

Ontwerpbesluit Marktanalyse ontbundelde toegang (ACM/DTVP/2014/206057)

Nationale consultatie

Reactie Nederlandse Publieke Omroep en Vereniging Commerciële Omroepen op standpunt Tele2

9 januari 2015

1 Introductie

- 1.1 Op 31 oktober 2014 publiceerde ACM het Ontwerpbesluit Marktanalyse ontbundelde toegang (**Ontwerpbesluit**) en opende de nationale consultatie van het Ontwerpbesluit waarbij geïnteresseerde partijen tot 12 december 2014 de gelegenheid werd geboden hun zienswijze op het Ontwerpbesluit kenbaar te maken.
- 1.2 Op 12 december 2014 hebben de Vereniging Commerciële Omroepen (VCO) en de Nederlandse Publieke Omroep (NPO), verder aan te duiden als de **Omroepen**,¹ hun zienswijze met bijlagen ingediend.
- 1.3 In verband hiermee ontvingen de Omroepen onlangs van ACM een kopie van de brief van Tele2 Nederland B.V. (**Tele2**) van 12 december 2014, waarin Tele2 op verzoek van ACM een nadere onderbouwing geeft van haar standpunt dat ACM de televisiemarkt (afzonderlijk) zou moeten analyseren op grond van art. 6a.1 Tw.
- 1.4 Daarmee reageert Tele2 op de brief van ACM van 17 november 2014 waarin haar werd verzocht aan te geven welke relevante ontwikkelingen zich volgens Tele2 hebben voorgedaan sinds het Oordeel Televisie 2011 en zich daarbij niet te beperken tot de goedgekeurde concentratie LGI/Ziggo.
- 1.5 De reactie van Tele2 is voor de Omroepen aanleiding tot enkele opmerkingen die hierna worden uitgewerkt, conform het verzoek van ACM om voor 23 januari 2015 in te gaan op de reactie van Tele2. Ter vermijding van misverstanden merken de Omroepen op dat deze opmerkingen niet afdoen aan de zienswijze die zij hebben ingebracht op 12 december 2014, maar daar integendeel op voortbouwen.

2 Reactie Omroepen

- 2.1 De Omroepen stellen voorop dat de analyse die Tele2 van de marktstructuur geeft grotendeels strookt met hetgeen zij in hun zienswijze dienaangaande hebben opgemerkt. Meer specifiek gaat het dan om:
 - De sterke concentratie op de televisiemarkt en de transparantie die coördinatie mogelijk maakt, zoals ACM in het Ontwerpbesluit ook al constateert ten aanzien van de breedbandmarkt;²
 - De trend naar bundeling en de zeer lage churn;

¹ De leden van de VCO zijn RTL Nederland, SBS Broadcasting B.V., Viacom International Media Networks (Comedy Central, MTV en Nickelodeon), Discovery Networks Benelux (TLC, Discovery Channel, Animal Planet, Investigation Discovery) en The Walt Disney Company (Disney Channel, DisneyXD, Disney Junior). Zie www.vconedeland.org.

² De Omroepen wijzen op dit punt ook nog aan de recente brief van minister Kamp aan de Tweede Kamer (voortgangsrapportage uitwerking visie op telecommunicatie, media en internet, 23 december 2014) waarin eveneens aan de orde wordt gesteld dat een collectieve machtspositie dreigt en regulering van slechts één partij niet langer voor de hand ligt.

- De achterblijvende uitrol van glasvezel;
 - De positie van OTT die, getuige de remedies die de Commissie heeft opgelegd aan de LGI/Ziggo transactie, belangrijk is in potentie, maar thans nog niet zodanig is dat deze volwaardige concurrentiedruk uitoefent en dan ook niet door ACM tot de relevante markt wordt gerekend.
- 2.2 De Omroepen constateren dat Tele2 hun zorgen over de concurrentiesituatie op de relevante markt waartoe televisiedistributie behoort, deelt. Deze zorgen gelden zowel wanneer wordt uitgegaan van een afzonderlijke relevante markt voor televisiedistributie (waar ook Tele2 nog vanuit gaat en welke markt zij aan een zelfstandige analyse onderworpen wil zien), als wanneer wordt uitgegaan van een bundelmarkt, waarbij televisie onderdeel is van de bundel. De Omroepen hebben toegelicht waarom volgens hen aanleiding bestaat uit te gaan van een bundelmarkt, en in ieder geval de analyse mede op bundelniveau te maken.³
- 2.3 Tele2 verbindt aan deze zorgen evenwel de conclusie dat geraden is om thans (alsnog) tot een afzonderlijke analyse van de televisiedistributiemarkt over te gaan. Bovendien merkt Tele2 aan het slot van haar reactie op (naar aanleiding van het verband dat ACM legde tussen het verzoek van Tele2 tot regulering van de televisiemarkt en de Marktanalyse Ontbundelde Toegang) dat zij ACM niet verzoekt tot heroverweging van de conclusie dat kabel niet thuishoort in de markt voor ontbundelde toegang.
- 2.4 Daarmee impliceert Tele2 dat een analyse van de concurrentie voor televisiedistributie niet thuishoort in de marktanalyse ontbundelde toegang.
- 2.5 Die conclusie is naar de Omroepen menen onjuist.
- 2.6 Nu de televisiedistributiemarkt onmiskenbaar een retailmarkt is die *downstream* is gepositioneerd van de te onderzoeken wholesalemarkt voor ontbundelde toegang (zoals ACM ook zelf uitdrukkelijk vaststelt in het KPN-Reggefiber besluit), is een analyse van de concurrentiesituatie op die markt (dan wel op de bundelmarkt) in afwezigheid van wholesaleregulering hoe dan ook vereist.
- 2.7 Daarbij gaat het niet om de vraag of de televisiedistributiemarkt als zodanig voor ex ante regulering op grond van art. 6a.1 Tw in aanmerking komt en hoeft dus ook niet ten aanzien van deze markt eerst de drie-criteria toets te worden aangelegd bij gebreke van een aanwijzing van die markt in de Aanbeveling.⁴
- 2.8 Bij de wel vereiste analyse kan volstaan worden met de toets die ACM in het Ontwerpbesluit aanlegt ten aanzien van de andere *downstream* retailmarkten voor internettoegang, vaste telefonie en

³ Evenals Tele2 menen ook de Omroepen dat het besluit van de Commissie om de LGI/Ziggo-transactie goed te keuren niet in de weg staat aan een kritische beoordeling door ACM van de situatie op de relevante retailmarkt voor televisie (dan wel bundels waar televisie onderdeel van is). In de zienswijze is dit uitvoerig toegelicht en de Omroepen verwijzen daarnaar.

⁴ Zie ook de Analyse Televisie, par. D.2.1.1, randnr. 423: “*Het college merkt op dat in het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang en in het oordeel Analyse Televisie aparte analyses worden uitgevoerd die betrekking hebben op afzonderlijke markten. Bij die analyses is van belang dat de markt voor ontbundelde toegang op de Aanbeveling van relevante markten van de Europese Commissie staat en de televisiemarkt niet. Dit onderscheid heeft consequenties voor het door het college bij zijn analyse toe te passen toetsingskader. Op grond van het reguleringskader komt de televisiemarkt pas in aanmerking voor ex-anteregulering, indien hij eerst aantoont dat deze markt voldoet aan de zogenaamde drie-criteriatoets. Die bewijslast heeft het college bij de markt voor ontbundelde toegang niet. Bij het opstellen van de Aanbeveling heeft de Commissie immers al getoetst of deze markt voor ex-anteregulering in aanmerking komt. Voorgaande maakt duidelijk dat de toetsingskaders voor de analyse van de televisiemarkt en de markt voor ontbundelde toegang verschillen. Bijgevolg kunnen ook de uitkomsten van die analyses verschillen.*”

zakelijke netwerkdiensten, welke evenmin als de televisiedistributiemarkt in de Aanbeveling als ex ante te reguleren markten zijn aangewezen.

- 2.9** Die toets behelst de beoordeling of er op de downstream retailmarkten een *risico* voor AMM bestaat. Die toets is minder streng dan de drie-criteria toets, ook gezien het feit dat het gaat om een prospectieve beoordeling van een retailmarkt in de hypothetische situatie dat er geen regulering zou zijn op de markt, in dit geval de markt voor ontbundelde toegang. Het accepteren van een onzekerheidsmarge — zoals wordt uitgedrukt met de toevoeging ‘risico op’ — ligt dan ook voor de hand.⁵
- 2.10** De omstandigheden die Tele2 – met instemming van de Omroepen – schetst tonen aan dat het risico in deze zin inderdaad reëel is en dat dit risico dus mede (dus naast de situatie op andere retailmarkten) voortgezette wholesaleregulering van ontbundelde toegang rechtvaardigt.⁶
- 2.11** Dit is ook dan het geval wanneer kabel inderdaad niet tot de markt voor ontbundelde toegang gerekend zou moeten worden, zoals Tele2 meent. Ook dan geldt immers dat in ieder geval de regulering van KPN noodzakelijk blijft om de – ook door Tele2 gesignaleerde – collectieve machtspositie KPN-UPC/Ziggo zoveel mogelijk te remediëren. Overigens gaan de Omroepen er ook vanuit dat Tele2 zonder meer voorstander is van (voortgezette) regulering van KPN, zodat ook in zoverre een verschil van mening tussen de Omroepen en Tele2 niet aannemelijk is.
- 2.12** Vervolgens komt daar dan nog bij de vraag of kabel niet eveneens, dus naast KPN, aan de wholesaleregulering voor ontbundelde toegang onderworpen kan, en dus ook moet worden. Zoals de Omroepen in hun zienswijze uitgebreid uiteen hebben gezet, is de conclusie van ACM dat kabel niet tot de markt voor ontbundelde toegang gerekend kan worden door ACM gebrekkig onderbouwd.
- 2.13** De reactie van Tele2 bevat op dit punt – anders dan ten aanzien van de concurrentiesituatie op de televisiemarkt – geen nadere feitelijke onderbouwing. Wellicht is voor Tele2 doorslaggevend dat zij via ontbundelde toegang tot de kabel, indien mogelijk, geen zakelijke eindgebruikers zou kunnen bereiken (vgl. randnr. 91 Ontwerpbesluit) en zulks minder goed in haar gewenste propositie past; maar zoals in de zienswijze namens de Omroepen uiteen is gezet zou dat als zodanig onvoldoende redenen zijn om kabel buiten de markt te rekenen.
- 2.14** De Omroepen verzoeken ACM dan ook om al hetgeen Tele2 opmerkt over de concurrentiesituatie op de relevante markt waartoe televisiedistributie gerekend moet worden te betrekken in de analyse van die downstream markt, die zij in het kader van de Marktanalyse Ontbundelde Toegang zal moeten maken, en dat ongeacht het standpunt van Tele2 dat kabel niet tot die markt behoort (welk standpunt de Omroepen niet delen).

⁵ CBB 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522, AB 2013/217 m.nt. Sauter.

⁶ Daarmee is niet gezegd dat de Omroepen per se tegenstander zouden zijn van een afzonderlijke marktanalyse televisie, en in hun zienswijze hebben zij ook uiteengezet waarom het Oordeel Televisie 2011 hoe dan ook geen redenen is om daar thans van af te zien. Zij menen wel dat de televisiedistributiemarkt in ieder geval ook in de marktanalyse ontbundelde toegang moet worden betrokken, en wanneer daar ook wholesale regulering van de kabel uit voortkomt is dat mogelijk ook voldoende.