

De Nieuwsbrief Utilities signaleert ontwikkelingen op het gebied van gereguleerde sectoren in Nederland (afval, energie, openbaar vervoer, water) die relevant zijn voor ondernemingen en ondernemers in deze sectoren. De nieuwsbrief wordt uitgegeven door het Utilities Team van Loyens & Loeff. Via de website www.loyensloeff.com kunt u collega's of andere geïnteresseerden (zich laten) abonneren op de Nieuwsbrief Utilities. Voor opmerkingen en vragen houden wij ons van harte aanbevolen.

I. ALGEMEEN

Wetsvoorstel Markt & Overheid

(TK 2007-2008, 31358)

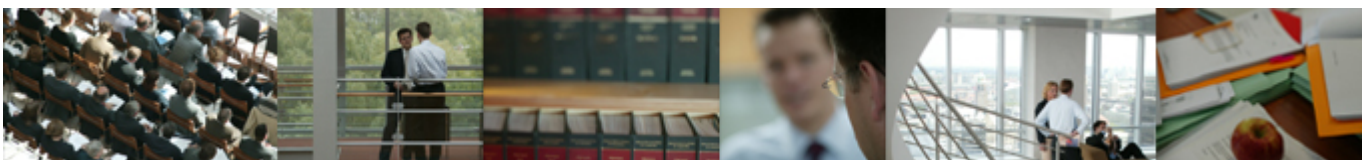
Op 25 februari 2008 is het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden ("Wetsvoorstel Markt & Overheid") ingediend bij de Tweede Kamer. Overheden die economische activiteiten verrichten op een open markt kunnen voordelen genieten die particuliere ondernemingen niet hebben. Hierdoor kunnen markten verstoord worden en kan de Nederlandse economie schade worden toegebracht. Het Wetsvoorstel Markt & Overheid probeert hiervoor een oplossing te bieden.

Geschiedenis

Al sinds eind jaren 80 staat de verhouding tussen de overheidsondernemingen en private marktpartijen ter discussie. Dit heeft in 2001 geleid tot het indienen van het wetsvoorstel 'regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent de ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken'. Op grond van dit wetsvoorstel zou de overheid onder andere melding moeten gaan maken van nieuw te ontwikkelen private marktactiviteiten en via een formeel besluit onderbouwen dat de nieuwe private marktactiviteit de aangewezen weg was voor de behartiging van het door de overheid gedefinieerde openbaar belang. Tevens werd in dit wetsvoorstel voorzien in voorschriften met betrekking tot de boekhouding van het overheidsbedrijf. Er diende een zodanige registratie te worden gevoerd dat de baten en de lasten van de marktactiviteiten gescheiden waren van de overige activiteiten. Op dit wetsvoorstel is veel kritiek geuit met als gevolg dat het wetsvoorstel in sterk afgezwakte vorm op 25 februari 2008 is ingediend bij de Tweede Kamer. Het Wetsvoorstel Markt & Overheid dient daarmee beschouwd te worden als een compromisvoorstel. Het poogt namelijk een compromis te bereiken tussen de wensen en belangen van de overheden en die van de ondernemers.

Reikwijdte

Het Wetsvoorstel Markt & Overheid ziet op situaties waarin overheidsbedrijven een economische activiteit verrichten of laten verrichten. Een overheidsbedrijf is een onderneming waarvan één of meer overheden in staat zijn het beleid te bepalen, normaal gesproken op grond van het houden van een meerderheid van de aandelen (uitoefenen stemrechten). In geval van contractuele samenwerkingsvormen kan ingevolge het Wetsvoorstel Markt & Overheid ook sprake zijn van een overheidsbedrijf, bijvoorbeeld door de mogelijkheid om meer dan de helft van de bestuurders of leden van het toezichthoudende orgaan te



benoemen. Verder zijn ook dochtermaatschappijen van overheidsbedrijven te beschouwen als een overheidsbedrijf in de zin van het Wetsvoorstel Markt & Overheid.

Het Wetsvoorstel Markt & Overheid is niet van toepassing op:

- het aanbieden van goederen en diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak;
- ondernemingen die activiteiten verrichten ten behoeve van een buitenlandse overheid die tevens activiteiten verricht in Nederland;
- enkele specifieke sectoren, zoals openbare scholen, omroepinstellingen en sociale werkplaatsen;
- activiteiten ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die naar het oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een staatssteunmaatregel in de zin van 87, eerste lid, EG-Verdrag.

Gedrageregels voor overheidsbedrijven die private marktactiviteiten verrichten

De belangrijkste gedragsregels in het Wetsvoorstel Markt & Overheid zijn:

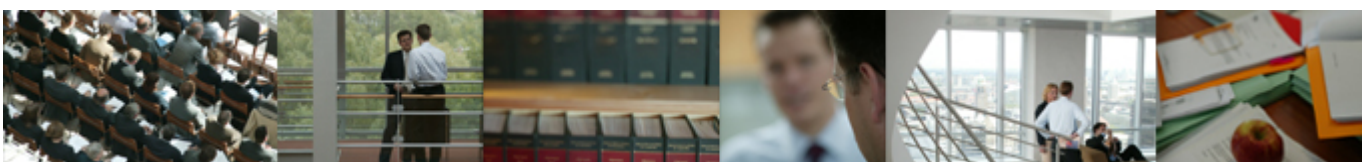
- het verbod op kruissubsidies (art 25i Mw): verplichting van het bestuursorgaan om ten minste de integrale (directe en indirecte) kosten van het product of dienst in rekening te brengen bij de afnemer;
- bevoordelingverbod voor eigen overheidsbedrijven (art 25j Mw): verbod om een overheidsbedrijf te bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee het overheidsbedrijf in concurrentie treedt;
- verbod tot commercieel datagebruik (art 25k Mw): het overheidsbedrijf mag alleen de gegevens gebruiken die het heeft verkregen in het kader van publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar worden gesteld;
- verbod op functievermenging (art 25l Mw); voorkomen moet worden dat dezelfde personen betrokken zijn bij zowel de uitoefening van een publieke bevoegdheid als bij het verrichten van een private marktactiviteit.

De Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") zal deze regels gaan handhaven. Zij heeft de bevoegdheid om te verklaren dat een overtreding door een overheidsonderneming is begaan en om een dwangsom op te leggen. De NMa is echter niet bevoegd om een boete op te leggen.

De regels met betrekking tot toetreding en boekhoudkundige voorschriften, zoals deze in het oude wetsvoorstel waren geregeld, zijn niet overgenomen in het Wetsvoorstel Markt & Overheid.

Implementatie

Het Wetsvoorstel Markt & Overheid wordt momenteel behandeld in de Tweede Kamer. Naar verwachting zal de Tweede Kamer eind 2008 de behandeling afronden, waarna het Wetsvoorstel Markt & Overheid doorgestuurd zal worden naar de Eerste Kamer. Het streven is om het Wetsvoorstel Markt en Overheid in 2009 in werking te laten treden.



Na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel Markt & Overheid zullen overheidsbedrijven moeten voldoen aan de genoemde gedragsregels. Indien de overheidsbedrijven zich niet aan deze gedragsregels houden, kunnen marktpartijen een klacht indienen bij de NMa, waarna deze een overtreding kan vaststellen en een dwangsom kan opleggen.

Voor vragen over deze bijdrage kunt u contact opnemen met marc.custers@loyensloeff.com

II. ENERGIE

Wijzigingen in de Mijnbouwwet 2003

(TK 2007-2008, 31479)

De Mijnbouwwet is in zijn korte bestaan al enkele keren het onderwerp geweest van wijzigingsvoorstellen. Op 8 augustus 2008 trad een wetsvoorstel in werking waarin de regels omtrent de deelneming in de opsporing en winning van koolwaterstoffen en andere activiteiten door Energie Beheer Nederland B.V. (EBN) opnieuw werden vastgesteld. Inmiddels ligt in de Eerste Kamer een wetsvoorstel in verband met het stimuleren van een actief gebruik van vergunningen voor opsporing, winning en opslag.

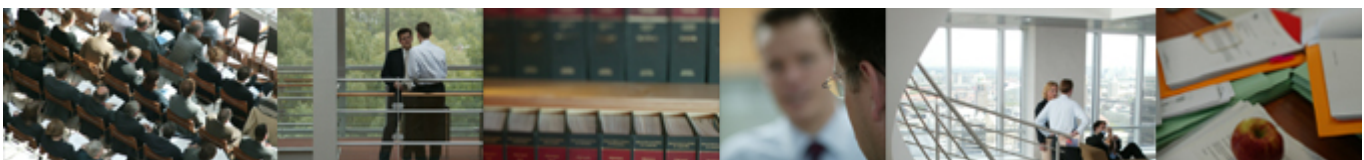
Vergunningen

Op grond van de Mijnbouwwet is het verboden om zonder vergunning actief te zijn op het gebied van opsporing en winning van koolwaterstoffen. Tot het moment van winning behoren delfstoffen binnen het Nederlandse territorium (inclusief het Nederlandse deel van het continentaal plat) aan de Nederlandse Staat. De eigendom van de delfstoffen gaat pas over van de Staat op de vergunninghouder, op het moment van winning. Vergunningen worden op aanvraag verstrekt door de Minister van Economische Zaken wanneer aannemelijk is dat de delfstoffen binnen het vergunningsgebied economisch winbaar zijn. Het vergunningsgebied wordt zodanig afgebakend dat de uitoefening van de activiteiten uit technisch en economisch oogpunt zo goed mogelijk kan plaatsvinden.

Naar aanleiding van een vergunningsaanvraag stelt de Minister door publicatie in de Staatscourant en het Publicatieblad van de Europese Gemeenschap anderen gedurende dertien weken in de gelegenheid om een vergunning voor hetzelfde gebied aan te vragen. Indien zich verder geen partijen melden, gaat de vergunning naar die ene aanvrager (uiteraard mits deze aan de wettelijke eisen voldoet). Indien meerdere partijen een aanvraag indienen, worden zij gezamenlijk als aanvrager van de vergunning beschouwd en, na verlening, gezamenlijk als houder. Eén van hen wordt aangewezen om de feitelijke werkzaamheden te (doen) verrichten: de 'operator'.

Wijzigen vergunningsgebied

Op basis van de bestaande wetgeving had de Minister reeds de bevoegdheid om verleende vergunningen in te trekken, bijvoorbeeld, indien de vergunning niet langer nodig is voor de goede uitvoering van de activiteiten waarvoor zij geldt, of indien niet overeenkomstig de vergunning is of wordt gehandeld. Deze



bepalingen geven de Minister de mogelijkheid om vergunningen in te trekken indien de vergunninghouder geen significante activiteiten ontplooit in het vergunningsgebied. Dit is uiteraard het geval wanneer het winningveld leeg is maar ook indien nooit sprake is geweest van enige activiteiten, kan de vergunning worden ingetrokken.

Waar de wet tot voor kort niet in voorzag, was de mogelijke situatie waarin slechts in een deel van het vergunningsgebied daadwerkelijk significante activiteiten plaatsvinden. De huidige wetwijziging geeft de Minister de bevoegdheid om jaarlijks de activiteiten binnen de verschillende vergunningsgebieden te inventariseren. Indien uit deze inventarisering blijkt dat binnen een bepaald vergunningsgebied gedurende een periode van twee jaar geen significante activiteiten plaatshebben, kan de Minister te besluiten tot een herindeling (lees: verkleining) van het gebied waarvoor de verstrekte vergunning geldt. Andere partijen kunnen vervolgens bij de Minister een aanvraag indienen voor een 'nieuwe' vergunning voor het als gevolg van de herverdeling 'verkregen' deel van het vergunningsgebied.

De Minister dient de vergunninghouder van te voren schriftelijk van zijn voornemen om tot herindeling over te gaan op de hoogte te stellen. De vergunninghouder heeft vervolgens een termijn van zes maanden om aan te tonen dat wel degelijk sprake is van significante activiteiten, dan wel, dat dergelijke activiteiten op zeer korte termijn zullen aanvangen. Indien de Minister uiteindelijk overgaat tot herindeling van het vergunningsgebied, zal hij daarbij artikel 11, lid 4, van de Mijnbouwwet in acht moeten nemen op grond waarvan de afbakening zodanig dient te geschieden dat de uitoefening van de activiteiten uit technisch en economisch oogpunt op zo goed mogelijke wijze kan plaatsvinden.

Convenant

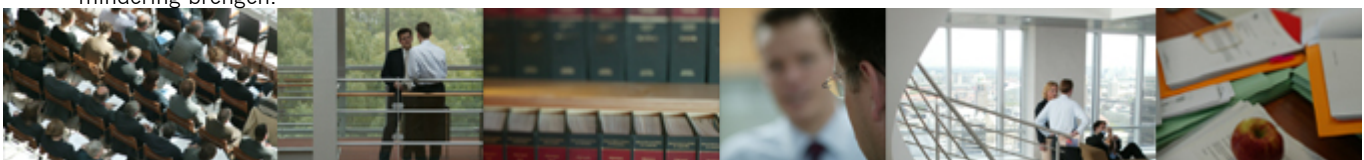
Een belangrijke uitzondering op het bovenstaand geldt voor partijen die zijn aangesloten bij een convenant met de Minister van Economische Zaken, waarin procedurele afspraken worden vastgelegd met betrekking tot de mogelijkheid voor medevergunninghouders om, eventueel samen met derde partijen die niet medevergunninghouder zijn in dat gebied - zelfstandig activiteiten te ondernemen in een deelgebied waar tot dan geen activiteiten plaatsvonden. Dit zou ook de overdracht van dat deel van het vergunningsgebied aan deze derde partij als gevolg kunnen hebben.

Een belangrijk voordeel van het convenant is dat de aangesloten partijen door de ondertekening daarvan op voorhand aantonen dat zij actief betrokken zijn bij het onderzoeken van de winningmogelijkheden in alle delen van het vergunningsgebied. Daarmee verkleinen zij kans dat van overheidswege tot herverdeling wordt overgegaan en behouden zij invloed op de volledige exploitatie van het gebied.

Staatswinstaandeel

De Mijnbouwwet bepaalt dat een houder van een winningvergunning aan de Nederlandse Staat een staatswinstaandeel verschuldigd is ter hoogte van 50%.¹ Het wetsvoorstel voegt een artikellid toe aan het fiscale regime met betrekking tot de vaststelling van het belastbaar resultaat in het kader van het

¹ Indien de vergunninghouder in Nederland Vennootschapsbelastingplichtig is, mag hij de vennootschapsbelasting effectief in mindering brengen.



staatswinsttaandeel ingeval sprake is van bepaalde hedgecontracten waarbij de een toekomstig prijs- of koersrisico door middel van het sluiten van termijntransacties wordt beperkt. De nieuwe bepaling geeft aan de inspecteur de bevoegdheid om op tijdig verzoek van het winningbedrijf en voorafgaand aan het afsluiten van het hedgecontract te beslissen dat de resultaten uit het contract tot de kosten en opbrengsten van het winningbedrijf behoren. Hiermee wordt beoogd om een einde te maken aan de langdurige discussies met de belastingdienst over de vraag of resultaten uit deze hedgecontracten onderdeel uitmaken van de grondslag van het winstaandeel nu niet met zekerheid kon worden vastgesteld dat het resultaat op dergelijke contracten is behaald 'met of bij de winning'.

Voor vragen over deze bijdrage kunt u zich wenden tot roland.de.vlam@loyensloeff.com

Ter verbetering van de werking van de elektriciteits- en gasmarkt: de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet worden wederom gewijzigd

(TK 2007-2008, 31374)

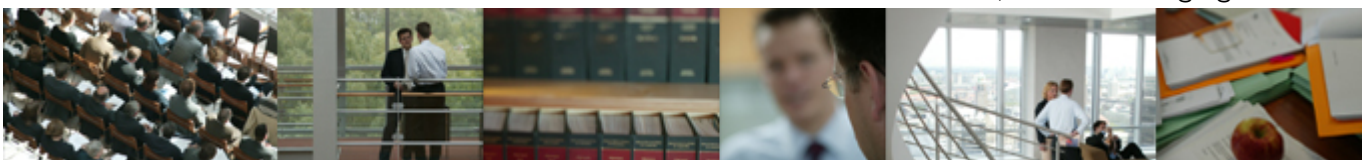
Op 3 maart 2008 is het wetsvoorstel tot Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter verbetering van de werking van de elektriciteits- en gasmarkt aan de Tweede Kamer aangeboden. Met enige aanpassingen is het gewijzigd wetsvoorstel op 3 juli 2008 aangeboden aan de Eerste Kamer. Met deze wetswijziging wordt het regulatoire kader in de energiesector wederom uitgebreid en aangescherpt teneinde – dat is althans de bedoeling – de elektriciteits- en gasmarkt beter te laten functioneren. Achtergrond is dat afnemers, en met name kleinverbruikers, als gevolg van de liberalisering van de energiemarkten de vrijheid hebben gekregen om de kiezen tussen verschillende energieleveranciers, maar in de ogen van het kabinet nog bepaalde beperkingen ondervinden bij de uitoefening van die keuzevrijheid.

De belangrijkste onderdelen van het wetsvoorstel en de daarop te baseren nadere regelgeving, zijn:

1. de verplichte toepassing van het leveranciersmodel;
2. de invoering van een capaciteitstarief; en
3. de regulering van de metermarkt.

De verplichte toepassing van het leveranciersmodel

De voorgestelde wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet moet ertoe leiden dat de leverancier een centrale rol gaat vervullen richting de kleinverbruiker. Zowel voor facturering als voor vragen en klachten zal de leverancier als aanspreekpunt van de afnemer fungeren. De daarmee verband houdende verplichte invoering van het leveranciersmodel betekent dat de leverancier – en niet langer de afnemer – de contacten met de netbeheerder onderhoudt en de leverancier aan de afnemer/kleinverbruiker één factuur stuurt waarin zowel de kosten van levering als de kosten van aansluiting, transport en meetdienst worden opgenomen. Er is dan geen plaats meer voor het tot dusverre ook wel gehanteerde netbeheerdersmodel, waarbij de afnemer een leveringsnota krijgt van de leverancier en een transportnota van de netbeheerder. Alleen incidentele kosten, zoals de kosten voor de totstandbrenging van een nieuwe aansluiting, zullen door de netbeheerder zelf gefactureerd worden. De invoering van het leveranciersmodel moet leiden tot helderheid voor de kleinverbruikers, vereenvoudiging van de



administratieve processen en kostenbesparingen bij de netbeheerders. Deze kostenbesparingen moeten tot uitdrukking komen in lagere (gereguleerde) transporttarieven.

De invoering van een capaciteitstarief

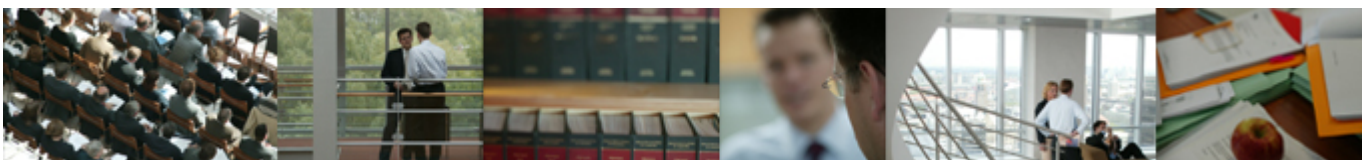
Een tweede maatregel die – in samenhang met het leveranciersmodel – wordt voorgesteld om de huidige administratieve processen te vereenvoudigen en de afhankelijkheid tussen netbeheerder en leverancier te beperken, betreft de invoering van een vastrecht (in de vorm van een capaciteitstarief) voor de kosten van transport van elektriciteit. Deze maatregel zal worden neergelegd in een ministeriële regeling.

Door invoering van het capaciteitstarief staat de hoogte van de transportkosten vooraf vast, omdat deze kosten niet langer afhankelijk zijn van het werkelijk verbruik van de afnemer. De maximale hoogte van het transporttarief wordt (vooraf) door de NMa vastgesteld op grond van de doorlaatwaarde van de aansluiting. Meetgegevens zijn niet meer nodig voor het opstellen van de transportrekening. De toepassing van een capaciteitstarief is ook goed verdedigbaar omdat de kosten voor een transportnet maar in beperkte mate worden veroorzaakt door het feitelijke gebruik van het net. Niet het gebruik van het netwerk, maar de maximale belasting van het net, bepaalt immers de kosten. Ook de invoering van het capaciteitstarief zal leiden tot kostenbesparingen bij de netbeheerders, en daarmee tot lagere transporttarieven.

De regulering van de metermarkt

Een belangrijk deel van de wetwijziging houdt verband met de voorgestelde – aangescherpte – regulering van de metermarkt. Centraal element daarbij is de installatie (op termijn) van zogenoemde “slimme” – want op afstand uitleesbare – meters bij alle kleinverbruikers. Hierdoor worden kleinverbruikers zich beter en sneller bewust van hun energieverbruik en kunnen energiebesparende maatregelen eerder en gemakkelijker genomen worden. Daarnaast moet de introductie – of misschien beter: de uitrol – van de slimme meters leiden tot meer gemak en minder fouten bij de verwerking van meetgegevens.

Een belangrijk aspect is verder dat de metermarkt voor kleinverbruikers niet langer vrij is. Er wordt een scheiding aangebracht tussen het operationele beheer van de meter en de verantwoordelijkheid voor de administratieve verwerking van verbruiksgegevens die door de (slimme) meter worden gegenereerd. De netbeheerder wordt exclusief verantwoordelijk voor het beheer van de meter van kleinverbruikers, in die zin dat hij zorg draagt voor de installatie en het fysieke onderhoud. Daarbij zal de netbeheerder gereguleerde tarieven moeten hanteren, zoals hij ook gereguleerde tarieven moet hanteren voor aansluiting en transport (in de Memorie van Toelichting wordt fijntjes opgemerkt dat de tarieven voor de elektriciteitsmeter tussen 2001 en 2006 met gemiddeld 83% zijn gestegen, en die voor de gasmeter met 44%). De leverancier wordt verantwoordelijk voor de administratieve verwerking van verbruiksgegevens van kleinverbruikers. Hij moet ervoor zorgen dat de meetdata worden verzameld, verwerkt en verzonden aan de betrokken partijen. De leverancier kan daartoe een contract sluiten met een erkend meetbedrijf. Zakelijke afnemers die over zowel grootzakelijke als kleinverbruikersaansluitingen beschikken (zoals lokale overheden) behouden de mogelijkheid om ook voor hun kleinverbruikersaansluitingen zelf een meetbedrijf te kiezen.



Overige wijzigingen

Naast de hiervoor toegelichte onderdelen van het wetsvoorstel, wordt met de voorgenomen wetswijziging een wettelijke basis gelegd voor een Informatiecode waarin specifieke afspraken worden neergelegd over de uitwisseling van informatie tussen netbeheerders, leveranciers en meetbedrijven. Anders dan bij de bestaande Codes (de TarievenCode en de verschillende Technische Codes), hebben niet alleen netbeheerders maar ook leveranciers en meetbedrijven een directe rol bij de totstandkoming en invulling van de InformatieCode.

Ten slotte wijzigt de kleinverbruikersgrens voor gas van, in de oude situatie, een verbruik van minder dan 170.000 m³ gas per jaar per afnemer naar, in de nieuwe situatie, een verbruik van minder dan 40 m³ gas per uur per aansluiting. Het effect van deze aanpassing lijkt beperkt, met name omdat de gascodes naar verwachting zodanig gewijzigd zullen worden dat afnemers in de categorie tussen 40 m³ gas per uur en 170.000 m³ gas per jaar ten behoeve van de allocatie van gas kunnen (blijven) kiezen voor profielallocatie (het systeem voor kleinverbruikers) of dag- en maandallocatie (het systeem voor grootverbruikers).

Voor vragen over deze bijdrage kunt u zich wenden tot marc.custers@loyensloeff.com

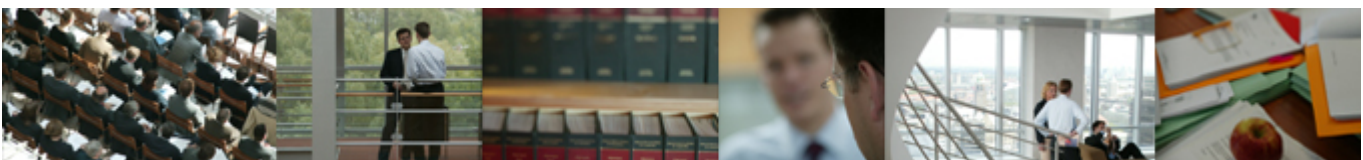
III. TELECOM

Eindelijk concurrentie op de kabel (?)

Als het aan de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit (OPTA) ligt, moeten de kabelbedrijven [UPC](#) en [Ziggo](#) met ingang van 2009 aan concurrenten toegang verlenen tot hun omroepnetwerken. Allereerst moeten UPC en Ziggo ervoor zorgen dat concurrenten hun eigen digitale TV-pakket kunnen aanbieden over de kabel. Daarnaast zullen UPC en Ziggo verplicht worden om de analoge kabelaansluiting op verzoek administratief door te verkopen aan hun concurrenten. Deze bedrijven moeten dan nog wel zelf de uitzendrechten regelen. Als dit allemaal zijn beslag krijgt, betekent dit dat een consument voor zijn analoge kabelabonnement of voor een digitaal pakket via de kabel (of allebei) volledig kan overstappen naar een alternatieve aanbieder. OPTA verwacht dat dit tot een meer divers aanbod van kabelabbonnementen en rtv-pakketten zal leiden. Bovendien verwacht OPTA dat door de toenemende concurrentie druk op de kabeltarieven zal ontstaan.

Herziening marktanalysebesluiten

Dit is de kern van twee ontwerpbesluiten die OPTA op 19 augustus 2008 ter consultatie aan de markt heeft voorgelegd. OPTA is momenteel bezig met de verplichte herziening van de zogenoemde marktanalysebesluiten. Dit zijn besluiten op grond van hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet (Tw). Een dergelijke herziening van de marktanalysebesluiten dient iedere drie jaar plaats te vinden. Allereerst bepaalt OPTA aan de hand van een aanbeveling van de Commissie (Aanbeveling van de Commissie van



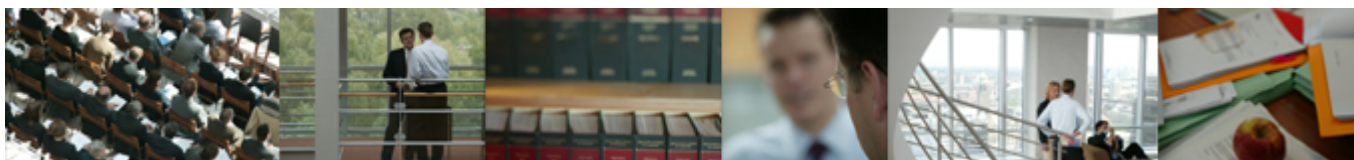
17 december 2007, PbEG 2007,L344/65) de relevante product- of dienstenmarkten. Zij doet dit in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht. Het onderzoek is er primair op gericht om vast te stellen of de desbetreffende markt al dan niet daadwerkelijk concurrerend is en of hierop ondernemingen actief zijn die beschikken over een zogeheten aanmerkelijke marktmacht. Voorts onderzoekt OPTA welke verplichtingen (ook wel: remedies) passend zijn voor deze dominante ondernemingen. Daarbij moet men denken aan verplichtingen als toegang tot netwerken en diensten, transparantie, non-discriminatie en tariefregulering. OPTA publiceert eerst een ontwerpbesluit. Naar aanleiding daarvan kunnen belanghebbenden bedenkingen inbrengen (de nationale consultatie). Na het verwerken van deze reacties, notificeert OPTA het marktanalysebesluit bij de Europese Commissie die met het besluit moet instemmen.

De ontwerp-marktanalysebesluiten Omroep

Op 19 augustus 2008 publiceerde OPTA de ontwerp marktanalysebesluiten Omroep met betrekking tot - onder andere - UPC en Ziggo. Als de besluiten later dit jaar in deze vorm definitief worden, zullen UPC en Ziggo ieder in hun verzorgingsgebied door OPTA worden aangewezen als aanbieders met een aanmerkelijk marktmacht op de wholesalemarkt voor doorgifte van radio- en televisiesignalen (rtv-signalen) en zullen aan hen verplichtingen worden opgelegd. OPTA komt tot deze verplichtingen op basis van de prospectieve analyse van de Nederlandse omroepmarkt. Ondanks de opkomst van alternatieven zoals Digitenne van KPN, IP TV en satelliettelevisie zijn UPC en Ziggo onverminderd sterk met een gezamenlijk marktaandeel van 81%. OPTA verwacht dat hier de komende jaren onvoldoende verandering in zal komen, indien zij niet ingrijpt. Daarnaast ziet OPTA een trend richting zogeheten triple play-aanbiedingen, waarbij de consument steeds vaker diensten zoals telefonie, televisie en internet gebundeld gaat afnemen. Als de vraag naar dit soort bundels toeneemt, is het volgens OPTA van belang dat ook andere aanbieders een bundel kunnen aanbieden. Zo wil OPTA voorkomen dat er straks slechts twee infrastructures overblijven voor de consument om uit te kiezen voor hun bundel, te weten: (i) het lokale kabelnetwerk en (ii) het netwerk van KPN, dat overigens momenteel in razend tempo wordt omgevormd tot een digitaal netwerk op basis van het internet protocol (IP). Twee netwerken is volgens OPTA namelijk onvoldoende om duurzame concurrentie in de elektronische communicatiemarkten te krijgen. Om televisie, al dan niet als onderdeel van een bundel, te kunnen aanbieden, maakt OPTA het mogelijk voor bedrijven om deze via UPC en Ziggo (door) te verkopen aan de consument.

De opgelegde verplichtingen

Het voert in dit kader te ver om het volledige pakket maatregelen te bespreken dat OPTA voornemens is op te leggen aan UPC en Ziggo. Ik beperk mij daarom tot de toegangsverplichtingen die de kern van het besluit vormen. In de ontwerpbesluiten verplicht OPTA UPC en Ziggo om gevolg te geven aan redelijke verzoeken om doorgifte van rtv-signalen, wederverkoop van de analoge rtv-signalen en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op haar omroeptransmissieplatform aan aanbieders van rtv-signalen die door middel van de over het omroeptransmissieplatform van UPC en Ziggo geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers willen bereiken. OPTA voorziet dat consumenten in de komende jaren meer en meer triple play pakketten (telefonie, internet en rtv) zullen afnemen; zowel via de kabelaansluiting, als via de aansluiting van KPN. Om KPN en de Kabel te prikkelen om met elkaar te concurreren en te investeren in het eigen netwerk, krijgen zij vooralsnog geen toegang tot elkaars



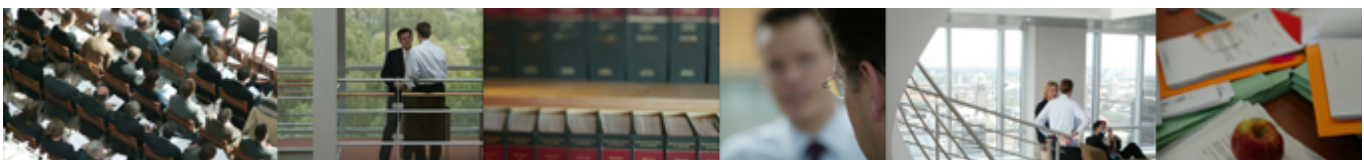
netwerk. Meer concreet: KPN mag in beginsel geen gebruik maken van de wederverkoop van de analoge TV-aansluiting, net zoals UPC en Ziggo geen telefoniediensten mogen aanbieden over het netwerk van KPN. Dit is met name wrang voor KPN, die de afgelopen periode nu juist een warm pleitbezorger is geweest van wederverkoop van analoge kabelabbonementen. KPN vond dat zij bij de verkoop van digitale rtv-producten niet op gelijke voet kon concurreren met de kabelmaatschappijen omdat deze kabelmaatschappijen analoge kanalen meeleverden met het digitale pakket. Iets waar KPN niet toe in staat was.

De manier waarop OPTA overigens in de ontwerpbesluiten vastlegt dat KPN geen toegang zal krijgen tot de netwerken van UPC en Ziggo wekt enige verbazing. OPTA is namelijk niet bevoegd om in een besluit dat tot UPC gericht is concreet rechten te ontzeggen aan een met name genoemde marktpartij. OPTA lost dit op door in de overweging van het besluit op te nemen dat verzoeken van KPN om toegang tot het netwerk van UPC of Ziggo in beginsel niet zullen worden aangemerkt als een redelijk verzoek. Daarmee neemt OPTA alvast een voorschot op eventuele procedures die mochten volgen op een door UPC of Ziggo af te wijzen verzoek om toegang. OPTA zal zich waarschijnlijk op het standpunt stellen dat deze overweging ten overvloede gezien moet worden als een beleidsregel. OPTA geeft op voorhand aan hoe zij zelf beslissen indien haar een geschil wordt voorgelegd over een afgewezen verzoek om toegang van KPN. Het zal interessant zijn te vernemen wat het CBb van deze constructie vindt.

Enkele bespiegelingen

Met de verplichting om gevolg te geven aan redelijke verzoeken om doorgifte moet het voor concurrerende aanbieders mogelijk worden om met gebruikmaking van de infrastructuur van UPC en Ziggo programma's of aanvullende programmapakketten aan te bieden. Een vergelijkbare verplichting gold altijd al voor kabelexploitanten. Onderwerpen als "wat is een redelijk verzoek?" en "welk tarief is redelijk" waren daarbij de steeds terugkerende discussiepunten. De weinige programma-aanbieders die het in het verleden geprobeerd hebben zagen hun pogingen stranden op de beperkte capaciteit in het netwerk, wat verzoeken om toegang ofwel niet redelijk maakte, dan wel tot hoge kanaalprijzen aanleiding gaf. Met de voortschrijdende digitalisering van de kabelnetten, is het aantal kanalen aanzienlijk toegenomen en zijn de gemiddelde kosten per kanaal navenant afgenomen.

Daarnaast is het afwachten of er partijen in de markt opstaan die toegang gaan verlangen tot de "on demand" functionaliteit van de huidige digitale kabelnetten. Het onderwerp schaarste is in dat verband irrelevant. De capaciteit voor deze functionaliteit is immers in het netwerk aanwezig en kan zonder problemen gedeeld worden met UPC of Ziggo. De kijker kan immers op ieder gegeven tijdstip slechts één "on demand" programma bekijken. Omdat dezelfde capaciteit door meer aanbieders van "on demand" content gedeeld kan worden en het op het eerste gezicht redelijk is de kosten naar rato van het gebruik om te slaan over de programma-aanbieders, zou een en ander nog wel eens tot relatief betaalbare doorgiftetarieven kunnen leiden. UPC en Ziggo zullen immers voor hun "on demand" programma's zelf het meest van de capaciteit gebruik maken. Het ligt in dat licht voor de hand hen zelf dan ook het leeuwendeel van de kosten te laten dragen.



De wederverkoop van analoge rtv-signalen zal aanbieders van concurrerende digitale omroeptransmissieplatforms in staat te stellen hun digitale diensten te combineren met analoge diensten. Het blijkt dat veel consumenten aarzelen om op digitale TV over te stappen, als dat betekent dat men het analoge signaal kwijtraakt. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een aanbieder van IPTV (momenteel bijvoorbeeld: KPN en Tele2), naast zijn eigen digitale aanbod, bij UPC of Ziggo verzoekt de analoge kanalen te mogen wederverkopen. Langs deze weg kan de aanbieder de analoge kanalen met zijn eigen digitale kanalen tot één totaalpakket samenvoegen. Zo kan de consument in de woonkamer digitaal kijken, terwijl met het analoge signaal alle andere tv-toestellen in huis worden bediend.

Een derde mogelijkheid die de marktanalysebesluiten moeten gaan bieden is het administratief overnemen van klanten. Een vergelijkbare verplichting (Wholesale Line Rental) is een aantal jaren geleden aan KPN opgelegd voor wat betreft de vaste telefoonaansluiting. Dat heeft er destijds toe geleid dat zeer aanzienlijke aantallen klanten volledig naar andere aanbieders zijn overgestapt. Op de kabelmarkt zal een en ander in aanvang niet zo een hoge vlucht nemen. Belangrijk verschil met de telefonievariant is dat in dat geval concurrenten van KPN al vele jaren telefoondiensten aan hun klanten aanboden over het netwerk van KPN. Concurrenten hadden dus al een klantenbestand. Klanten namen soms al jaren hun telefonie niet langer af bij KPN. Tegen die achtergrond was het overnemen van de vaste aansluiting een logische stap, waarvoor dan ook veel eindgebruikers hebben gekozen. In de kabelmarkt zullen concurrenten van de gevestigde partijen die klantenbestanden nog moeten opbouwen. Bovendien zijn er nog wel wat technische obstakels te overwinnen. Het is één ding om ten behoeve van een klant de aansluiting over te nemen van UPC of Ziggo. Daarmee is echter de “look” en “feel” van de dienstverlening nog steeds die van UPC of Ziggo. Het zal interessant zijn te volgen of dit soort problemen oplosbaar zijn en of ze niet zo ingewikkeld zijn, dat verzoeken om de kabelaansluiting over te nemen om die reden reeds onredelijk zijn.

Slot

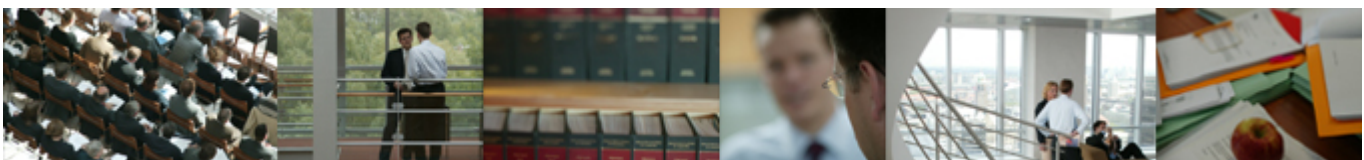
Het is nog even afwachten hoe de uiteindelijke marktanalysebesluiten van UPC en Ziggo er na consultatie uit komen te zien. Vast staat wel dat UPC en Ziggo zich niet voetstoots zullen neerleggen bij het thans voorgestelde pakket aan maatregelen.

Voor vragen over deze bijdrage kunt u zich wenden tot alex.meijer@loyensloeff.com

IV. OVERIGE

Nieuwsbrief Utilities - Special Drinkwater

Graag wijzen wij u op de Special van onze Nieuwsbrief Utilities voor de drinkwatersector met als onderwerp [Marktconformiteit aan inkoop- en verkoopzijde](#).



Redactie

Maurice Essers (vennoot Mededinging en Overheid), Waldo Kapoen (vennoot Algemene Fiscale Praktijk), André van der Kolk (vennoot Mededinging en Overheid), Wim Nan (vennoot Algemene Fiscale Praktijk) en Max Oosterhuis (vennoot Ondernemingsrecht).

Vaste medewerkers

Alexander Bosman (Algemene Fiscale Praktijk), Marc Custers (Mededinging en Overheid), Jasper Neefe (Mededinging en Overheid), Rogier Sterk (Algemene Fiscale Praktijk), Roland de Vlam (Mededinging en Overheid).

Colofon

Deze nieuwsbrief is een initiatief van het energieteam van Loyens & Loeff N.V. Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen. Loyens & Loeff N.V. wordt gezien als een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van o.m. vastgoedrecht, belastingrecht, ondernemingsrecht, bank- en effectenrecht, arbeidsrecht, bestuursrecht, aanbestedingsrecht en mededingingsrecht. Bij Loyens & Loeff N.V. werken ruim 700 advocaten, belastingadviseurs en notarissen. Het kantoor heeft zeven vestigingen in de Benelux.

Disclaimer

Hoewel deze Nieuwsbrief met grote zorgvuldigheid is samengesteld, kan Loyens & Loeff N.V. geen aansprakelijkheid accepteren voor de gevolgen van het gebruik maken van deze uitgave zonder haar medewerking of voor eventuele onvolledigheden in deze uitgave.

