



> Retouradres Postbus 20101 2500 EC Den Haag

Broadcast NewCo Two B.V.
T.a.v. de heer Van der Hoeven
Axelsestraat 58
4537 AL TERNEUZEN

**Directoraat-generaal voor
Energie en Telecom**
Directie Telecommarkt

Bezuidenhoutseweg 30
Postbus 20101
2500 EC Den Haag
T 070 379 8911 (algemeen)
www.ez.nl

Behandeld door
dhr. mr. J.W. Dijkman

T 070 379 8121
F 070 379 8264
d.devries@minez.nl

Datum 29 OKT 2009

Betreft Problematiek markt voor etherdistributiediensten

Ons kenmerk
ET/TM / 9143569

Uw kenmerk
Hvs 097488-Rjh/Vdk-BNT

Geachte heer Van der Hoeven,

In uw brief van 8 juni 2009 (Hvs 097488-Rhj/Vdk-BNT) vraagt u dringende aandacht voor de problematiek op de markt voor etherdistributiediensten. De problemen op deze markt vereisen, zo meent u, een structurele aanpak. U geeft aan dat, naast een beleidsonderzoek door EZ, het nodig is dat OPTA beschikt over 'effectief gereedschap' zodat partijen zich tot OPTA kunnen wenden om non-discriminatie, efficiëntie en transparantie (alsnog) af te dwingen.

Naar uw oordeel blijft een structurele aanpak echter uit, omdat noch EZ noch OPTA zich voldoende inspanssen om de problemen op te lossen. Graag zou u eenzelfde aanpak zien als bij de (omroep)kabel. Daarvoor is, zo geeft u aan, alle reden omdat ook de ethermarkt beheerst wordt door partijen met een machtspositie op monopolioïde infrastructuur die de prikkel en de mogelijkheid hebben om dat monopolie uit te buiten. Verder is naar uw opvatting ook de wetgeving ontoereikend, nu de enige weg die partijen in de etherdistributiemarkt kunnen bewandelen de weg van artikel 3.11 Telecommunicatiewet (Tw) is. Het alternatief is toepassing van 3.13 Tw. Echter dit artikel wordt niet toegepast en EZ wil het uit de wet hebben. Tot slot geeft u in uw brief een aantal voorbeelden van situaties die, zo begrijp ik, duidelijk moeten maken dat er sprake is van mededingingsproblemen.

Voorwaarden voor daadwerkelijke concurrentie in iedere markt

Een belangrijke doelstelling van het beleid van EZ in de elektronische communicatiesector is het tot stand brengen van zodanige (markt)omstandigheden dat op alle markten in die sector daadwerkelijke concurrentie mogelijk is. Het is om die reden dat de Tw, in navolging van de Europese richtlijnen, voorziet in een systeem waarbij OPTA periodiek de markten in de elektronische communicatiesector analyseert. Bij deze analyse bepaalt OPTA de relevante markt en bekijkt zij of die markt daadwerkelijk concurrerend is. Als dat niet het geval is, wijst OPTA de partij, of partijen, aan die op die specifieke markt een aanmerkelijke marktmacht (vergelijkbaar met een economische machtspositie) hebben. Vervolgens legt OPTA, na goedkeuring door de Europese Commissie, aan de partij (of partijen) met een aanmerkelijke marktmacht passende maatregelen op. Hierbij is van belang dat de Commissie ten aanzien van markten die niet voorkomen in aanbeveling 2007/879/EG, zoals

alle relevante omroepdistributiemarkten, verlangt dat de zogenoemde drie criteria test wordt doorlopen. Deze test maakt deel uit van het marktonderzoek en dient er toe om op snelle wijze vast te stellen of het nodig is om op de betreffende markt ex ante regulering toe te passen. Blijkt uit de test dat ex ante marktregulering niet nodig is dan zal de Commissie geen toestemming geven.

Zowel de door u genoemde kabelmarkt als de markt voor etherdistributiediensten zijn recent door OPTA bekeken. Daaruit blijkt dat er belangrijke verschillen zijn tussen beide markten. Ten aanzien van de kabelmarkt heeft OPTA vastgesteld dat daar zowel op de eindgebruikersmarkt als in de groothandelsmarkt sprake is van een aanmerkelijke marktmacht van de kabelmaatschappijen. Bij de ether omroepdistributiemarkt heeft OPTA dit niet vastgesteld. OPTA heeft namelijk in haar besluit van 21 januari 2009 op grond van de drie criteria test geconstateerd dat ingrijpen op grond van hoofdstuk 6a Tw niet nodig is. Om over te gaan tot ex ante regulering op de groothandelsmarkt(en) voor de levering van transmissiediensten via de ether, moet op grond van de drie criteria toets allereerst worden vastgesteld dat er toetredingsbelemmeringen zijn tot deze markten die niet van voorbijgaande aard zijn. De belangrijkste belemmering, zo constateert OPTA, om toe te treden tot de distributiemarkt is dat de aanbieder moet beschikken over toegang tot de daartoe benodigde infrastructuur. Grote delen van de keten, de onderbouw, de torens en de masten, zijn -zo overweegt OPTA- in handen van niet verticaal geïntegreerde aanbieders die hun inkomsten genereren uit de exploitatie van hun infrastructuur en daarom geen prikkel hebben om een partij toegang tot deze infrastructuur te weigeren. Voor zover in de keten, bijvoorbeeld als gevolg van verticale integratie, de prikkel om toegang te weigeren wel bestaat kan daartegen adequaat op grond van de artikelen 3.11 en 3.12 Tw worden opgetreden. OPTA wijst daarbij ook op het feit dat de redelijke vergoeding die voor het medegebruik mag worden gevraagd op grond van jurisprudentie gebaseerd mag worden op een kostengeoriënteerde vergoeding. OPTA stelt tot slot ook nog vast dat op dit moment sprake is van concurrentie tussen twee aanbieders op de markt voor radiotransmissiediensten, KPN Broadcast Services en Broadcast Partners, en dat deze laatste er in de loop der jaren in is geslaagd een significante positie als concurrent te verwerven op grond van een concurrerende prijsstelling. Ten aanzien van de door u wenselijk geachte verplichting tot non-discriminatie merkt OPTA expliciet op dat aan een dergelijke maatregel geen behoefte is nu er door de werking van 3.11 in combinatie met de marktomstandigheden geen economische prikkel is voor KPN om voor het medegebruik discriminatoire tarieven te hanteren. Verder concludeert OPTA dat van een price squeeze geen sprake is zodat ook om die reden geen nadere maatregelen behoeven worden getroffen.

Artikel 3.13

Voor wat betreft artikel 3.13 Tw merk ik het volgende op. Artikel 3.13 Tw beoogt, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, artikel 5, vierde lid, van de Toegangsrichtlijn te implementeren. Dit artikel heeft echter geen betekenis

buiten de context van de in artikel 5 geregelde interoperabiliteit. Feitelijk is het vierde lid ook niet meer dan een herhaling van het eerste en tweede lid van artikel 5. Daar staat immers al dat een nationale regelgevende instantie die (toegangs-) maatregelen moet kunnen treffen die nodig zijn om interoperabiliteit tot stand te brengen. Onder interoperabiliteit moet in dit verband worden begrepen de mogelijkheid voor een eindgebruiker van een bepaald netwerk om te kunnen communiceren met eindgebruikers van andere netwerken en andersom (de zogenoemde eind-tot-eind verbindingen, ofwel het ervoor zorgen dat bijvoorbeeld abonnees bij het KPN netwerk kunnen telefoneren met abonnees aangesloten op het Vodafone netwerk). Van interoperabiliteit zoals hier bedoeld is in het geval van Broadcast Partners echter geen sprake. Artikel 5, vierde lid, van de Toegangsrichtlijn is overigens in het Nederlandse recht omgezet in artikel 6.2 van de Tw. Daar is bepaald dat OPTA op verzoek of op eigen initiatief de verplichting op kan leggen om eind-tot-eind verbindingen (interoperabiliteit) tot stand kan brengen. Artikel 3.13 heeft daarom naast artikel 6.2 van de Tw geen enkele praktische betekenis. Iedere andere –ruimere- invulling zou in strijd zijn met de Europese richtlijnen. Vandaar dat, zoals u in uw brief ook aangeeft, voorgesteld wordt artikel 3.13 Tw te schrappen.

Voorbeelden van marktomstandigheden

Artikel 3.11, vierde lid, Tw geldt voor iedere aanbieder die beschikt over antenne-opstelpunten, antennesystemen of antennes bestemd voor de verspreiding van omroep. De medegebruik-verplichting rust dus ook op KPN ten aanzien van haar (omroep)antennes. KPN kan, met andere woorden, redelijke verzoeken om (mede)gebruik van uw onderneming niet weigeren. KPN heeft, zo is mij gebleken uit contacten met OPTA, in sommige gevallen het voornemen een antenne weg te halen in het geval zij een aanbesteding niet wint. Dat is het recht dat KPN als eigenaar toekomt. Wel brengt een redelijke uitleg van artikel 3.11 Tw met zich mee dat plannen met betrekking tot afbraak/aanpassing tijdig worden meegedeeld. Partijen die van plan waren medegebruik te vragen of gevraagd hebben kunnen dan tijdig omzien naar alternatieven. Dat betekent concreet dat een dergelijke partij zelf een antenne plaatst of de antenne van KPN tegen een (marktconforme) prijs overneemt.

Ten aanzien van KPN merk ik verder nog op dat van publieke financiering geen sprake is. KPN heeft voor het verwerven van de eigendom van de antennes betaald door middel van de overname van de aandelen van Nozema Services.

Voor wat betreft Novec merk ik op dat dit bedrijf bij het beschikbaar stellen van ruimte op antennemasten op torens boven de 40 meter aan eenieder die gebruik wenst te maken van haar mastruimte hetzelfde (dus non-discriminatoire) tarief rekent. Uw bedrijf is dus niet slechter of beter af dan KPN of enige andere (potentiële) concurrent.

Voor wat betreft de in maart 2005 gesloten zogenoemde knipovereenkomst is het inderdaad juist dat de landsadvocaat in zijn advies uit oktober 2005 tot het oordeel kwam dat deze op onderdelen in strijd was met het mededingingsrecht.

De knipovereenkomst is daarom, zoals ook in het marktbesluit van OPTA valt te lezen, vervangen door een nieuwe overeenkomst met terugwerkende kracht tot 1 januari 2005.

Voor wat betreft de hoogte van de tarieven van Novec is mij gebleken dat deze gestegen zijn met ongeveer 35%. De stijging is veroorzaakt, zo heeft Novec mij aangegeven, door het wegvallen van het gebruik van antennemasten voor analoge TV-omroep. Novec rekent namelijk een prijs per meter mast. Deze prijs wordt bepaald door de kosten die vervolgens worden omgeslagen over alle verhuurde meters ruimte. Nu er minder ruimte wordt verhuurd stijgt de prijs per meter. Over deze wijze van berekenen loopt op dit moment een door KPN aangespannen geschil bij OPTA. OPTA kan en zal dit geschil beslechten op basis van 3.11 Tw en zal dus beoordelen of de door Novec gevolgde berekeningswijze zich verdraagt met het vereiste van kostenoriëntatie.

Ook met betrekking tot Alticom, de eigenaar van de meeste betonnen mastvoeten, kan 3.11 Tw worden toegepast. Dat betekent dat ook hier geldt dat de tarieven voor het gebruik van de mastvoeten kostengeoriënteerd moeten zijn. Wordt aan deze eis niet voldaan dan kan OPTA hiertegen optreden. Van excessieve tarieven kan dus geen sprake zijn.

Tot slot merk ik nog het volgende op. Naar aanleiding van het gesprek dat wij op 3 september hadden heeft u mij nadere informatie toegezonden. In de bijlage bij de brief wordt een overzicht gegeven van een aantal landen van de Europese Unie waarin, naar de opvatting van BP, adequate maatregelen met betrekking tot de etherdistributiemarkt zijn genomen. In alle door BP genoemde gevallen gaat het om maatregelen die, met goedvinden van de Commissie, door de buitenlandse tegenhangers van de OPTA zijn genomen op grond van het aanmerkelijke marktmachtsregime (in Nederland het regime van hoofdstuk 6a TW). Derhalve maatregelen die zijn opgelegd op basis van een marktanalyse en (dus) waar nodig na het doorlopen van de zogenoemde drie-criteriatoets. Overigens speelden een deel van de genoemde gevallen zich af op een tijdstip waarop de omroepdistributiemarkt nog was opgenomen in de aanbeveling relevante markten van de Europese Commissie. Hierdoor hoefde de drie criteriatoets alleen te worden doorlopen indien de toezichthouder *geen* maatregelen nodig achtte voor de betreffende markt of, indien de toezichthouder een andere markt (ruimere of beperktere) wenste af te bakenen dan die genoemd in de aanbeveling. Omdat de omroepdistributiemarkt sinds 17 december 2007 niet meer in de aanbeveling is opgenomen moet OPTA altijd met behulp van de drie criteriatoets aantonen dat regulering *wel* nodig is. Dat neemt niet weg dat OPTA, als zij dat nodig acht ook in Nederland dergelijke maatregelen zou kunnen opleggen. OPTA heeft dat niet gedaan omdat zij dat na een analyse van de markt, en (dus) na het toepassen van de drie-criteria toets, tot de conclusie is gekomen dat geen (extra) maatregelen nodig zijn. De Commissie onderschrijft het besluit van OPTA gelet op het feit dat zij bij de toepassing van artikel 7 van de Kaderrichtlijn (het vetorecht) heeft ingestemd met het besluit. In OPTA's beslissing mag en wil ik niet treden. Als BP het met dit oordeel niet eens is zal zij zich tot de (onafhankelijke) rechter moeten wenden.

**Directoraat-generaal voor
Energie en Telecom**
Directie Telecommarkt

Ons kenmerk
ET/TM / 9143569

Alleen indien wet- en regelgeving tekort zouden schieten is voor mij een taak weggelegd. Dat is hier echter, zoals naar ik hoop uit het voorgaande blijkt, niet het geval.

A handwritten signature in black ink, reading 'F. Heemskerck'. The signature is written in a cursive style with a large initial 'F'.

drs. F. Heemskerck
Staatssecretaris van Economische Zaken