

College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 18 augustus 2010, OPTA – Toegang kabelnetwerken



TELECOMMUNICATIETRECHT

Relevante productmarkten op retailniveau: kabelnetwerken en alternatieve omroeptransmissieplatforms substitueerbaar

- [Het College is \[...\] van oordeel dat OPTA, onder verwijzing naar de voortgaande transitie van analoge naar digitale televisie, terecht heeft geconcludeerd dat, in het kader van een prospectieve analyse, als voorgeschreven in de Richtsnoeren, van een toenemende substitueerbaarheid van de kabel door de verschillende alternatieve platforms mag worden uitgegaan en dat daaraan doorslaggevende betekenis toekomt.](#)

OPTA heeft in haar analyse op zichzelf met juistheid geconstateerd dat de alternatieve omroeptransmissieplatforms thans, om technische redenen, niet in alle gevallen een perfect substituuut vormen voor de kabelnetwerken, zodat er ook indicatoren zijn voor een nauwere bepaling van de relevante productmarkt op retailniveau. Het College is niettemin van oordeel dat OPTA, onder verwijzing naar de voortgaande transitie van analoge naar digitale televisie, terecht heeft geconcludeerd dat, in het kader van een prospectieve analyse, als voorgeschreven in de Richtsnoeren, van een toenemende substitueerbaarheid van de kabel door de verschillende alternatieve platforms mag worden uitgegaan en dat daaraan doorslaggevende betekenis toekomt. Dat sprake is van een toenemende onderlinge substitueerbaarheid als bedoeld blijkt genoegzaam uit de door OPTA aangehaalde consumentenonderzoeken van Heliview ("Markttrends (digitale) televisie", januari 2008, uitgevoerd in opdracht van OPTA) en Veldkamp (eerder aangehaald), waaruit kan worden afgeleid dat reeds, zij het nog in beperkte mate, een overstap plaatsvindt van analoge naar digitale ontvangst van rtv-signalen. Van het geleidelijk wegvallen van overstapdrempels blijkt voorts uit de onderzoeken die in opdracht van OPTA door Stratix Consulting B.V. ("Analoge radio en TV", juli 2008) en Verdonck, Klooster en Associates ("Marktontwikkelingen 2008-2011", 12 juni 2008) zijn uitgevoerd naar aspecten als techniek, beleid en marktverwachting.

De omstandigheid dat voor het gebruik van digitale televisie een decoder nodig is doet niet af aan het oordeel dat OPTA zich op het standpunt mocht stellen dat de alternatieve platforms binnen de reguleringsperiode een voldoende substituuut (gaan) bieden voor de kabel. Onweersproken is door de kabelexploitanten gesteld dat een of meer decoders door de alternatieve aanbieders van digitale televisie tegen beperkte kosten beschikbaar worden gesteld, zodat hierin niet een overstapdrempel van betekenis kan worden gevonden.

Geografische marktafbakening niet afgebakend in overeenstemming met Richtsnoeren

- [omdat OPTA niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabelbedrijven, de geografische markt niet is afgebakend in overeenstemming met punt 56 van de Richtsnoeren.](#)

Dit geldt zowel voor de heroverweging die heeft plaatsgevonden ten aanzien van UPC, Ziggo en Delta op grond van artikel 6a.4 Tw als voor het CAIW-besluit. Deze constatering wettigt, gelet ook op artikel 15, tweede lid, van de Kaderrichtlijn, de slotsom dat OPTA in alle vier de marktanalyses bij de afbakening van de relevante retailmarkt heeft gehandeld in strijd met de in artikel 6a.1, tweede lid, Tw aan haar opgelegde verplichting om de relevante markt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht te bepalen

- [Traditioneel vindt, zo blijkt uit punt 59 van de Richtsnoeren, in de sector elektronische communicatie de geografische afbakening van de markt plaats aan de hand van \(1\) het gebied dat door een netwerk wordt bestreken en \(2\) het bestaan van wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten.](#)

Ten aanzien van het eerste criterium overweegt het College dat een belangrijke, maar geen doorslaggevende, betekenis kan worden toegekend aan het feit dat OPTA naast de verschillende kabelnetwerken het aanbod van de landelijk opererende alternatieve omroeptransmissieplatforms tot de relevante productmarkt heeft gerekend. Met betrekking tot het tweede criterium stelt het College vast dat binnen het Nederlandse grondgebied geen verschillen bestaan in de wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten.

- [OPTA heeft onvoldoende aangegeven waaruit vastgestelde verschillen in voorwaarden voor levering van digitale rtv-signalen zouden bestaan](#)

Met betrekking tot de vraag of de verzorgingsgebieden van elkaar verschillen in aard en kenmerken van de levering van rtv-signalen en toegang tot een omroeptransmissieplatform heeft OPTA vastgesteld dat de verschillen in strategie tussen de kabelbedrijven er op wijzen dat in hun verzorgingsgebieden in enige mate afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Het College stelt vast dat deze afwijkingen niet het analoge standaardpakket betreffen. Ten aanzien van dit pakket bestaan, blijkens randnummer 5.3.5 van het verweerschrift van OPTA, relatief vergelijkbare voorwaarden. Waaruit de verschillen in de voorwaarden voor wat be-

treft de levering van digitale rtv-signalen zouden bestaan blijkt naar het oordeel van het College evenwel onvoldoende uit de marktanalysebesluiten. Weliswaar is in randnummer 365 overwogen dat grotere kabelbedrijven zich concentreren op de ontwikkeling van nieuwe producten en op meer digitale diensten en dat zij daartoe hun netwerken gemoderniseerd en geschikt gemaakt hebben voor tweewegverkeer met als gevolg dat de kosten van de netwerken in toenemende mate zullen verschillen, maar deze vaststelling, wat daar overigens van zij, is nergens concreet gemaakt.

De vraag of de gebieden van elkaar verschillen in marktaandelen heeft OPTA eveneens bevestigend beantwoord.

• **[OPTA heeft evenwel niet voldoende aangetoond dat er beduidende verschillen bestaan in de ontwikkeling van de marktaandelen in de onderscheiden verzorgingsgebieden.](#)**

Niet in geschil is dat de marktaandelen van UPC, Ziggo, Delta en CAIW elk een dalende tendens vertonen als gevolg van overloop van hun abonnees naar de andere aanbieders.

• **[door OPTA in haar verweerschrift aangevoerd dat juist ook de differentiatie in aanbiedingen een indicatie vormt voor het bestaan van regionale markten, maar deze overweging heeft zij niet aan haar marktanalysebesluiten ten grondslag gelegd en ook overigens niet onderbouwd.](#)**

Tenslotte heeft OPTA vastgesteld dat de prijsverschillen tussen de kabelbedrijven er op wijzen dat in de betrokken verzorgingsgebieden afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.

Het College kan OPTA ook in deze vaststelling niet volgen. OPTA heeft in haar verweerschrift onder punt 5.3.5 erkend dat met betrekking tot het analoge programmapakket de prijzen slechts in geringe mate van elkaar verschillen.

De verschillen in prijsstelling tussen de digitale programmapakketten van de kabelaanbieders (variërend tussen € 15,45 van CAIW en € 20,70 van UPC begin 2009) vinden, naar door UPC en CAIW onweersproken is gesteld, hun grond in objectief aantoonbare verschillen in het dienstenpakket van deze aanbieders. Weliswaar is in reactie op deze stelling door OPTA in haar verweerschrift aangevoerd dat juist ook de differentiatie in aanbiedingen een indicatie vormt voor het bestaan van regionale markten, maar deze overweging heeft zij niet aan haar marktanalysebesluiten ten grondslag gelegd en ook overigens niet onderbouwd.

Uit het vorenstaande maakt het College de gevolgtrekking dat, omdat OPTA niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabelbedrijven, de geografische markt niet is afgebakend in overeenstemming met punt 56 van de Richtsnoeren. Dit geldt zowel voor de heroverweging die heeft plaatsgevonden ten aanzien van UPC, Ziggo en Delta op grond van artikel 6a.4 Tw als voor het CAIW-besluit. Deze constatering wettigt, gelet ook op artikel 15, tweede lid, van de Kaderrichtlijn, de slotsom dat OPTA in alle vier de marktanalyses bij de afbake-

ning van de relevante retailmarkt heeft gehandeld in strijd met de in artikel 6a.1, tweede lid, Tw aan haar opgelegde verplichting om de relevante markt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht te bepalen. De beroepen van UPC, Ziggo, Delta en CAIW zijn gegrond. De bestreden besluiten dienen reeds hierom te worden vernietigd.

Vindplaatsen: LJN: [BN4243](#); Mediaforum 2010, nr. 24, p. 290, m.nt. Braeken

College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 18 augustus 2010

(W.E. Doolaard, C.M. Wolters en R.F.B. van Zutphen)

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 09/536 tot en met 09/539 en

09/541 tot en met 09/548 18 augustus 2010

15334 Telecommunicatiewet

Verplichtingen als bedoeld in hoofdstuk 6A

Uitspraak in de zaken van:

1. Delta N.V. en Delta Kabelcomfort Netten B.V., te Middelburg (hierna: Delta), appellanten in de zaak AWB 09/536, gemachtigde: mr. A.R. Bosman, advocaat te Brussel;
2. KPN B.V., te Den Haag (hierna: KPN), appellante in de zaken AWB 09/537 en 09/538, gemachtigden: mr. M.C. de Smidt en mr. [A.G.D. van der Wolk](#), beiden advocaat te Amsterdam;
3. UPC Nederland B.V., te Amsterdam (hierna: UPC), appellante in de zaak AWB 09/539, gemachtigden: mr. P. Glazener en mr. Q.R. Kroes, beiden advocaat te Amsterdam;
4. Ziggo B.V., te Groningen (hierna: Ziggo), appellante in de zaak AWB 09/541, gemachtigden: mr. W. Knibbeler en mr. P.J. Kreijger, beiden advocaat te Amsterdam;
5. CAIW Diensten B.V., te Naaldwijk (hierna: CAIW), appellante in de zaak AWB 09/542, gemachtigde: mr. S. Sanders, advocaat te Utrecht;
6. YouCa B.V., te Hilversum (hierna: YouCa), appellante in de zaken AWB 09/543, 09/544, 09/546 en 09/548, gemachtigde: mr. H.Y. Kramer, werkzaam bij YouCa;
7. Tele2 Nederland B.V., te Amsterdam (hierna: Tele2) en

Online Breedband B.V., te Amsterdam (hierna: Online),

appellanten in de zaken AWB 09/545 en 09/547, gemachtigden: mr. R.D. Chavannes en mr. W.A.M. Steenbruggen, beiden advocaat te Amsterdam; hierna ook gezamenlijk aangeduid als: appellanten, tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), verweerster,

gemachtigden: mr. E.C. Pietermaat en mr. M.W.J. Jongmans, beiden advocaat te Den Haag.

1. De procedure

Bij besluit van 5 maart 2009, met kenmerk: OP-TA/AM/2009/200371-O, heeft OPTA krachtens

hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het oproeptransmissieplatform van Delta in het verzorgingsgebied van Delta geanalyseerd (hierna: het Delta-besluit). Tegen dit besluit heeft Delta bij brief van 14 april 2009, bij het College binnengekomen op gelijke datum, beroep ingesteld. Dit beroep is geregistreerd als AWB 09/536.

Bij besluit van 5 maart 2009, met kenmerk: OPTA/AM/2009/200369-O, heeft OPTA krachtens hoofdstuk 6a van de Tw de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het oproeptransmissieplatform van CAIW in het verzorgingsgebied van CAIW geanalyseerd (hierna: het CAIW-besluit). Tegen dit besluit hebben CAIW en YouCa bij afzonderlijke brieven van 15 april 2009, bij het College binnengekomen op gelijke datum, beroep ingesteld. Deze beroepen zijn respectievelijk geregistreerd als AWB 09/542 en 09/543.

Bij besluit van 5 maart 2009, met kenmerk: OPTA/AM/2009/200373-O, heeft OPTA krachtens hoofdstuk 6a van de Tw de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het oproeptransmissieplatform van Ziggo in het verzorgingsgebied van Ziggo geanalyseerd (hierna: het Ziggo-besluit). Tegen dit besluit hebben KPN, Ziggo, YouCa, Tele2 en Online bij afzonderlijke brieven van 14 respectievelijk 15 april 2009, bij het College binnengekomen op gelijke data, beroep ingesteld. Deze beroepen zijn respectievelijk geregistreerd als AWB 09/537, 09/541, 09/545 en 09/546.

Bij besluit van 5 maart 2009, met kenmerk: OPTA/AM/2009/200374-O, heeft OPTA krachtens hoofdstuk 6a van de Tw de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het oproeptransmissieplatform van UPC in het verzorgingsgebied van UPC geanalyseerd (hierna: het UPC-besluit). Tegen dit besluit hebben KPN, UPC, YouCa, Tele2 en Online bij afzonderlijke brieven van 14 respectievelijk 15 april 2009, bij het College binnengekomen op gelijke data, beroep ingesteld. Deze beroepen zijn respectievelijk geregistreerd als AWB 09/538, 09/539, 09/547 en 09/548.

Op 25 mei 2009 heeft Ziggo de gronden van haar beroep aangevuld. Op 26 mei 2009 hebben Tele2 en Online de gronden van hun beroepen aangevuld. Op 27 mei 2009 hebben KPN en UPC afzonderlijk de gronden van hun beroepen aangevuld. Op 22 juni 2009 heeft YouCa de gronden van haar beroepen aangevuld. Op 24 juni 2009 hebben Delta en CAIW afzonderlijk de gronden van hun beroepen aangevuld.

Op 10 juli 2009 heeft het College Delta aangemerkt als partij in de zaak 09/544, KPN in de zaken 09/536, 09/539, 09/541 en 09/544 tot en met 09/548, UPC in de zaken 09/538, 09/547 en 09/548, Ziggo in de zaken 09/537, 09/545 en 09/546, CAIW in de zaak 09/543, YouCa in de zaken 09/536 tot en met 09/539, 09/541,

09/542, 09/545 en 09/547 en Tele2 en Online in de zaken 09/537 tot en met 09/539, 09/541, 09/546 en 09/548.

Bij brief van 16 oktober 2009 heeft OPTA de op de zaak betrekking hebbende stukken ingediend. Met verwijzing naar artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft OPTA medegedeeld dat uitsluitend het College kennis mag nemen van een aantal nader aangeduide stukken, genummerd B1 tot en met B66.

Bij brief van 18 december 2009 heeft OPTA een verweerschrift ingediend.

Op 8 januari 2010 heeft KPN opmerkingen gemaakt naar aanleiding van de beroepen van Delta, UPC, Ziggo en CAIW. Op gelijke datum heeft UPC een zienswijze en nadere stukken ingediend naar aanleiding van de beroepen van KPN (09/537), YouCa (09/546) en Tele2 en Online. Voorts hebben op gelijke datum CAIW en Delta bij afzonderlijke brieven zienswijzen ingediend naar aanleiding van de beroepen van YouCa (09/543 respectievelijk 09/544) en hebben Tele2 en Online een zienswijze en nadere stukken ingediend ter zake van de door haar ingestelde beroepen.

Bij brief van 4 februari 2010 heeft OPTA de mededeling inzake beperking van de kennisneming ten aanzien van de vertrouwelijke stukken B34 en B65 ingetrokken en het College verzocht deze stukken als niet te zijn ingediend te beschouwen. Het College heeft deze stukken bij brief van 10 februari 2010 aan OPTA geretourneerd.

Bij beslissing van 10 februari 2010 heeft het College de beperking van de kennisneming van de stukken B1 tot en met B33, B35 tot en met B64 en B66 gerechtvaardigd geoordeeld en appellanten verzocht om aan het College kenbaar te maken of zij ermee instemmen dat het College mede op grondslag van de vertrouwelijke versie van voornoemde stukken uitspraak doet op het beroep, voor zover zij deze stukken niet kennen. De gevraagde instemming is door alle appellanten gegeven.

Bij brief van 26 februari 2010 hebben Tele2 en Online een aanvullende zienswijze en nadere stukken ingediend ter zake van de door UPC en Ziggo ingestelde beroepen.

Bij brief van 5 maart 2010 heeft OPTA een nader stuk ingediend.

Op 5 maart 2010 heeft KPN een nadere memorie ter zake van de door haar ingestelde beroepen ingediend. Bij afzonderlijke brieven van gelijke datum hebben UPC en Ziggo aanvullende opmerkingen ter zake van de door hen ingestelde beroepen gemaakt en elk nadere stukken ingediend. Bovendien hebben Tele2 en Online bij brief van gelijke datum nadere stukken ingediend ter zake van de door hen ingestelde beroepen.

Op 18 maart 2010 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij appellanten, vertegenwoordigd door hun gemachtigden, hun standpunten hebben toegelicht.

2. De grondslag van de geschillen

2.1 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschap-

pelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten (PbEG L 108/33; hierna: Kaderrichtlijn) luidt, voor zover en ten tijde hier van belang:

"Artikel 7

Consolidatie van de interne markt voor elektronische communicatie

(...)

3. Indien de nationale regelgevende instantie (...) voornemens is een maatregel te nemen die:

a) valt onder de artikelen 15 of 16 van de onderhavige richtlijn (...); en

b) van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten,

stelt zij de Commissie en de nationale regelgevende instanties in de andere lidstaten in kennis van de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel, overeenkomstig artikel 5, lid 3, en stelt zij de Commissie en de andere nationale regelgevende autoriteiten daarvan in kennis. Nationale regelgevende instanties en Commissie kunnen de betrokken nationale regelgevende instantie hun opmerkingen meedelen binnen maximaal één maand (...).

(...)

5. De betrokken nationale regelgevende instantie houdt zoveel mogelijk rekening met opmerkingen van andere nationale regelgevende instanties en van de Commissie en kan (...) de uiteindelijke ontwerpmaatregel goedkeuren en, in voorkomend geval, aan de Commissie meedelen.

(...)

Artikel 15

Procedure voor marktdefinitie

1. Na openbare raadpleging en overleg met de nationale regelgevende instanties neemt de Commissie een aanbeveling aan inzake relevante markten voor producten en diensten (hierna 'de aanbeveling' genoemd). Daarin worden (...) de markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn, onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd. De Commissie definieert de markten overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.

De Commissie herzielt de aanbeveling op gezette tijden.

2. De Commissie publiceert (...) richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (hierna 'de richtsnoeren' te noemen), in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht.

3. De nationale regelgevende instanties bepalen, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. De nationale regelgevende instanties volgen de procedures van de artikelen 6 en 7 voordat zij markten

definiëren die verschillen van de in de aanbeveling genoemde.

(...)

Artikel 16

Marktanalyseprocedure

1. Zo spoedig mogelijk na de aanneming van de Aanbeveling of een bijwerking daarvan voeren de nationale regelgevende instanties, zoveel mogelijk met inachtneming van de richtsnoeren een analyse van de relevante markten uit.

(...)"

De Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (PbEU L 344/65; hierna: Aanbeveling relevante markten 2007) luidt voor zover hier van belang als volgt:

"De Commissie van de Europese Gemeenschappen (...) beveelt aan:

1. Bij het bepalen conform artikel 15, lid 3, van Richtlijn 2002/21/EG van de relevante markten die met de nationale omstandigheden overeenkomen, dienen de nationale regelgevende instanties de producten- en dienstenmarkten te analyseren die in de bijlage bij deze aanbeveling worden opgesomd.

2. Bij het aanwijzen van andere markten dan die welke in de bijlage zijn opgenomen, dienen de nationale regelgevende instanties erop toe te zien dat cumulatief aan de volgende drie criteria is voldaan:

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.

(...)"

In de bijlage van de Aanbeveling relevante markten 2007 is geen wholesalemarkt voor de doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op een omroeptransmissieplatform genoemd.

In de Tw is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

"Artikel 6a.1

1. Het college bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht de relevante markten in de elektronische communicatiesector waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een in een aanbeveling als bedoeld in artikel 15, eerste lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG vermelde product- of dienstenmarkt. (...)

2. Het college bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese

mededingingsrecht andere dan de in het eerste lid bedoelde relevante markten in de elektronische communicatiesector indien hier naar zijn oordeel aanleiding toe is, of indien dit voortvloeit uit artikel 6a.4 (...).

3. Het college onderzoekt de overeenkomstig het eerste en tweede lid bepaalde relevante markten zo spoedig mogelijk.

(...)

Artikel 6a.2

1. Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde (...) lid, blijkt dat een relevante markt (...) niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en:

(...)

c. trekt hij eerder opgelegde (...) verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in indien zij niet langer passend zijn.

Artikel 6a.4

Uiterlijk binnen drie jaar nadat een besluit als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, inzake het opleggen of in stand houden van verplichtingen met betrekking tot een onderneming die beschikt over een aanmerkelijke macht op een relevante markt in werking is getreden, besluit het college op grond van:

(...)

b. de artikelen 6a.2, eerste lid, onderdeel c (...) om deze verplichtingen in te trekken."

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Op 25 maart 2008 heeft OPTA een vragenlijst gestuurd aan ondernemingen die actief zijn op de omroepmarkt. Hierin heeft OPTA deze marktpartijen gevraagd om hun zienswijze op de marktafbakening, dominantieanalyse, drie criteria toets, mededingingsproblemen en mogelijke verplichtingen. OPTA heeft tevens de vragenlijst op haar website gepubliceerd. Eenentwintig marktpartijen hebben informatie aan OPTA verstrekt.

- Op 5 augustus 2008 heeft OPTA het voorontwerp van de besluiten bekendgemaakt.

- Op 19 augustus 2008 heeft OPTA de ontwerpbesluiten ter inzage gelegd en zijn marktpartijen in de gelegenheid gesteld hun zienswijzen over de ontwerpbesluiten naar voren te brengen.

- Op 11 november 2008 heeft OPTA Ziggo, UPC, Delta en CAIW in de gelegenheid gesteld om te reageren op de naar voren gebrachte zienswijzen van marktpartijen met betrekking tot de respectievelijke ontwerpbesluiten.

- OPTA heeft op 26 november 2008 van Ziggo, op 28 november 2008 van Delta, op 1 december 2008 van UPC en op 2 december 2008 van CAIW een reactie ontvangen.

- Bij brief van 8 januari 2008 (moet zijn 2009, College) heeft de raad van bestuur van de Nederlandse Mede-

dingingsautoriteit (NMa) desverzocht advies uitgebracht omtrent de ontwerpbesluiten. Dit advies luidt onder meer als volgt:

"De NMa deelt de conclusies van OPTA dat sprake is van een AMM-positie op de retail- en wholesalemarkten van de kabelexploitanten UPC, Ziggo, Delta en CAIW in hun respectieve verzorgingsgebieden in de komende reguleringsperiode. De NMa merkt daarbij op dat het dalende marktaandeel van de kabelexploitanten op de retailmarkten in de toekomst aanleiding zou kunnen geven om de dominante positie van de kabelexploitanten opnieuw te onderzoeken."

- Op 9 januari 2009 heeft OPTA de ontwerpbesluiten ter notificatie voorgelegd aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: de Commissie) en aan de nationale regelgevende instanties van de EU-lidstaten.

- Op 9 februari 2009 heeft de Commissie haar opmerkingen, als bedoeld in artikel 7, derde lid, van de Kaderrichtlijn, medegedeeld. De Commissie heeft hierin geen ernstige twijfels uitgesproken omtrent de in de ontwerpbesluiten neergelegde analyses.

- Vervolgens heeft OPTA de bestreden besluiten genomen.

3. De bestreden besluiten

In het UPC-besluit heeft OPTA geconcludeerd dat de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van UPC in het verzorgingsgebied van UPC de relevante wholesalemarkt is. OPTA heeft voorts geconcludeerd dat die relevante wholesalemarkt niet daadwerkelijk concurrerend is en heeft UPC en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de wholesale omroepmarkt aangewezen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, Tw (hierna: AMM).

Volgens OPTA is er op de relevante wholesalemarkt een risico op de volgende mededingingsbeperkende gedragingen van UPC: (-) leveringsweigering/toegangswegering; () strategisch gebruik van informatie; () oneigenlijk gebruik van informatie over concurrenten; () verdragings tactieken; () onbillijke voorwaarden; () kwaliteitsdiscriminatie; () strategisch productontwerp; () koppelverkoop; () prijsdiscriminatie, en () buitensporige prijzen. Om deze gedragingen te remediëren heeft OPTA aan UPC - onder intrekking van de niet langer passend geachte wholesaleverplichtingen als opgelegd in het besluit ten aanzien van de markten voor de doorgifte en verzorging van omroeptransmissiediensten in het verzorgingsgebied van UPC van 17 maart 2006 - de volgende verplichtingen opgelegd:

- een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken om doorgifte van rtv signalen (hierna: doorgifte) en het op wholesaleniveau leveren van de analoge rtv signalen en de aansluiting op haar omroeptransmissieplatform (hierna: WLR-C) van aan-

bieders van rtv signalen die door middel van de over het omroeptransmissieplatform van UPC geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers willen bereiken;

- een verplichting om de genoemde vormen van toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen;

- een verplichting om alle diensten en bijbehorende faciliteiten die UPC dient te leveren in het kader van de toegangsverplichtingen WLR-C en doorgifte op te nemen in een referentieaanbod, en;

- een verplichting tot tariefregulering ten behoeve van het kunnen afnemen van toegangsdiensten en bijbehorende faciliteiten die behoren tot de wholesale omroepmarkt.

In het Ziggo-besluit heeft OPTA geconcludeerd dat 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 de relevante wholesalemarkt is. OPTA heeft voorts geconcludeerd dat die relevante wholesalemarkt niet daadwerkelijk concurrerend is en heeft Ziggo en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de wholesale omroepmarkt aangewezen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, Tw.

Volgens OPTA is er op de relevante wholesalemarkt een risico op de volgende mededingingsbeperkende gedragingen van Ziggo: (-) leveringsweigering/toegangsweigering; () strategisch gebruik van informatie; () oneigenlijk gebruik van informatie over concurrenten; () verdragingsacties; () onbillijke voorwaarden; () kwaliteitsdiscriminatie; () strategisch productontwerp; () koppelverkoop; () prijsdiscriminatie, en () buitensporige prijzen. Om deze gedragingen te remediëren heeft OPTA aan Ziggo - onder intrekking van de niet langer passend geachte wholesaleverplichtingen als opgelegd in het besluit ten aanzien van de markten voor de doorgifte en verzorging van omroeptransmissiediensten in het verzorgingsgebied van Essent Kabelcom, Casema N.V. en Multikabel N.V. van 17 maart 2006 - de volgende verplichtingen opgelegd:

- een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken om doorgifte van rtv signalen en het op wholesaleniveau leveren van de analoge rtv signalen en de aansluiting op haar omroeptransmissieplatform van aanbieders van rtv signalen die door middel van de over het omroeptransmissieplatform van Ziggo geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers willen bereiken;

- een verplichting om de genoemde vormen van toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen;

- een verplichting om alle diensten en bijbehorende faciliteiten die Ziggo dient te leveren in het kader van de

toegangsverplichtingen WLR-C en doorgifte op te nemen in een referentieaanbod, en;

- een verplichting tot tariefregulering ten behoeve van het kunnen afnemen van toegangsdiensten en bijbehorende faciliteiten die behoren tot de wholesale omroepmarkt.

In het Delta-besluit heeft OPTA geconcludeerd dat de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Delta in het verzorgingsgebied van Delta de relevante wholesalemarkt is. OPTA heeft voorts geconcludeerd dat die relevante wholesalemarkt niet daadwerkelijk concurrerend is en heeft Delta en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de wholesale omroepmarkt aangewezen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, Tw.

Volgens OPTA is er op de relevante wholesalemarkt een risico op de volgende mededingingsbeperkende gedragingen van Delta: (-) leveringsweigering/toegangsweigering; () strategisch gebruik van informatie; () oneigenlijk gebruik van informatie over concurrenten; () verdragingsacties; () onbillijke voorwaarden; () kwaliteitsdiscriminatie; () strategisch productontwerp; () koppelverkoop, en () prijsdiscriminatie. Om deze gedragingen te remediëren heeft OPTA aan Delta - onder intrekking van de niet langer passend geachte wholesaleverplichtingen als opgelegd in het besluit ten aanzien van de markten voor de doorgifte en verzorging van omroeptransmissiediensten in het verzorgingsgebied van Delta van 17 maart 2006 - de volgende verplichtingen opgelegd:

- een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken om doorgifte van rtv signalen van aanbieders van rtv signalen die door middel van de over het omroeptransmissieplatform van Delta geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers willen bereiken;

- een verplichting om de genoemde vormen van toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen, en;

- een verplichting om binnen vijftien dagen na ontvangst van een verzoek daartoe die informatie bekend te maken die noodzakelijk is om de verzochte toegang te realiseren, respectievelijk om een onderbouwd verzoek om toegang te kunnen doen.

In het CAIW-besluit heeft OPTA geconcludeerd dat de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van CAIW in het verzorgingsgebied van CAIW de relevante wholesalemarkt is. OPTA heeft voorts geconcludeerd dat die relevante wholesalemarkt niet daadwerkelijk concurrerend is en heeft CAIW en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische

communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de wholesale omroepmarkt aangewezen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, Tw.

Volgens OPTA is er op de relevante wholesalemarkt een risico op de volgende mededingingsbeperkende gedragingen van CAIW: (-) leveringsweigering/toegangsweigering; () strategisch gebruik van informatie; () oneigenlijk gebruik van informatie over concurrenten; () vertragingstactieken; () onbillijke voorwaarden; () kwaliteitsdiscriminatie; () strategisch productontwerp; () koppelverkoop, en () prijsdiscriminatie. Om deze gedragingen te remediëren heeft OPTA aan CAIW de volgende verplichtingen opgelegd:

- een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken om doorgifte van rtv signalen van aanbieders van rtv signalen die door middel van de over het omroeptransmissieplatform van CAIW geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers willen bereiken;
- een verplichting om de genoemde vormen van toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen, en;
- een verplichting om binnen vijftien dagen na ontvangst van een verzoek daartoe die informatie bekend te maken die noodzakelijk is om de verzochte toegang te realiseren, respectievelijk om een onderbouwd verzoek om toegang te kunnen doen.

4. De standpunten van appellanten

Gelet op het hierna te geven oordeel beperkt het College zich tot de weergave van de grieven die zijn gericht tegen de bepaling van de relevante retail productmarkt en de relevante geografische retailmarkt.

4.1 Indien en voor zover het College zou overwegen om de grieven van UPC of Ziggo tegen de dominantieanalyse van de wholesale omroepmarkt gegrond te achten, betogen Tele2 en Online in grief 1 dat de afbakening van de relevante retail productmarkt dient te worden gedifferentieerd naar de verschillende omroeptransmissieplatforms, in die zin dat de levering van rtv-signalen via, en toegang tot de kabel niet tot dezelfde relevante retail productmarkt behoort als de levering van rtv-signalen via, en toegang tot satellietnetwerken, digitale ether (DVB-T), DSL en glasvezel. Tele2 en Online onderschrijven het door OPTA in de bestreden besluiten betrokken standpunt dat er belangrijke verschillen bestaan tussen de verschillende omroeptransmissieplatforms. Deze verschillen vormen een aanwijzing dat de alternatieve omroeptransmissieplatforms geen substituten zijn voor de kabelnetwerken. Volgens Tele2 en Online is OPTA onder deze omstandigheden ten onrechte tot de conclusie gekomen dat er sprake is van een relevante retail productmarkt die zowel kabelnetwerken, satellietnetwerken, digitale ether, DSL en glasvezel omvat. De enkele verwijzing naar de omstandigheid dat de omroepmarkt zich in een transitiefase bevindt, waarin analoge doorgifte steeds meer zal worden vervangen

door digitale doorgifte, is onvoldoende om tot die conclusie te kunnen komen.

Naar de mening van Tele2 en Online heeft OPTA voorts onvoldoende gemotiveerd waarom verschillen in zenderaanbod niet nopen tot een aparte afbakening van de kabelmarkt. OPTA heeft haar vermoeden dat verschillen in zenderaanbod niet tot een belangrijke overstapdrempel leiden, enkel onderbouwd met een verwijzing naar het in opdracht van OPTA opgestelde rapport “Inzicht in de vraagzijde van de televisiemarkt” van 8 november 2008 (hierna: rapport Veldkamp). Uit dit rapport blijkt dat het zenderaanbod minder vaak wordt genoemd als reden voor overstap naar een ander omroeptransmissieplatform dan prijs, beeldkwaliteit en gemak. Het enkele feit dat eindgebruikers belang hechten aan prijs, beeldkwaliteit en gemak bewijst echter niet dat zij niet ook hechten aan het ontvangen van een volledig zenderaanbod.

Bovendien heeft OPTA onvoldoende gemotiveerd waarom technische verschillen tussen de verschillende omroeptransmissieplatforms niet behoren te leiden tot afbakening van een aparte relevante productmarkt ten aanzien van de kabelnetwerken. Een belangrijke overstapdrempel wordt immers gevormd doordat het bij alternatieve omroeptransmissieplatforms niet mogelijk is om zonder extra kosten of handelingen meer dan één televisietoestel per huishouden aan te sluiten. Daarnaast vormt de door OPTA geconstateerde omstandigheid dat de tarieven van kabelexploitanten niet op een concurrerend niveau zijn vastgesteld een aanwijzing dat zij over inherente technologische voordelen beschikken.

4.2 In grief A betoogt UPC dat OPTA de relevante geografische retailmarkt ten onrechte regionaal in plaats van nationaal heeft afgebakend. Ingevolge artikel 6a.1, eerste lid, Tw dient OPTA de relevante markten in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht te bepalen. In de Richtsnoeren van de Commissie van 11 juli 2002 voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (PbEG 2002/C 165/03; hierna: de Richtsnoeren) is aangegeven 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. Uit de afbakening van de relevante retail productmarkt volgt dat UPC concurreert met de omroeptransmissieplatforms van satelliet, DSL en glasvezel die ieder voor zich een min of meer landelijke propositie hanteren. Dit heeft tot gevolg dat de relevante geografische retailmarkt nationaal afgebakend dient te worden.

UPC wijst erop dat de concurrentievoorwaarden tussen de omroeptransmissieplatforms landelijk niet duidelijk van elkaar verschillen. Ook de voorwaarden van de verschillende kabelexploitanten verschillen slechts in

bepaalde mate van elkaar. Deze verschillen hebben er niet toe geleid dat de aanbieders van landelijke alternatieve omroeptransmissieplatforms daarop hebben gereageerd door in hun eigen aanbod een regionale prijsdifferentiatie aan te brengen. UPC benadrukt dat de Richtsnoeren niet vereisen dat de concurrentievoorwaarden volstrekt homogeen zijn. Om te kunnen spreken van een nationaal afgebakende retailmarkt volstaat het dat deze voorwaarden in heel Nederland op elkaar lijken.

Ook de door OPTA in de bestreden besluiten geconstateerde prijsverschillen tussen UPC en CAIW bieden naar de mening van UPC geen overtuigend bewijs voor het bestaan van regionaal afgebakende geografische retailmarkten. OPTA is eraan voorbij gegaan dat een eindgebruiker bij afname van een analoog pakket bij UPC 30 zenders kan ontvangen, tegen 24 zenders bij afname van een analoog pakket bij CAIW. Bovendien heeft OPTA nagelaten te vermelden dat UPC - in tegenstelling tot CAIW - geen kosten in rekening brengt voor de terbeschikkingstelling van een digitale decoder. Bovendien wijzen de door OPTA genoemde regionale verschillen in marktaandeel tussen de kabelexploitanten niet op een nauwe regionale afbakening van de retailmarkt. Deze verschillen bevestigen juist de concurrentiekracht die in de afgelopen reguleringsperiode is uitgegaan van andere infrastructuur, waaronder DVB-T.

Onder verwijzing naar de Richtsnoeren bepleit UPC voorts dat op de Nederlandse retail omroepmarkt sprake is van ketensubstitutie. OPTA heeft onvoldoende onderzoek gedaan naar de vraag of de kabelbedrijven indirect met elkaar concurreren.

4.3 In aanvulling op grief A van UPC wijst Ziggo in grief 1 erop dat de geografische afbakening volgens de Richtsnoeren dient plaats te vinden op basis van twee hoofdcriteria, te weten: (1) het gebied dat door een netwerk wordt bestreken, en (2) het bestaan van wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten. Ziggo is van mening dat de relevante geografische retailmarkt op basis van deze uitgangspunten uitsluitend nationaal kan worden afgebakend.

Ziggo betoogt voorts dat de geografische afbakening van de retailmarkt niet in overeenstemming is met de geografische marktafbakening die OPTA in andere marktanalysebesluiten heeft uitgevoerd. In de bestreden besluiten heeft OPTA ten onrechte geen doorslaggevend belang gehecht aan de mogelijkheid en waarschijnlijkheid van geografische prijsdiscriminatie. In het marktanalysebesluit wholesale breedbandtoegang heeft zij aan de onmogelijkheid van prijsdiscriminatie de conclusie van landelijke afbakening van de markt verbonden.

4.4 In aanvulling op de in paragrafen 4.2 en 4.3 genoemde grieven voeren Delta en CAIW aan dat OPTA bij het afbakenen van de relevante geografische retailmarkt een doelredenering heeft toegepast door de positie van de kabelexploitanten als uitgangspunt te nemen en voorts gewicht toe te kennen aan het feit dat kabelexploitanten niet met elkaar concurreren. De omvang van de productmarkt en de dekking van de op die

markt actieve marktpartijen, moet het uitgangspunt zijn bij het afbakenen van de geografische markt. De redenering van OPTA dat de relevante retailmarkt nationaal moet worden afgebakend indien de concurrentiedruk van landelijk dekkende netwerken zo groot is dat kabelbedrijven indirect met elkaar concurreren, is innerlijk tegenstrijdig en onbegrijpelijk. Kabelbedrijven zullen immers ook op een nationale markt direct noch indirect met elkaar concurreren aangezien zij aan hun eigen verzorgingsgebied gebonden zijn.

5. Het verweer van OPTA en hetgeen appellanten overigens hebben aangevoerd

Het College acht het niet noodzakelijk het verweer van OPTA alsmede de in paragraaf 1 van deze uitspraak genoemde schriftelijke uiteenzettingen en reacties op het verweerschrift en de betogen van appellanten ter zitting hier afzonderlijk weer te geven. Het College zal hetgeen partijen naar aanleiding van de in rubriek 4 weergegeven beroepsgronden hebben aangevoerd, betrekken en zonedig bespreken bij de beoordeling van de beroepen.

6. De beoordeling van de geschillen

6.1 OPTA heeft haar besluiten opgebouwd aan de hand van een stappenplan, bestaande uit 9 stappen. De eerste stap is, overeenkomstig het overwogene onder (4) in de preambule van de Aanbeveling relevante markten 2007, de bepaling van de relevante retailmarkten. In deze stap zijn zowel de productdimensie als de geografische dimensie van de af te bakenen markten geanalyseerd.

Partijen hebben hun grieven en verweer opgebouwd in de volgorde van het stappenplan. Het College zal eerst de grieven bespreken die zijn aangevoerd tegen de bepaling van de retailmarkten. Het College zal daarbij tot het oordeel komen dat deze bepaling niet heeft plaatsgevonden overeenkomstig artikel 6a.1, tweede lid, Tw. Omdat daarmee de grondslag aan de marktanalyses ontvalt zullen de desbetreffende besluiten ook niet gedeeltelijk in stand kunnen blijven. De overige grieven van appellanten kunnen daarom onbesproken blijven. Indien hierna wordt verwezen naar de bestreden besluiten wordt, tenzij anders vermeld, de nummering gevolgd van het besluit inzake UPC.

6.2 OPTA heeft de relevante productmarkt voor zover het de retailmarkt betreft in randnummer 357 van de marktanalyse als volgt bepaald: de markt voor de levering van rtv signalen en toegang tot een omroeptransmissieplatform via kabelnetwerken, satellietnetwerken, DVB-T, DSL en glasvezel. Hiertegen hebben Tele2 en Online grieven aangevoerd. Deze grieven dragen in die zin een voorwaardelijk karakter dat zij alleen zijn ingebracht voor zover het College zou overwegen de grieven van UPC en Ziggo met betrekking tot de dominantieanalyse van de wholesalemarkt gegrond te verklaren. Het College zal evenwel, als gezegd, aan bespreking van deze grieven van UPC en Ziggo, die betrekking hebben op stap 4 van de marktanalyses, niet toekomen. Aangezien dit voor de positie van Tele2 en Online een soortgelijk effect heeft als een gegrondverklaring van bedoelde

grievens zal het College de voorwaardelijk ingebrachte grieven beoordelen.

6.3 Tele2 en Online hebben zich op het standpunt gesteld dat de relevante productmarkt te breed is afgebakend. Volgens hen is sprake van technische verschillen tussen de alternatieve omroeptransmissieplatforms en de kabel die leiden tot overstapdrempels en, als gevolg daarvan, tot een verminderde substitueerbaarheid. Het College volgt hen hierin niet.

OPTA heeft in haar analyse op zichzelf met juistheid geconstateerd dat de alternatieve omroeptransmissieplatforms thans, om technische redenen, niet in alle gevallen een perfect substituuut vormen voor de kabelnetwerken, zodat er ook indicatoren zijn voor een nauwere bepaling van de relevante productmarkt op retailniveau. Het College is niettemin van oordeel dat OPTA, onder verwijzing naar de voortgaande transitie van analoge naar digitale televisie, terecht heeft geconcludeerd dat, in het kader van een prospectieve analyse, als voorgeschreven in de Richtsnoeren, van een toenemende substitueerbaarheid van de kabel door de verschillende alternatieve platforms mag worden uitgegaan en dat daaraan doorslaggevend betekenis toekomt. Dat sprake is van een toenemende onderlinge substitueerbaarheid als bedoeld blijkt genoegzaam uit de door OPTA aangehaalde consumentenonderzoeken van Heliview ("Markttrends (digitale) televisie", januari 2008, uitgevoerd in opdracht van OPTA) en Veldkamp (eerder aangehaald), waaruit kan worden afgeleid dat reeds, zij het nog in beperkte mate, een overstap plaatsvindt van analoge naar digitale ontvangst van rtv-signalen. Van het geleidelijk wegvallen van overstapdrempels blijkt voorts uit de onderzoeken die in opdracht van OPTA door Stratix Consulting B.V. ("Analoge radio en TV", juli 2008) en Verdonck, Klooster en Associates ("Marktontwikkelingen 2008-2011", 12 juni 2008) zijn uitgevoerd naar aspecten als techniek, beleid en marktverwachting.

De omstandigheid dat voor het gebruik van digitale televisie een decoder nodig is doet niet af aan het oordeel dat OPTA zich op het standpunt mocht stellen dat de alternatieve platforms binnen de reguleringsperiode een voldoende substituuut (gaan) bieden voor de kabel. Onweersproken is door de kabelexploitanten gesteld dat een of meer decoders door de alternatieve aanbieders van digitale televisie tegen beperkte kosten beschikbaar worden gesteld, zodat hierin niet een overstapdrempel van betekenis kan worden gevonden.

Evenmin ziet het College in het bestaan van verschillen tussen het programma-aanbod van de kabelexploitanten en de alternatieve aanbieders een aanwijzing voor het ontbreken van substitueerbaarheid. Blijkens voormeld consumentenonderzoek van Veldkamp hechten gebruikers niet een zodanig belang aan de - beperkte - verschillen op dit punt dat om die reden sprake zou zijn van aanzienlijke overstapdrempels.

De grieven van Tele2 en Online tegen de afbakening van de relevante productmarkten op retailniveau treffen, gezien het vorenstaande, geen doel.

6.4 Door UPC, Ziggo, Delta en CAIW zijn grieven naar voren gebracht tegen de geografische afbakening van de relevante markten op retailniveau. In de bestreden besluiten heeft OPTA geconcludeerd tot een regionale afbakening van de markten, zodanig dat deze worden beperkt tot de verzorgingsgebieden van onderscheidenlijk UPC, Ziggo, Delta en CAIW. Deze kabelexploitanten stellen zich op het standpunt dat de markten aldus te nauw zijn afgebakend. Zij menen dat in plaats van een regionale een nationale marktafbakening dient te worden toegepast.

6.5 Blijkens randnummer 361 c.q. 362 (Delta) van de desbetreffende marktanalysebesluiten heeft OPTA de marktanalyses uitgevoerd teneinde vast te stellen of UPC, Ziggo en Delta nog beschikken over aanmerkelijke marktmacht op de markt voor de levering van rtv signalen en toegang tot hun onderscheiden omroeptransmissieplatforms, daarmee toepassing gevend aan artikel 6a.4 Tw. Aldus was de marktafbakening die in 2006 heeft plaatsgevonden en waarin het verzorgingsgebied van de kabelexploitanten de geografische begrenzing van de relevante markt vormde, startpunt van de in voormeld artikel voorgeschreven heroverweging. Voor CAIW geldt, dat het haar betreffende marktanalysebesluit in 2006 geresulteerd heeft in de oplegging van een tweetal verplichtingen met een looptijd van één jaar. Dat wil zeggen dat ten tijde van de aanvang van de huidige analyse geen verplichtingen op haar rustten. Naar het oordeel van het College brengt die omstandigheid met zich mee, dat artikel 6a.4 Tw ten aanzien van CAIW niet van toepassing is. In haar geval is dus sprake van een bepaling van de markt op grond van artikel 6a.1, tweede lid, Tw.

6.6 UPC, Ziggo en Delta hebben er op gewezen dat OPTA niet zonder meer het verzorgingsgebied van de kabelexploitanten tot uitgangspunt voor de geografische afbakening van de markt mocht nemen, nu de relevante productmarkt breder is afgebakend dan in de marktanalysebesluiten van 17 maart 2006 het geval was. OPTA heeft evenwel niet nagelaten te motiveren waarom zij wederom tot een regionale afbakening heeft geconcludeerd, zodat de desbetreffende grief in zoverre geen doel treft.

Het College overweegt voorts het volgende.

Traditioneel vindt, zo blijkt uit punt 59 van de Richtsnoeren, in de sector elektronische communicatie de geografische afbakening van de markt plaats aan de hand van

- (1) het gebied dat door een netwerk wordt bestreken en
- (2) het bestaan van wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten.

Ten aanzien van het eerste criterium overweegt het College dat een belangrijke, maar geen doorslaggevend, betekenis kan worden toegekend aan het feit dat OPTA naast de verschillende kabelnetwerken het aanbod van de landelijk opererende alternatieve omroeptransmissieplatforms tot de relevante productmarkt heeft gerekend. Met betrekking tot het tweede criterium stelt het College vast dat binnen het Nederlandse grondgebied geen verschillen bestaan in de wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten.

6.7 In randnummer 360 van het marktanalysebesluit is door OPTA erkend dat de infrastructuur van satellietwerken, DVB-T, DSL en glasvezel min of meer landelijk is en dat de aanbieders van deze omroeptransmissieplatforms een landelijke propositie hebben. Echter, aldus OPTA, pas wanneer de concurrentiedruk van deze alternatieve platforms zo groot is geworden dat UPC, Ziggo, Delta en CAIW indirect concurreren met andere kabelnetwerkexploitanten dient ervan uitgegaan te worden dat de relevante markten een groter geografisch gebied te omvatten dan de verzorgingsgebieden van UPC, Ziggo, Delta en CAIW.

Blijkens punt 56 van de Richtsnoeren omvat, volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, de relevante geografische markt het gebied 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 de aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Voor de afbakening van de geografische markt wordt niet vereist dat de mededingingsvoorwaarden tussen de handelaars of dienstenaanbieders volstrekt homogeen zijn. Het volstaat dat ze op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn, zodat alleen zones waarin de concurrentievoorwaarden 'heterogeen' zijn niet als een uniforme markt kunnen worden beschouwd.

Van afwijkende concurrentievoorwaarden is sprake indien er tussen de verzorgingsgebieden verschillen zijn in productstrategie, ontwikkelingen van het marktaandeel en prijsstelling.

UPC, Ziggo, Delta en CAIW bestrijden het standpunt van OPTA dat op basis van verschillen in strategie, ontwikkeling van marktaandelen en prijsstelling geen aanleiding is om te veronderstellen dat de verschillende kabelbedrijven (indirect) met elkaar concurreren. Het College overweegt als volgt.

Met betrekking tot de vraag of de verzorgingsgebieden van elkaar verschillen in aard en kenmerken van de levering van rtv-signalen en toegang tot een omroeptransmissieplatform heeft OPTA vastgesteld dat de verschillen in strategie tussen de kabelbedrijven er op wijzen dat in hun verzorgingsgebieden in enige mate afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Het College stelt vast dat deze afwijkingen niet het analoge standaardpakket betreffen. Ten aanzien van dit pakket bestaan, blijkens randnummer 5.3.5 van het verweerschrift van OPTA, relatief vergelijkbare voorwaarden. Waaruit de verschillen in de voorwaarden voor wat betreft de levering van digitale rtv-signalen zouden bestaan blijkt naar het oordeel van het College evenwel onvoldoende uit de marktanalysebesluiten. Weliswaar is in randnummer 365 overwogen dat grotere kabelbedrijven zich concentreren op de ontwikkeling van nieuwe producten en op meer digitale diensten en dat zij daartoe hun netwerken gemoderniseerd en geschikt gemaakt hebben voor tweewegverkeer met als gevolg dat de kosten van de netwerken in toenemende mate

zullen verschillen, maar deze vaststelling, wat daar overigens van zij, is nergens concreet gemaakt.

De vraag of de gebieden van elkaar verschillen in marktaandelen heeft OPTA eveneens bevestigend beantwoord.

OPTA heeft evenwel niet voldoende aangetoond dat er beduidende verschillen bestaan in de ontwikkeling van de marktaandelen in de onderscheiden verzorgingsgebieden. Niet in geschil is dat de marktaandelen van UPC, Ziggo, Delta en CAIW elk een dalende tendens vertonen als gevolg van overloop van hun abonnees naar de andere aanbieders.

Tenslotte heeft OPTA vastgesteld dat de prijsverschillen tussen de kabelbedrijven er op wijzen dat in de betrokken verzorgingsgebieden afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.

Het College kan OPTA ook in deze vaststelling niet volgen. OPTA heeft in haar verweerschrift onder punt 5.3.5 erkend dat met betrekking tot het analoge programmapakket de prijzen slechts in geringe mate van elkaar verschillen.

De verschillen in prijsstelling tussen de digitale programmapakketten van de kabelaanbieders (variërend tussen €15,45 van CAIW en €20,70 van UPC begin

2009) vinden, naar door UPC en CAIW onweersproken is gesteld, hun grond in objectief aantoonbare verschillen in het dienstenpakket van deze aanbieders. Weliswaar is in reactie op deze stelling door OPTA in haar verweerschrift aangevoerd dat juist ook de differentiatie in aanbiedingen een indicatie vormt voor het bestaan van regionale markten, maar deze overweging heeft zij niet aan haar marktanalysebesluiten ten grondslag gelegd en ook overigens niet onderbouwd.

Uit het vorenstaande maakt het College de gevolgtrekking dat, omdat OPTA niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabelbedrijven, de geografische markt niet is afgebakend in overeenstemming met punt 56 van de Richtsnoeren. Dit geldt zowel voor de heroverweging die heeft plaatsgevonden ten aanzien van UPC, Ziggo en Delta op grond van artikel 6a.4 Tw als voor het CAIW-besluit. Deze constatering wettigt, gelet ook op artikel 15, tweede lid, van de Kaderrichtlijn, de slotsom dat OPTA in alle vier de marktanalyses bij de afbakening van de relevante retailmarkt heeft gehandeld in strijd met de in artikel 6a.1, tweede lid, Tw aan haar opgelegde verplichting om de relevante markt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht te bepalen. De beroepen van UPC, Ziggo, Delta en CAIW zijn gegrond. De bestreden besluiten dienen reeds hierom te worden vernietigd.

6.8 Het College heeft zich gebogen over de vraag of er aanleiding is de vernietiging te beperken tot het hiervoor besproken onderdeel van de marktanalysebesluiten. De bepaling van de relevante retailmarkt is evenwel zodanig richtinggevend voor de verdere stappen in de marktanalyses en de op basis daarvan ook op wholesaleniveau opgelegde verplichtingen, dat een beoordeling van de hiertegen

ingebrachte grieven bij gebreke van een juiste geografische afbakening niet mogelijk is. Aan bespreking van de grieven van de overige appellanten zal het College dan ook niet toekomen. Als gevolg van de vaststelling dat de marktanalysebesluiten niet in stand kunnen blijven dienen ook hun tegen (onderdelen van) die besluiten gerichte beroepen gegrond te worden verklaard.

6.7 Het College acht termen aanwezig voor veroordeling van OPTA in de kosten van de procedure van appellanten in verband met beroepsmatig verleende rechtsbijstand. Deze kosten worden met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor ieder der appellanten met uitzondering van YouCa, die geen gebruik heeft gemaakt van beroepsmatige rechtsbijstand, vastgesteld op € 1288,-. (4 punten voor UPC, Ziggo, Delta en CAIW in verband met het indienen van het beroepsschrift en het bijwonen van de zitting in een zeer zware zaak en 4 punten voor KPN en Tele2/Online in verband met het indienen van beroepsschriften en het bijwonen van de zitting in twee samenhangende zeer zware zaken).

Aan alle appellanten in alle zaken dient het door hen betaalde griffierecht door OPTA te worden vergoed.

7. De beslissing

Het College:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt de besluiten van OPTA van 5 maart 2009 met de kenmerken OPTA/AM2009/200369-0 (CAIW), OPTA/AM/2009/200371-0 (Delta), OPTA/AM/2009/200373-0 (Ziggo), OPTA/AM/2009/200374-0 (UPC);
- veroordeelt OPTA in de kosten van de procedure aan de zijde van appellanten, met uitzondering van Youca, welke worden vastgesteld op € 1288,- (zegge: twaalfhonderd en achtentachtig euro) voor iedere appellante;
- bepaalt dat in alle zaken het door appellanten betaalde griffierecht ten bedrage van telkens € 297,- (zegge: tweehonderd en zevenennegentig euro) door OPTA aan hen wordt vergoed;
- wijst af het meer en anders gevorderde.

Aldus gewezen door mr. W.E. Doolaard, mr. C.M. Wolters en mr. R.F.B. van Zutphen, in tegenwoordigheid van mr. G.D. Kleijne als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 18 augustus 2010.