maar valt slechts af te leiden uit een strategische presentatie van KPN van 10 mei 2011. Daarin stelt KPN dat zij voornemens is VDSL versneld te upgraden. Naast het feit dat dit nu slechts een plan is en daarmee onzeker, hebben Tele2 en T-Mobile er bij de marktafbakening er al op gewezen dat de drempels voor het aanbieden van multi-room HD TV op van basis van de upgrade van koper zo aanzienlijk zijn (van belang zijn dan met name de kosten van **[bedrijfsvertrouwelijk Tele2 & T-Mobile]** ... **[einde bedrijfsvertrouwelijk Tele2 & T-Mobile]**)
79. Het is dan ook onbegrijpelijk dat OPTA op basis van dit onduidelijke voornemen van KPN een conclusie trekt over de concurrentie op dienstenniveau tussen koper en kabel via bundels. Dit is eens te meer zo, nu de Europese Commissie in de Toelichting bij de Aanbeveling relevante markten (2007) schrijft dat er bij een driecriteriatest door een NRI 'duidelijk bewijs' moet zijn van marktdynamiek die er op wijst dat de markt neigt naar daadwerkelijke mededinging.

*The tendency towards effective competition does not necessarily imply that the market will reach the status of effective competition within the period of review. It simply means that there is **clear evidence** of dynamics in the market within the period of review which indicates that the status of effective competition will be reached in the longer-run without ex ante regulation in the market concerned.*

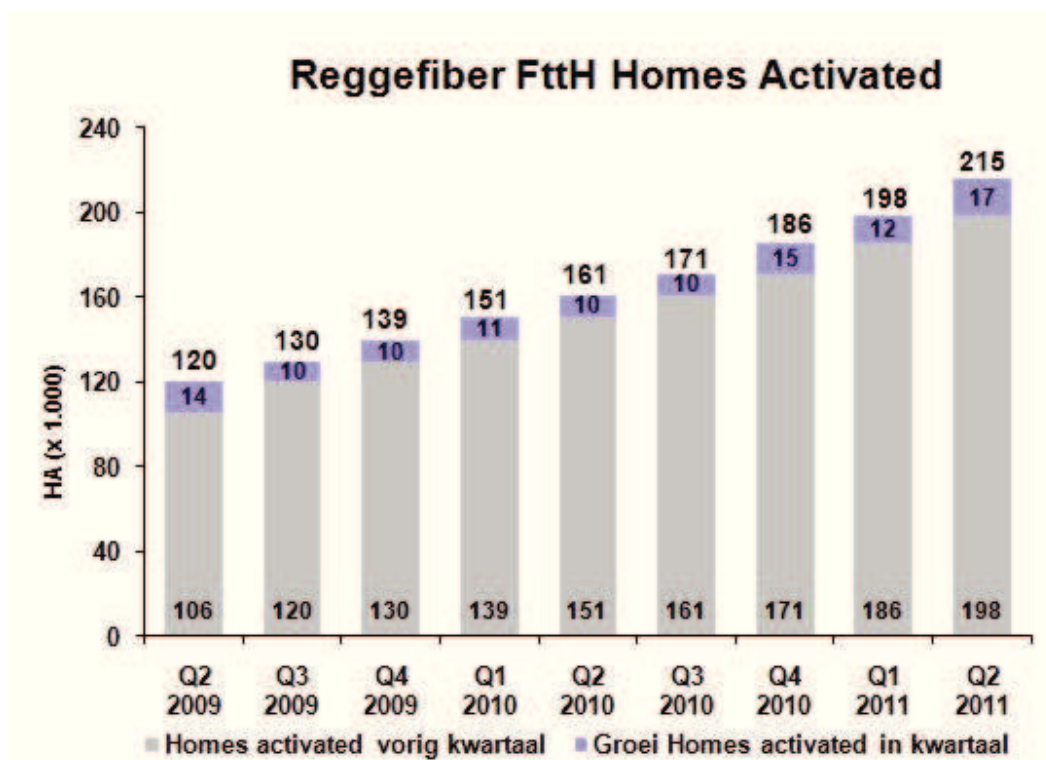
Van een dergelijk duidelijk bewijs is hier zeker geen sprake.

80. Daarnaast is het de vraag wat de impact zal zijn van verdere investeringen in de uitrol van glas op de mogelijkheid van alternatieve aanbieders om in toenemende mate bundels te kunnen aanbieden die vergelijkbaar zijn met de bundels van UPC en Ziggo. Daarbij is het goed om er op te wijzen dat UPC momenteel alleen al meer dan 1,9 miljoen gebundelde analoge en digitale televisieklanten heeft⁴ en Ziggo bijna 2 miljoen⁵. Reggefiber had in het tweede kwartaal van 2011 daarentegen pas 215.000 'homes activated' (aantal huishoudens met een actieve verbinding op het glasvezelnetwerk van Reggefiber).⁶

<http://overupc.upc.nl/nieuws/persberichten/2011/meer-dan-helft-upc-klanten-kijkt-in-2e-kwartaal-digitaal/>

⁵ https://www.ziggo.com/PDF%20bestanden/Ziggo_Q2_and_HY_2011_results.pdf

⁶ <http://www.eindelijkglasvezel.nl/resultaten.html>



81. Gelet op de langzame stijging van het aantal 'homes activated' op het glasvezelnetwerk (in Q2 2009 120.000, nu pas 215.000) is het zeer onwaarschijnlijk dat de afname van bundels over glas in de komende paar jaar enige significante invloed kan hebben op het voordeel dat UPC en Ziggo hebben op de bundelmarkt. Daar komt bij dat OPTA zelf al aangeeft dat de dekking van glasvezel ('homes passed') in 2014 naar verwachting pas tussen 16 en 24% zal zijn, hetgeen betekent dat glasvezel zelfs in de meest optimistische inschatting van OPTA in 2014 niet aanwezig is in 76% van Nederland (terwijl de kabel bijna 100% van het grondgebied beslaat).

5.2.3 Ontwikkelingen op infrastructuurniveau

82. Verder baseert OPTA haar oordeel over toename van concurrentie ook op de ontwikkelingen op infrastructuurniveau. Zo stelt OPTA dat de dekking van glasvezel wordt uitgebreid en dat de capaciteit van koper verder wordt opgewaardeerd.

Toename glasvezeldekking

83. Zowel de uitrol van glasvezel (aantal aangesloten huishoudens) als de penetratie (aantal actieve abonnementen) blijft achter bij eerdere doelstellingen en plannen afgegeven door KPN en Reggefiber (zie cijfers hierboven). Tele2 en T-Mobile zijn dan ook van mening dat hier ten opzichte van het besluit in 2009 (toen de verwachtingen voor de uitrol van en afname over glasvezel optimistischer waren) sprake is van een verslechtering in concurrentieomstandigheden en dat op basis

van het aantal gerealiseerde aansluitingen geen significante impact op de concurrentieomstandigheden te verwachten is.

Rol van Digitenne

84. Ten aanzien van Digitenne verwijzen Tele2 en T-Mobile naar eerdere opmerkingen over Digitenne bij de bespreking van de trend naar digitalisering. Evident mag zijn dat er geen fundamentele verschillen zijn in de rol die Digitenne nu speelt, ten opzichte van het besluit in 2009.

Upgrade van koper

[Tele2 bedrijfsvertrouwelijk]

85. [...]

86. [...]

[Einde Tele2 bedrijfsvertrouwelijk]

87. Zoals eerder aangegeven gaat pairbonding, zoals nu aangekondigd door KPN ook niet leiden tot een vergroting van footprint van Tele2 en T-Mobile, omdat KPN in eerste instantie pairbonding alleen gaat toepassen op lijnen korter dan 1400 meter. Op deze lijnen kunnen Tele2 en T-Mobile al voldoende bandbreedte bieden voor een IP TV dienst.

5.2.4 Toetredingsbarrières

88. Diensten van KPN zijn volgens OPTA ook voor anderen repliceerbaar d.m.v. WMP en co-invest. Hier is een aantal kanttekeningen bij te plaatsen. Het belangrijkste is dat het aanbod van KPN partijen wellicht wel in staat zou kunnen stellen om toe te treden tot de markt, echter dat de voorwaarden waaronder niet leiden tot een significant impact op concurrentieverhoudingen. De marge die KPN op basis biedt op basis van WMP zijn zeer beperkt, de opmerkingen over de dekking van koper gelden evenzeer voor WMP en de WMP dienst van KPN biedt de mogelijkheid om de TV dienst onder agentuur te leveren. De TV klant is dus een klant van KPN en niet van de nieuwe toetreder. OPTA ziet bovendien over het hoofd dat er voor KPN op WBA geen leveringsplicht meer zal zijn als OPTA haar voornemen voor het wegvallen van regulering op WBT LK doorzet.
89. In tegenstelling tot OPTA ziet Tele2 het niet kunnen bieden van analoge TV als juist toetredingsbarriere tot de markt. OPTA stelt in randnummer 306

306. Het college overweegt daarbij tevens dat digitalisering geremd zou kunnen worden als verplichtingen ten behoeve van analoge wederverkoop zouden worden opgelegd. Investerings in analoge wederverkoop worden dan niet ingezet ten behoeve van het ontwikkelen van digitale diensten. Toegang tot de kabel kan tevens de prikkels voor andere partijen om te investeren in koper en glas doen afnemen.

90. Partijen begrijpen dit niet. In de vorige analyse van OPTA uit 2008 stelde OPTA dat het bieden van analoge tv juist belangrijk is om tot innovatie op alternatieve platformen te komen. Partijen zijn van oordeel dat dat nog steeds zo is. Het kunnen bieden van analoge TV dient juist als het middel om een belangrijke overstapdrempel naar het digitale TV aanbod van Tele2 en T-Mobile weg te nemen. Gezien de prijsstelling van WLR-C is het zeker niet in interessant analoge TV op basis van WLR-C als stand-alone dienst aan te bieden, maar juist altijd in een bundel met digitale TV. Er is dus juist meer sprake van een stimulans dan van een rem op digitalisering. **[bedrijfsvertrouwelijk Tele2 & T-Mobile]**
... **[einde bedrijfsvertrouwelijk Tele2 & T-Mobile]**
Het niet kunnen bieden van analoge TV is dus een belemmerende factor voor toetreding tot en investeringen in de markt.
91. Daarnaast neemt een analoge wederverkoop verplichting juist het concurrentievoordeel van analoge TV weg bij UPC en Ziggo. Dit geeft UPC en Ziggo juist eerder een prikkel om analoog af te schakelen. Verder moet OPTA geen prikkels inbouwen voor investeringen die niet nodig zijn bij adequate regulering. Tele2 en T-Mobile zien niet in waarom digitalisering een doel op zich is.
92. T-Mobile en Tele 2 hebben dezelfde problemen bij het aanbieden van hun tv product. Uit eigen onderzoek komt duidelijk naar voren dat de consumenten op zoek zijn naar gemak, zoals het op meerdere tv's (i.e. multi room) kunnen kijken zonder extra apparatuur of kosten. Door beperkte capaciteit van bandbreedte op koper zal er veel geïnvesteerd moeten worden in de komende reguleringsperiode met als maximaal resultaat **[bedrijfsvertrouwelijk Tele2 & T-Mobile]** ... **[einde bedrijfsvertrouwelijk Tele2 & T-Mobile]** netwerk dekking voor multi room. De kabelaars zitten op dit moment al op 100% en zorgen voor een zodanig dominante positie op de televisie markt dat het voor Tele2 en T-Mobile erg moeilijk is om snel een gezonde concurrentiepositie in te kunnen nemen. De huidige situatie zorgt al voor een stilstand op dit gebied, afwezigheid van regulering door OPTA op deze markt zorgt voor een ongezonde concurrentie situatie.
93. Tevens dient OPTA het grote belang dat klanten hechten aan het kijken op hun tweede of derde tv televisie zonder extra bekabeling of set-top-box (en dus via bestaande coax infrastructuur in huis) niet te onderschatten. Zelfs in de gevallen dat het op basis van de infrastructuur mogelijk is meer dan één TV te voorzien van een (digitaal) signaal, moet de consument nog steeds kabels trekken, extra investeringen doen in kastjes. Waar hij bij de kabelaar slechts één decoder in de huiskamer hoeft aan te sluiten. Er is hier geen verschil met de situatie twee jaar geleden, noch zal die er de komende drie jaar zijn.
94. Zolang Tele2 en T-Mobile het lineaire tv pakket van de kabel niet kunnen wederverkopen ziet zij zich, net als in de vorige marktanalyse geconfronteerd met huizenhoge overstapdrempels en een veel kleinere benaderbare groep klanten:
95. Deze overstapdrempels uiten zich in de volgende aspecten.
- De prijs van het tv pakket: de kabelaar kan een relatief goedkoop basispakket in de markt zetten. Voor nieuwkomers als Tele2 en T-Mobile is het, voornamelijk vanwege de zeer hoge inkoopkosten van programma's, zeer moeilijk de prijs en functionaliteit van de pakketten van de kabelaars te matchen.

- Technische beperkingen op de tv toestellen: het niet kunnen aansluiten van alle tv's op de nieuwe televisiedienst; consumenten zijn dus huiverig om hun kabel tv op te zeggen, omdat anders de overige tv's niet meer werken
 - Nieuwe klanten zijn huiverig bij het overstappen naar een nieuwe TV provider, omdat ze vrezen voor de 'fysieke' problemen die mogelijk kunnen optreden bij het switchen van TV provider, zoals interne bekabeling, modems, set-top-boxen etc. die in het huis moeten worden geïnstalleerd.
 - Betrouwbaarheid van nieuwe technieken is in de ogen van consumenten niet bewezen, terwijl de bestaande kabel-tv het bijna altijd doet.
96. Zolang alternatieve producten niet op alle tv's in een huis te zien zijn, kunnen ze niet volwaardig concurreren met de kabel. Consumenten in Nederland zijn andere zaken gewend met betrekking tot het kijken (en ontvangen) van televisie dan in andere landen. In veel landen is het gebruik van decoders voor elke tv gemeengoed. In Nederland is echter iedereen opgegroeid met het feit dat uit elke muur een kabel komt waarmee tv gekeken kan worden. Dit gegeven blijkt een erg grote drempel voor Tele2 en T-Mobile om echt te kunnen groeien.

[Tele2 bedrijfsvertrouwelijk]

97. [...]

[Einde Tele2 bedrijfsvertrouwelijk]

5.2.5 (Potentiële) concurrentiedruk over-the-top TV

98. Het is volgens Tele2 en T-Mobile zeer onwaarschijnlijk dat dit leidt tot enige significante concurrentiedruk in de komende drie jaar. OPTA stelt het volgende over OTT-televisie:

323. OTT-televisie kan potentieel veel impact hebben als OTT-televisie ook (een vorm van) een lineair standaardpakket omvat met daarin de tien meest bekeken zenders. Omdat OTT-spelers geen netwerkkosten hebben, kunnen zij een relatief laag tarief vragen ten opzichte van traditionele televisieaanbieders met een eigen netwerk. Kabelaanbieders geven aan dat zij nu al worden gedisciplineerd door OTT-televisie, omdat een verhoging van hun prijzen mogelijk tot een snellere groei van OTT-televisie zal leiden. Tegelijkertijd kan de groei van OTT-televisie worden vertraagd indien OTT-spelers toetredingsdrempels ervaren, bijvoorbeeld omdat zij moeite hebben om contentrechten te verkrijgen, of wanneer de kwaliteit van de internetverbindingen onvoldoende is voor hun diensten.

326. De ontwikkeling van OTT-televisie via internet zorgt naar het oordeel van het college voor potentiële concurrentie in de televisiemarkt, waardoor de bestaande toetredingsbelemmeringen minder relevant worden. Mobiele televisie geeft op zichzelf naar verwachting weinig potentiële concurrentie, maar het college verwacht wel dat huidige mobiele aanbieders de komende jaren toetreden tot de televisiemarkt over andere televisie-infrastructuren.

99. In de praktijk is er op dit moment geen sprake van enige relevante toetreding van OTT partijen. De toetredingsbarrières zijn simpelweg te hoog en de kwaliteit die

met OTT kan worden geboden is te laag om tot enige concurrentiedruk van betekenis te komen voor het standaard TV-pakket. Daar waar OTT relevant kan zijn, oefent dit slechts concurrentiedruk uit op bijvoorbeeld extra diensten zoals uitzending gemist, video on demand etc.

100. Daarnaast is het nog maar de vraag of de OTT dienst waar OPTA aan refereert in haar concept-oordeel wel een OTT dienst is. Er moet namelijk per maand voor betaald worden, en men moet een decoder aanschaffen. Het lijkt meer op een IPTV dienst over de verbinding van een ander dan een “echte OTT dienst”
101. In aanvulling daarop werpen kabels zelf een hoge toetredingsbarriere op voor OTT diensten doordat breedbandinternet altijd in gebundeld met analoge televisie (al dan niet aangevuld met digitale televisie) wordt aangeboden. Het is zeer onwaarschijnlijk dat klanten zouden overstappen naar een OTT dienst die qua kwaliteit en functionaliteit (zenderaanbod) aanzienlijk minder is dan de televisiedienst van kabels zelf, waarvoor wel betaald dient te worden terwijl de klant ook al aan zijn kabelaar betaald.

6. Conclusie

102. De titel en conclusie van het Concept-oordeel wekken de suggestie dat dit oordeel in zijn definitieve vorm geen besluit in de zin van de Awb zou zijn. Die suggestie is onjuist. Een dergelijk oordeel zou immers het rechtsgevolg hebben dat de televisiemarkt niet voor ex-ante regulering in aanmerking komt. Tele2 en T-Mobile verzoeken te verduidelijken dat sprake is van een besluit waartegen de gebruikelijke rechtsmiddelen open staan.
103. Bovendien heeft deze zienswijze tevens het karakter van een tot OPTA gerichte aanvraag van Tele2 en T-Mobile om een besluit tot aanwijzing en regulering van de relevante televisiemarkten op de wijze als in deze zienswijze wordt toegelicht, tegen de onverhoopte afwijzing waarvan zij rechtsmaatregelen kunnen instellen.
104. Anders dan OPTA in haar Concept-oordeel stelt, is de markt voor televisiediensten allerminst concurrerend en neigt er evenmin naar dat te worden. Het belangrijkste competitieve probleem is dat UPC en Ziggo beschikken over een product – het analoge standaardpakket – dat voor de meeste consumenten nog altijd onmisbare voordelen heeft ten opzichte van de *digital only* aanbiedingen van de concurrentie. Diensten via ether en satelliet zijn geen substituten voor televisiediensten via de kabel en behoren in het geheel niet tot de relevante markt. Via glasvezelnetwerken kan een met de kabel concurrerende dienst worden geleverd, maar het aantal huishoudens dat is aangesloten op glasvezelnetwerken is nog altijd bedroevend laag. De effecten van upgrade van kopernetwerken zijn qua dekking maar zeker gezien de enorme financiële drempels, niet zo significant als OPTA ze doet voor komen.
105. De aanwezigheid en aangekondigde verdere uitrol van potentieel concurrerende infrastructures in bepaalde, beperkte delen van het land duidt erop dat de mededingingsvoorwaarden niet homogeen zijn, noch nationaal noch binnen de

verzorgingsgebieden van de twee grote kabelexploitanten. Bij een juiste afbakening van de productmarkt hoort dus tevens een andere geografische marktabakening, waarbij geaggregeerde regionale markten worden gedefinieerd door de aanwezigheid van infrastructuren waarover concurrerende televisiediensten kunnen worden afgenomen.

106. Toegepast op deze markten is voldaan aan de drie-criteria test en is dus aanleiding passende verplichtingen op te leggen. Deze verplichtingen dienen vergelijkbaar te zijn met de verplichtingen die OPTA in 2009 heeft opgelegd aan UPC en Ziggo, met de aanpassingen zoals Tele2 en T-Mobile die in hun beroep tegen die marktanalysebesluiten hebben bepleit.
107. Tele2 en T-Mobile verzoeken OPTA haar marktanalyse aan te passen aan deze zienswijze en dat vast te leggen in een marktanalysebesluit, dat in concept-vorm geconsulteerd wordt op grond van de artikelen 6b.1 en 6b.2 Tw