



Autoriteit Consument en Markt
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

Bezoekadres
Dr. Kuiperstraat 3-5
2514 BA Den Haag

Postadres
Postbus 16201
2500 BE Den Haag

Den Haag, 10-4-2017

Betreft: Reactie NLConnect op het
consultatiedocument 'Bundeling van
telecomdiensten en content in Nederland' van
ACM. Zaaknummer 16.0138.29

T 070-3053333
E info@nlconnect.org
I www.nlconnect.org

Geachte heer, mevrouw,

NLConnect behartigt de belangen van telecom- en kabelbedrijven: internetaanbieders en aanbieders van tv pakketten. De volgende (qua marktaandeel kleinere) spelers op de markt zijn bij NLConnect aangesloten: DELTA/Zeelandnet, Kabelnoord, CAI Harderwijk, SK Veendam, CAI Edam-Volendam, SK Pijnacker, PLINQ, KT Waalre, Kabeltex, Jonaz, InCompanyMedia, Open Fiber en Teleplaza.

De leden van NLConnect bieden consumenten en bedrijven via glasvezel en kabel onder meer supersnel breedbandinternet, multiscreen digitale televisie, telefonie en WiFi. De meeste leden bedienen hun klanten met eigen (niet-landelijk dekkende) vaste netwerken, maar enkele leden nemen ook wholesaletoegang af bij andere partijen.

Wij stellen het bijzonder op prijs dat we in de gelegenheid worden gesteld te reageren op het consultatiedocument van ACM. We juichen het toe dat ACM onderzoekt wat de mogelijke gevolgen zijn van de opkomst van quad play pakketten en de opkomst van content die sinds enige tijd exclusief wordt aangeboden aan de klanten van de dominante marktpartijen KPN en Ziggo. Vooral de laatste ontwikkeling baart de leden van NLConnect grote zorgen. Wij zijn de mening toegedaan dat een goede wholesale toegang consumentenwelvaart garandeert. Bij exclusieve content is dat geenszins het geval. Wij beschouwen met name exclusieve premiumcontent als onwenselijk met het oog op een goede werking van de markt voor televisiedoorgifte alsmede met het oog op een effectieve bestrijding van online piraterij. Exclusieve premiumcontent zet kleinere aanbieders op achterstand en is in onze optiek een vorm van misbruik van marktmacht. Exclusiviteit in de wholesale toegang leidt tot een afname van de keuze voor aanbieders en daarmee ook tot een afname in de consumentenwelvaart aan het eind van de keten. Wij vinden dat er verscherpt toezicht en maatregelen nodig zijn inzake content in het algemeen en exclusieve content in het bijzonder, via must-offer beleid. In de bijgevoegde beantwoording van de consultatievragen zullen wij hier nader op ingaan.

met vriendelijke groet,

Mathieu Andriessen
Directeur NLConnect

Antwoord NLConnect op consultatievragen ACM

1. Hoe beoordeelt u de analyse van de bovengenoemde mogelijke marktverstoringen als gevolg van de bundeling van vaste en mobiele diensten?

NLConnect beschouwt bundeling van telecomdiensten als een valide propositie die zowel in het voordeel werkt van aanbieders als van consumenten. Door bundeling van diensten kan aan klanten korting of andere voordelen worden geboden, terwijl bundeling voor aanbieders interessant is in het kader van klantbehoud. Hoewel de leden van NLConnect niet de beschikking hebben over eigen mobiele netwerken, staat het hen vrij met mobiele partijen te onderhandelen over mobiel aanbod. Daarbij kunnen aanbieders kiezen voor een MVNO-constructie of voor een andere vorm van samenwerking met een mobiele aanbieder. Zo werkt DELTA samen met T-Mobile in een propositie waarbij klanten van DELTA € 5,- per maand korting krijgen op de GO Abonnementen van T-Mobile gedurende de looptijd van het contract, met een maximum van 24 maanden. De ervaring leert dat de markt op dit punt goed functioneert.

a. In welke mate is minder transparantie in uw ogen een risico?

Wij beschouwen dit niet als een groot risico. Gebundelde telecomdiensten zijn uit de aard der zaak moeilijker te vergelijken dan losse telecomdiensten en die vergelijking zal bij quad play moeilijker zijn dan bij dual of triple play. Maar het is voor de consument zeker geen onbegonnen werk. Er is anno 2017 een complete vergelijkingsindustrie die inspeelt op de informatiebehoefte van de consument. Wie wil heeft voldoende instrumenten om de verschillende diensten en bundels te vergelijken. Vaak zijn bij aanbieders van gebundelde diensten ook de losse diensten beschikbaar en kunnen deze ook worden vergeleken.

b. In welke mate is een toename van overstapkosten een risico? Ziet u nog andere overstapdrempels naast de door de ACM genoemde?

Wij verwachten door vast-mobiele bundeling geen grote toename van overstapdrempels. Kleinere aanbieders die nog geen quad play aanbieden kunnen een dergelijk aanbod in principe leveren door samenwerking met 1 van de 4 mobiele partijen. Quad play as such is dus geen unieke propositie voor partijen met een eigen mobiel netwerk, hoewel dergelijke partijen natuurlijk wel een marge-voordeel hebben. Het is wel een punt van aandacht dat looptijden van vaste en mobiele contracten zoveel mogelijk gelijk lopen, teneinde geen onnodige nieuwe overstapdrempels op te werpen. Wij zien een rol voor ACM en EZ om aanbieders te stimuleren om op dat vlak te komen met afspraken in FIST-verband.

c. In welke mate is de afname van concurrentie door verzwakking van kleine partijen een risico?

Getuige de tekst van het consultatiedocument gaat deze vraag over 'kleine' mobiele aanbieders zonder eigen vast netwerk. Dergelijke partijen zijn niet bij NLConnect aangesloten.

Voor andere kleine partijen geldt dit risico evenwel onverkort. Quad play is een goede ontwikkeling voor consument en markt, mits er voldoende wholesale toegang is voor een veelheid aan aanbieders. Bij kleinere partijen is dat wel een risico.

Kleinere partijen met een eigen vast netwerk, zoals de kleine kabelbedrijven, of partijen zonder enige eigen infrastructuur zijn voor een mobiele propositie afhankelijk van een adequaat competitieve mobiele markt en bijbehorende wholesale toegang. Het blijft zaak dat ACM hierop toeziet. Op de mobiele markt geldt geen toegangsregulering, maar zijn 4 partijen met een eigen netwerk actief. Onderhandelingen met eigenaren van mobiele netwerken verlopen voor kleine partijen zeker niet altijd voorspoedig. Kleine partijen zijn vanwege de omvang van hun klantenbestand niet altijd een interessante gesprekspartner voor partijen met een mobiel netwerk. Daar komt bij dat partijen met een mobiel netwerk zelf ook quad play aanbieden en

met een deal met een kleine aanbieder weliswaar mobiele klanten kunnen winnen, maar tevens een concurrent op het vlak van vaste diensten versterken. Onderhandelingen verlopen om die reden vaak stroef.

2. *Welke andere mogelijke marktverstoringen als gevolg van de bundeling van vaste en mobiele diensten zijn er nog meer? Geef bij elke marktverstoring een duidelijke toelichting op de werking ervan.*

Wij zien geen andere mogelijke marktverstoringen.

3. *Welke oplossingen zouden in uw ogen nodig zijn om de genoemde marktverstoringen te voorkomen / op te lossen?*

Als gezegd zien wij een rol voor ACM en EZ om aanbieders te stimuleren om te komen met afspraken in FIST-verband teneinde te bewerkstelligen dat looptijden van vaste en mobiele contracten zoveel mogelijk gelijk lopen. Wij juichen het toe dat ACM aangeeft de quad play ontwikkeling de komende tijd nauwgezet zal volgen en delen de mening dat voorkomen moet worden dat de voordelen van bundeling op korte termijn, zoals lagere prijzen en extra diensten, uiteindelijk verdwijnen als kleinere concurrenten worden verzwakt.

4. *Zullen naar uw verwachting vaste en mobiele diensten op termijn in hetzelfde contract worden aangeboden? Zo ja, wanneer zal dit het geval zijn? Wat zal volgens u het effect zijn op de mogelijke problemen?*

ACM merkt terecht op dat er momenteel geen aanbieder is die een klant via hetzelfde contract zowel vast als mobiel levert. NLConnect merkt daar bij op dat contracten voor mobiele en vaste diensten niet door dezelfde 'eenheden' worden afgesloten. Een zogenaamde Revenue Generating Unit (RGU) is bij mobiele diensten een individuele persoon, terwijl contracten voor vaste diensten met huishoudens worden aangegaan. Dat gegeven maakt het vanuit administratief oogpunt lastig om vaste en mobiele diensten in 1 contract aan te bieden, uitgezonderd voor eenpersoonshuishoudens. KPN en VodafoneZiggo zullen evenwel ook pogen hun mobiele diensten te leveren aan alle leden van meerpersoonshuishoudens. Wij kunnen op dit moment niet inschatten hoe succesvol deze partijen hierin zullen zijn.

5. *Wegen de voordelen van vast-mobiele bundeling op tegen de hiervoor geschetste mogelijke risico's van deze bundels?*

Ja, mits er voldoende goede wholesale toegang is voor kleinere partijen.

Partijen zonder eigen mobiel netwerk zullen weliswaar als het gaat om quad play geen voortrekkersrol spelen, maar zij kunnen quad play aanbieden wanneer er effectieve wholesale toegang is. Zij zullen als 'smart followers' van KPN en VodafoneZiggo quad play aanbieden wanneer zij hier vraag naar ervaren danwel wanneer dit churn vermindert. Tot op heden is het enige lid van NLConnect dat een vorm van quad play aanbiedt DELTA, eerst als MVNO en momenteel door een kortingsregeling in samenwerking met T-Mobile.

Consultatievragen van ACM over exclusieve content

6. *Wat is uw beoordeling van de drie geschetste marktuitskomsten als gevolg van exclusieve content gegeven de huidige marktsituatie?*

ISP's en omroepdistributeurs die in content investeren zijn - zoals ACM ook vaststelt - in Nederland geen nieuw fenomeen. Deze ontwikkeling is gaande sinds de start van convergentie in de mediasector. Zo nam KPN in het verleden deel in Sport 7, was Endemol enkele jaren eigendom van Telefónica, bezat Liberty Global Chellomedia en had het voormalige Ziggo een joint venture

met Time Warner (HBO). De laatste tijd lijkt deze ontwikkeling in ons land door te zetten, met aanzienlijke nieuwe investeringen van KPN en Liberty Global in content.

NLConnect is er een voorstander van dat partijen zich vrijelijk kunnen bewegen in de televisie-waardeketen. Het moet in onze optiek mogelijk zijn dat distributeurs investeren in bijvoorbeeld content(-productie). Zolang contenteigenaren hun content onder soortgelijke voorwaarden aan alle spelers op de markt aanbieden is er in onze optiek geen probleem, ook niet wanneer deze eigenaren tevens omroepdistributeur of ISP zijn. Dat wordt anders wanneer omroepdistributeurs/ IPS's a) hun eigen content exclusief voor zichzelf houden of b) hun content uitsluitend tegen hoge wholesale prijs beschikbaar stellen aan derden, terwijl zij dezelfde content tegen een lagere retail prijs aanbieden. Voorbeelden van de eerste situatie zijn zijn 'KPN Presenteert' en de HBO-content van VodafoneZiggo. Voorbeeld van de tweede situatie is Ziggo Sport, waarbij VodafoneZiggo via Ziggo kanaal 14 (het 'gratis' Ziggo Sport kanaal) in het basispakket premium content aan al haar klanten levert, die voor klanten van andere partijen enkel als betaalde premium content kan worden afgenomen omdat de betreffende zender niet aan derden wordt aangeboden.

Afhankelijk van de mate waarin exclusieve content voor kijkers relevant is, leidt exclusieve content tot uitsluiting van kleinere providers en dreigt een afname van concurrentie op de markt en van consumentenwelvaart. NLConnect is van mening dat sprake is van misbruik van marktmacht wanneer de dominante partijen KPN en VodafoneZiggo eigen premium content exclusief voor hun klanten aanbieden. Wij zijn van mening dat zulks momenteel bij VodafoneZiggo het geval is rondom de HBO content en dat zulks dreigt te geschieden rondom bepaalde sportcontent.

a. Exclusieve content leidt tot een pro-competitieve marktuitskomst

Wij zijn niet van mening dat het aanbieden van exclusieve content leidt tot een positief effect op de concurrentieverhoudingen op de markt. Integendeel: de door ACM geschetste situatie dat het aanbieden van exclusieve content een reactie oproept bij andere marktpartijen ('bijvoorbeeld met prijsverlagingen of door ook extra content aan te bieden'), lijkt zich enkel tussen de dominante spelers VodafoneZiggo en KPN voor te doen. Er is een wedloop ontstaan tussen deze partijen waar het gaat om toevoegen van steeds meer exclusieve content. Zo heeft KPN onlangs aangegeven in 2017 haar KPN Presenteert catalogus uit te zullen breiden met 'unieke content die je nergens anders kunt kijken'¹ en biedt VodafoneZiggo sinds kort de content van het voormalige HBO exclusief aan haar klanten, alsmede exclusieve content via Ziggo Sport kanaal 14, exclusieve uitzending van concertregistraties en 'gratis' content via Ziggo Sport kanaal 14.

Omroepdistributeurs met een klein marktaandeel kunnen allereerst niet meegaan in deze ontwikkeling vanwege hun beperkte schaalgrootte: zij hebben niet de financiële slagkracht om exclusieve content te verwerven of te produceren. Kleinere aanbieders kunnen de exclusieve content ten tweede ook niet 'matchen' door inkoop: zij kunnen hun aanbod niet uitbreiden met deze content omdat deze beschikbaar is voor distributie en niet 'compenseren' omdat er geen echt alternatief voorhanden is. Enkele providers hebben weliswaar 'gecompenseerd' door andere content (bijv. Film1 en Fox Eredivisie) toe te voegen aan hun aanbod, maar deze content vormt uit de aard der zaak geen volledig substituut. Ten derde zijn kleinere aanbieders contractueel gebonden om premium content aan te bieden voor een 'premium' prijs. 'Gratis' uitzendingen zoals die van Ziggo Sport kanaal 14 kunnen niet worden gematcht omdat de contracten met contentaanbieders niet toestaan om bij bepaalde wedstrijden tijdelijk de codering van premium-kanalen af te halen. Zo is het kleinere partijen niet toegestaan de wedstrijden van de Formule 1 die voor (Vodafone)Ziggo klanten op Ziggo Sport kanaal 14 gratis worden uitgezonden aan alle klanten aan te bieden door het Ziggo Sport Totaal kanaal waarop deze tevens worden uitgezonden tijdelijk 'open te zetten'.

¹ <http://corporate.kpn.com/kpn-actueel/nieuwsberichten-1/kpn-presenteert-breidt-aanbod-verder-uit.htm>

Het ontstane duopolie, gecombineerd met het gebruik van content in de wedloop tussen KPN en VodafoneZiggo, leidt uiteindelijk voor consumenten niet tot een goede uitkomst, ook niet als zij bij KPN of VodafoneZiggo klant zijn. Zo heeft KPN in de zomer van 2016 ingestemd met een excessieve prijsstijging van FOX voor de doorgifte van live Eredivisievoetbal. Ziggo had immers nog een contract met FOX en indien KPN de voorwaarden van FOX niet zou accepteren, zou KPN de distributie van FOX kunnen verliezen en daarmee Ziggo in de kaart spelen. KPN was daarnaast zoekende naar aantrekkelijke sportcontent als reactie op de lancering van Ziggo Sport kanaal 14. De enorme kostenstijging van de content van FOX voor distributeurs en de ontstane retail prijzenslag rondom het live Eredivisievoetbal is negatief voor de consument in het algemeen: alleen de FOX-abonnee heeft baat bij het lagere tarief voor de premium content, maar de basistarieven voor *alle* digitale abonnees, ook de niet-voetbal kijkers, zijn bij veel providers omhoog gegaan om de kosten van FOX te compenseren.²

b. Exclusieve content leidt tot uitsluiting

Wij achten het - zoals uit bovenstaande helder zal zijn - hoogst waarschijnlijk dat exclusieve content zal leiden tot uitsluiting. De exclusieve content van KPN en VodafoneZiggo wordt blijkens openbare uitlatingen van beide partijen door klanten gewaardeerd³ en leidt blijkens onderzoek van Telecompaper tot een vermindering in het aantal overstapbewegingen.⁴ Het aanbieden van exclusieve content zal voor KPN en VodafoneZiggo ook alleen economisch rendabel zijn wanneer deze tot op zekere hoogte voor veel consumenten *must-have* is en leidt tot dusdanig klantenbehoud of -groei dat dit opweegt tegen de suboptimale wholesale-inkomsten. Het gaat dan allereerst om premium content, maar ook de bundeling van een grote hoeveelheid exclusieve non-premium content kan leiden tot een situatie waarin sprake is van een *must-have* pakket. KPN en VodafoneZiggo hebben een economische prikkel om steeds meer content op exclusieve basis aan te bieden en zodoende productdifferentiatie te bewerkstelligen. Uiteindelijk is het doel van deze partijen om een multiplay pakket aan te bieden dat in zijn geheel *must-have* is. Wij zien KPN Presenteert en Ziggo Sport kanaal 14 als onderdeel van die strategie. Kleinere aanbieders hebben het nakijken en worden in hun concurrentievermogen aangetast. Op termijn leidt exclusieve content bij de 2 grootste partijen in een de facto duopolie tot versterking van dat duopolie en verdere afname van concurrentie op de markt.

Premium content is volgens NLConnect altijd *must-have* content. Wij delen de opvatting van ACM dat bij live sport van *must-have* content sprake kan zijn, maar hetzelfde geldt voor bepaalde films en series. Zo stonden de (zeer) populaire TV-series Game of Thrones of Westworld in 2016 wereldwijd respectievelijk op de 1e en 4e plaats als het gaat om populariteit onder kijkers, zo blijkt uit onderzoek van Parrot analytics en uit de ranking van IMDB.⁵ Beide series worden exclusief bij VodafoneZiggo aangeboden. Dergelijke content lijkt ons in elke definitie van *must-have* te vallen. VodafoneZiggo heeft met HBO een premium contentpartij opgekocht en uit de markt gehaald. De lineaire kanalen van HBO zijn uit de markt verdwenen en de HBO content is niet langer voor andere aanbieders beschikbaar. Anders dan de exclusieve content van Netflix of KPN Presenteert wordt zij ook niet rechtstreeks (via OTT) aan

² KPN verhoogde de tarieven voor digitale televisie in de zomer van 2016 (vermoedelijk in anticipatie op de aanstaande deal met FOX)

³ <http://corporate.kpn.com/kpn-actueel/nieuwsberichten-1/kpn-presenteert-breidt-aanbod-verder-uit.htm> KPN: 'De waardering die wij van onze klanten krijgen, bevestigt dat we op de goede weg zijn'. en <https://www.ziggo.com/resources/documents-new/Ziggo%20Media%20Release%20NL%20Q4%202016%20FINAL.pdf>: 'VodafoneZiggo: Ziggo Sport bestond één jaar in december en wordt door onze klanten als hoogst gewaardeerde product gezien en is tevens ons meest bekeken sportkanaal'

⁴ <http://www.telecompaper.com/achtergrond/ziggo-sport-voor-14-ziggo-klanten-reden-om-te-blijven--1128445>

⁵ <http://www.businessinsider.com/most-popular-tv-shows-2016-12> en <http://bgr.com/2016/12/16/best-tv-shows-2016-imdb-got-stranger-things/>

consumenten aangeboden. Daarmee maakt VodafoneZiggo in onze optiek misbruik van haar marktmacht.

ACM merkt op dat de uitzendrechten van sportcontent die VodafoneZiggo bezit 'ook beschikbaar gemaakt (wordt) voor klanten van andere ISPs via het premium kanaal Ziggo Sport Totaal.' Daarmee zou geen sprake zijn van exclusiviteit. Dat laatste is slechts ten dele het geval. De leden van NLConnect ontvangen regelmatig klachten van klanten die abonneren op Ziggo Sport Totaal en dan toch nog sportuitzendingen moeten missen die enkel op het 'vrije Ziggo kanaal' worden uitgezonden en niet op de andere Ziggo Sport zenders te zien zijn. Zo werd het WK handbal in december 2016 exclusief op het Ziggo Sport kanaal 14 uitgezonden en was tot eind maart 2017 het programma Peptalk exclusief live te zien via dat kanaal. Dit is weliswaar geen *must-have* content, maar toch ervaren aanbieders hier een vraag die zij niet met een aanbod kunnen beantwoorden. NLConnect acht ook die situatie onwenselijk, omdat VodafoneZiggo met deze content poogt een *must-have* multiplay pakket samen te stellen en een en ander leidt tot verminderde consumentenwelvaart. Ziggo Sport kanaal 14 is tot op heden zelfs niet beschikbaar voor andere distributeurs om toe te voegen aan Ziggo Sport Totaal Extra.

NLConnect ziet een oplossing in *must-offer* verplichtingen voor *must-have* content. We roepen ACM op in dat kader een afwegingskader op te stellen en daarop te handhaven.

c. Exclusieve content leidt tot hogere prijzen door productdifferentiatie (voor consumenten)

Zoals hierboven uiteengezet leidt exclusiviteit tot productdifferentiatie. Daardoor neemt de concurrentie in de markt af, hetgeen uiteindelijk leidt tot een prijsopdrijvend effect voor de consument. Wij achten dit een realistische marktuitsluiting bij ongewijzigd handelen van de toezichthouder.

Net als bij quad play hebben consumenten en aanbieders inzake exclusieve content goede wholesale toegang nodig. Die is hier *uit de aard der zaak* echter niet aanwezig. Consumenten leveren hoe dan ook in op hun welvaart. Als het ene gezinslid bijvoorbeeld de content van KPN Presenteert wil zien en een ander gezinslid de HBO content, dan is het huishouden genoodzaakt ofwel overlappende abonnementen aan te schaffen of in te leveren op haar wensen en dus op haar consumentenwelvaart. Dat geldt natuurlijk ook in die gevallen dat een consument klant is bij een aanbieder wiens vaste footprint niet overlapt met de vaste footprint van VodafoneZiggo en waar de HBO content dus op geen enkele wijze kan worden afgenomen, ook niet door over te stappen naar VodafoneZiggo.

7. Hoe kan de ACM volgens u in de toekomst bepalen tot welke marktuitsluiting exclusieve content naar verwachting zal gaan leiden en wat is daarvan nu al zichtbaar?

De eerste tekenen van uitsluiting en productdifferentiatie door exclusieve content zijn reeds zichtbaar: kleinere aanbieders kunnen het aanbod van KPN of VodafoneZiggo op dit moment niet 'matchen' en de waardering van afnemers van de exclusieve content is hoog. Wij kunnen niet inschatten of er sprake is van een uitsluitend causaal verband met de toename van exclusiviteit bij de 2 grote partijen, maar het is een feit dat bij sommige kleine partijen een teruglopend aantal TV abonnees te zien is.

8. Zijn er mogelijk andere marktuitsluitingen waartoe exclusieve content zou kunnen leiden? Zo ja, welke zijn dit dan en waarom?

Exclusieve content werkt piraterij in de hand. Wij beschouwen dat als een ongewenste marktuitsluiting. De kabel- en telecomindustrie werkt met rechthebbenden, producenten en omroepen collectief aan goede neutrale voorlichting over verschillende legale mogelijkheden om naar films en series te kijken. Die voorlichting is noodzakelijk om kijken naar illegale streams en downloads te bestrijden en zo uitholling van de mediasector als geheel te voorkomen. Onlangs heeft de sector nog aangegeven in dat kader de zoekmachine voor legaal beschikbare series en

films film.nl te ondersteunen, door gratis levering van data, door een financiële bijdrage te leveren en door klanten actief voor te lichten. Dergelijke voorlichting heeft alleen zin wanneer series en films voor consumenten eenvoudig legaal zijn te bekijken. Exclusieve content sluit een goede legale beschikbaarheid uit en draagt zo bij aan de uitholling van de mediasector in ons land. Uit een recent onderzoek van Deloitte in opdracht van het European Union Intellectual Property Office blijkt dat 49% van de Nederlanders het acceptabel vindt om een illegale bron te gebruiken 'wanneer een legaal alternatief niet direct voorhanden is'. Dit percentage ligt in ons land aanzienlijk hoger dan in de EU (31%).⁶

De HBO content kan als voorbeeld dienen. Enkele leden van NLConnect hebben een footprint die niet overlapt met de footprint van het vaste VodafoneZiggo netwerk. In de footprints van deze leden kunnen kijkers op geen enkele wijze legaal de HBO content bekijken. Klanten van providers met een footprint die wel overlapt met de vaste VodafoneZiggo footprint zullen naar verwachting niet allemaal overstappen vanwege de HBO content. We delen op dit vlak de analyse van ACM dat het niet aannemelijk is dat een consument overlappende abonnementen zal afsluiten bij meerdere ISPs om de content te kunnen krijgen die hij wil zien. Onder beide groepen consumenten verwachten wij een toename van kijken via illegale bron. VodafoneZiggo claimt 'the Home of HBO in Holland' te zijn.⁷ Wij verwachten dat illegale aanbieders voor velen dat thuis zullen bieden, en betreuren die ontwikkeling.

Exclusiviteit van content staat in onze ogen haaks op het standpunt van de Nederlandse regering dat het van het grootste belang is 'dat consumenten beschikken over voldoende, betaalbare en gebruiksvriendelijke legale alternatieven en dat zij via goede voorlichting worden gestimuleerd hiervan gebruik te maken.'⁸

Naast piraterij zien wij ook een mogelijk scenario waarbij de grote omroepdistributeurs VodafoneZiggo en KPN met eigen zenders de markt voor adressable TV initiëren. Dat kan mogelijk gevolgen hebben voor de mogelijkheden voor andere omroepdistributeurs om te adverteren op deze zenders.

Adressable TV is een technologie die adverteerders in staat stelt om in lineaire uitzendingen reclameboodschappen uit te zenden die zijn aangepast aan het profiel van de kijkers. KPN en Ziggo beschikken over uitgebreide data over hun abonnees en kunnen die data te gelde maken via adressable advertising. Adressable advertising is voor omroepdistributeurs vooral interessant wanneer zij dit kunnen inzetten op eigen TV-zenders. Op die manier hoeven zij hun waardevolle data niet met commerciële omroepen te delen. Wij verwachten dat verdere verticale integratie vanwege de commerciële kansen van adressable TV aannemelijk is. In Europa is reeds een trend zichtbaar waarbij adressable TV wordt ingezet door omroepdistributeurs met eigen TV zenders. In het Verenigd Koninkrijk is Sky al enige tijd actief met adressable advertising onder de naam AdSmart. Ook Liberty Global is in België reeds begonnen met adressable TV op de eigen Vlaamse SBS-zenders VIER en VIJF.⁹ Daarbij bestaat het risico dat aan concurrenten op de omroepdistributiemarkt advertentieruimte wordt geweigerd of dat aan deze concurrenten zeer hoge prijzen worden gerekend voor advertentieruimte.

Als gezegd is NLConnect er een voorstander van dat partijen zich vrijelijk kunnen bewegen in de televisie-waardeketen, dus inclusief de markt voor contentproductie en de markt voor inkoop van

⁶ EUIPO, 23 maart 2017, EUROPEAN CITIZENS AND INTELLECTUAL PROPERTY: PERCEPTION, AWARENESS, AND BEHAVIOUR

⁷ <https://www.msn.com/en-us/money/companies/liberty-globals-lbtya-ceo-mike-fries-on-q4-2016-results-earnings-call-transcript/ar-AAAn3Mj1>

⁸ TK, Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2015–2016, nr. 1084.

⁹ <http://screenforce.nl/belgische-telenet-sbs-begint-adressable-tv/>

reclamezendtijd. Bij verdere verticale integratie horen echter wel betere waarborgen voor de toegang van kleinere omroepdistributeurs tot content. Ook toegang tot reclamezendtijd is daarbij een aandachtspunt.

9. *Welke oplossingen zouden in uw ogen nodig zijn om eventuele schadelijke marktuitskomsten te voorkomen / op te lossen?*

Artikel 31 van de Richtlijn Universele Diensten maakt het lidstaten mogelijk om aan omroepdistributeurs zogenaamde *must-carry* regels op te leggen. Nederland heeft deze doorgiftheregels in de Mediawet vastgelegd. *Must-carry* zorgt er voor dat bepaalde contentaanbieders gegarandeerde toegang hebben tot bepaalde televisiepakketten.

Sommige landen hebben in aanvulling op de *must-carry* regels zogenaamde *must-offer* regels in de wet opgenomen, zoals Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Tsjechië. *Must-offer* belicht de andere kant van de medaille en garandeert dat omroepdistributeurs ten behoeve van de samenstelling van hun TV-pakketten onder dezelfde voorwaarden als andere omroepdistributeurs toegang hebben tot relevante content.

Naast de Mediawettelijke doorgifteverplichtingen kent Nederland een evenementenlijst en een 'flitsenregeling'. De flitsenregeling (artikel 5.4 Mediawet 2008) verplicht aan aanbieders van omroepdiensten die exclusieve uitzendrechten hebben verworven van (sport)evenementen van groot belang, om korte fragmenten van dat evenement ter beschikking van andere aanbieders te stellen indien die daarom verzoeken. De evenementenlijst bij het Mediabesluit 2008 bevat een aantal evenementen die door de regering van 'aanzienlijk belang voor de samenleving' worden geacht. Deze evenementen mogen niet op een zodanig exclusieve basis worden uitgezonden dat een belangrijk deel van het publiek in Nederland dergelijke evenementen niet via vrij toegankelijke televisie kan volgen. Uit de Mediawet volgt dat het gaat om de uitzendingen die ontvangen kunnen worden door ten minste vijftien procent van alle huishoudens in Nederland, waarvoor geen andere kosten verschuldigd zijn dan het abonnementsgeld voor het door de omroepdistributeur samengestelde standaardprogrammapakket of de kosten van aankoop of gebruik van technische voorzieningen die de ontvangst van televisieprogramma's mogelijk maken. Met andere woorden: evenementen moeten worden uitgezonden op een zender die bij de meeste aanbieders in het basispakket zit.

De Mediawettelijke doorgifteverplichtingen, het flitsenrecht en de evenementenlijst hebben als doel dat een pluriform media-aanbod aan de consument kan worden geboden, alsmede dat een eerlijk speelveld voor contentpartijen en omroepdistributeurs ontstaat. Wij constateren in deze voorschriften een lacune. Wat betreft de doorgifteverplichtingen is de balans doorgeslagen richting het belang van contentaanbieders en wordt het belang van (kleinere) omroepdistributeurs en hun klanten onvoldoende geborgd. Wat betreft de evenementenlijst is de vraag niet langer of kijkers bepaalde content in hun basispakket kunnen ontvangen, maar of ze content überhaupt bij hun provider of op hun adres kunnen afnemen.

De ontstane situatie rondom exclusieve content maakt in onze optiek helder dat de Mediawettelijke regels op dit vlak aanvulling behoeven. Het verdient aanbeveling dat de wetgever ook in de Nederlandse Mediawet een algemene *must-offer* bepaling opneemt, in ieder geval voor wat betreft het aanbieden van *must-have* content op non-discriminatoire voorwaarden, waaronder premium content en de belangrijkste algemene televisiekanalen. De beoordeling welke content precies onder deze bepaling zou moeten vallen zou kunnen worden overgelaten aan het Commissariaat voor de Media.

Must-offer verplichtingen kunnen hun basis vinden in nationale (media)wetgeving, maar ook in het algemene mededingingsrecht. Er is in Europa voldoende jurisprudentie waar uit blijkt dat

mededingingstoezichthouders of de Europese Commissie op basis van het algemene mededingingsrecht *must-offer* verplichtingen opleggen wanneer misbruik van marktmacht dreigt.¹⁰

Voorbeelden zijn de *must-offer* remedies bij de overname van Sport1 TV M door Chellomedia in Hongarije (2006) en bij de fusie van Canal Satellite and TPS in Frankrijk (2006) en het besluit van Ofcom uit 2010 om BSkyB te verplichten premium sportkanalen aan te bieden aan andere omroepdistributeurs. Meer recentelijk werden *must-offer* voorwaarden ook in Vlaanderen 'opgelegd'. De Vlaamse Regulator voor de Media (VRM) gaf in 2014 aan de invoering van een '*must-offer* statuut' te overwegen naar aanleiding van de 50% participatie van Liberty Global (Telenet) in De Vijver Media, de holding achter de televisiezenders VIER en VIJF, omdat 'exclusief maken van VIER en VIJF ongetwijfeld de grootste bedreiging (is) die uitgaat van de verticale concentratie.'¹¹ De VRM oordeelde dat genoemde zenders *must-have* zijn. In februari 2015 heeft de Europese Commissie groen licht gegeven voor de deelname, maar pas na de toezegging van Telenet dat de genoemde zenders onder 'eerlijke redelijke en non-discriminatoire voorwaarden' zouden worden aangeboden aan alle andere omroepdistributeurs die daartoe een redelijk verzoek doen. Deze toezegging nam de mededingingsbezwaren die de Commissie had weg.¹²

De aanleiding voor de verplichtingen die worden opgelegd door de mededingingsautoriteiten is veelal gelegen in voorgenomen concentraties, maar is hier niet tot beperkt. In alle gevallen gaat het om *must-have* content: premium-content, verticaal-geïntegreerde algemene zenders of content die 'aantrekkelijk is voor wholesale verkoop'.

Mededingingstoezichthouders hebben in de verschillende zaken verschillende remedies opgelegd, die variëren van algemene regels (eerlijke, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden) tot specifieke prijsmaatregelen (cost-plus of retail-minus):

- Zo verstaat de Commissie rondom de participatie van Liberty Global (Telenet) in De Vijver Media onder niet-discriminerende voorwaarden dat De Vijver Media haar kanalen als het gaat om prijs en signaalkwaliteit onder soortgelijke voorwaarden moet leveren aan andere distributeurs als aan Telenet. Ook de 'aanvullende' rechten voor catch-up (programma gemist, replay), PVR (opnemen) en multiscreen moeten onder zulke voorwaarden worden aangeboden.
- In Frankrijk werd bij de fusie van Canal Satellite en TPS tot Canal+ France 'retail-minus' toegepast voor kanalen die voor de fusie als apart pakket werden verkocht. Hier had de toezichthouder immers een benchmark voor de retail prijs.
- 'Cost-plus' werd bij dezelfde fusie in Frankrijk gebruikt voor zenders die voorheen alleen beschikbaar waren binnen bredere pakketten en waarvan het lastig was om de retail prijs te bepalen.
- In veel gevallen is ook opgelegd dat een effectieve manier worden ingericht om geschillen te beslechten tussen de contentaanbieder/omroepdistributeur en andere omroepdistributeurs.

De jurisprudentie op dit vlak kan in onze optiek voor ACM als voorbeeld dienen als het gaat om de details van een *must-offer* verplichting. Wij roepen ACM op om een afwegingskader op te stellen rondom exclusieve content, waarbij de HBO content kan dienen als casus.

¹⁰ Voor een overzicht uit 2009 inclusief details van de opgelegde *must-offer* remedies zie: https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf_file/0006/41001/annex11.pdf

¹¹ Mogelijke gevolgen voor de concentraties binnen de Vlaamse mediasector van een eventuele participatie van Liberty Global in De Vijver Media, nota VRM, februari 2014

¹² COMMISSION DECISION of 24.2.2015 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement (Case M.7194 – LIBERTY GLOBAL/CORELIO/W&W/DE VIJVER MEDIA).

10. Vindt u dat kleine ISPs een slechtere positie hebben t.o.v. grote ISPs in de onderhandelingen met contentpartijen? Zo ja, waaruit blijkt dit?

Ja. Kleinere aanbieders onderscheiden zich niet door exclusieve content, maar wel op andere vlakken: met een superieure klantenservice, lokale binding en een aanbod dat preciezer is toegesneden op de klantenkring. Hun beperkte schaalgrootte zet ze echter op achterstand in onderhandelingen met contenteigenaren. De ratio achter deze ontwikkeling is dat het voor contenteigenaren in hun streven in zoveel mogelijk huiskamers te zien te zijn belangrijker is om een overeenkomst te hebben met grotere partijen.

Vooraf de contentpartijen met een advertentiemodel hebben baat bij een groot distributiegebied en zullen dus altijd eerst afspraken maken met grotere partijen en daarna pas in gesprek gaan met kleinere ISP's/omroepdistributeurs. Die worden dan geconfronteerd met een 'take it or leave it' voorstel. Door de kleine omvang van de kleinere partijen is hun onderhandelingspositie gering.

De onderhandelingen met FOX in de zomer van 2016 zijn een goed voorbeeld van de ondergeschikte positie van kleine ISP's. Tijdens deze onderhandelingen hanteerde FOX het uitgangspunt dat zij door de ACM gedwongen was om voor alle distributeurs dezelfde voorwaarden te hanteren ten aanzien van de Eredivisie kanalen. Dit leidde ertoe dat de voorwaarden die geaccepteerd werden door KPN vervolgens leidend waren voor de andere distributeurs. De kleinere ISP's konden dus stoppen met onderhandelen over hun situatie en werden geconfronteerd met de uitkomsten van de FOX - KPN onderhandelingen. De 'onderhandelingen' met de kleinere partijen werden ook pas in een zeer laat stadium opgestart, in ieder geval nadat uit de media bleek dat KPN al geruime tijd met FOX in onderhandeling was. Aangezien de contracten vaak een *non disclosure* clausule bevatten is op geen enkele manier door ons te controleren of inderdaad dezelfde voorwaarden van toepassing zijn voor KPN als voor KabelNoord bijvoorbeeld en of VodafoneZiggo dit jaar ook daadwerkelijk een contract afsluit met dezelfde voorwaarden. De grote ISP's hebben daarbij vaak ook andere afspraken lopen met de Eredivisie en bepaalde Eredivisieclubs ten aanzien van sponsoring. Dit geldt niet voor kleine ISP's. Wij sluiten niet uit dat dit effect heeft op aanvullende commerciële afspraken tussen FOX en de grote ISP's.

Vooraf nieuwe omroepdistributeurs hebben met een slechte onderhandelingspositie te maken, wat in de praktijk een toetredingsdrempel is. Omdat nieuwe distributeurs nog geen of zeer weinig klanten hebben zitten zij in een afhankelijkheidspositie: zij hebben de content harder nodig dan dat de contentpartij hun distributie nodig heeft. Daarbij merken we dat nieuwe ISP's/omroepdistributeurs door de grotere contentpartijen met argwaan worden bekeken en vaak gedwongen worden *Minimum Guarantees* te betalen en een hogere prijs voor de distributie krijgen voorgeschoteld.

Tevens is hier relevant dat de plaats van contenteigenaren in de waardeketen in zijn algemeenheid verandert: omroepen en contenteigenaren zijn in toenemende mate actief met distributie via OTT. Voorbeelden zijn RTL (Videoland, NLZiet), NPO (uitzending gemist, online, NPO Plus) en Eurosport (Eurosport Player). In de waardeketen zoals door ACM visueel gemaakt op pagina 9 van het consultatiedocument ontbreekt dit gegeven. Deze ontwikkeling zet de verhouding tussen omroepen en kleinere ISP's/omroepdistributeurs vanzelfsprekend ook onder druk.

Ten slotte is de investering in een technisch platform voor kleinere partijen naar verhouding duurder dan voor grotere partijen, omdat de capex investeringen even hoog zijn, maar er minder klanten zijn om deze kosten mee terug te verdienen. Kleine partijen bieden bijvoorbeeld (nog) niet allemaal catch-up (programma gemist, replay), PVR (opnemen) en multiscreen diensten aan. Ook hebben grotere distributeurs veelal een eigen VoD-aanbod. Omdat hun productportfolio als gevolg hiervan groter is dan bij kleinere partijen zijn grotere distributeurs in staat om gecombineerde deals af te sluiten: grote partijen hebben meer mogelijkheden om de ingekochte content te distribueren naar hun klanten en de contentprijs zodoende 'uit te smeren' over klanten die op verschillende manieren kijken. Kleinere partijen hebben geen mogelijkheden om te compenseren met hun

andere producten, hetgeen hun onderhandelingspositie geen goed doet. Vaak leidt dit er toe dat een relatief hoge prijs wordt afgesproken voor uitsluitend lineaire distributie.