



Analyse van de markt voor wholesale-breedbandtoegang

— Hoofdstuk 8: Consultatie ontwerpbesluit —

Inhoudsopgave

| | | |
|----------|---|----------|
| 8 | Consultatie ontwerpbesluit | 3 |
| 8.1 | Algemene aspecten | 3 |
| 8.2 | Afbakening van de relevante markt | 6 |
| 8.3 | Aanmerkelijke marktmacht | 12 |
| 8.4 | Mededingingsproblemen..... | 17 |
| 8.5 | Verplichtingen..... | 18 |
| 8.6 | Afbakening van de relevante markt voor breedband internettoegang..... | 24 |
| 8.7 | Partijen met aanmerkelijke marktmacht | 29 |
| 8.8 | Mededingingsproblemen en verplichtingen | 31 |
| 8.8.1 | Doelstellingen van regulering | 31 |
| 8.8.2 | Price squeeze..... | 31 |
| 8.9 | Conclusie | 32 |

8 Consultatie ontwerpbesluit

380. Het college heeft op 1 juli 2005 het ontwerpbesluit inzake de markt voor wholesale-breedbandtoegang (hierna: het ontwerpbesluit) gepubliceerd. KPN, Tiscali, Wanadoo, Tele2, Colt, MCI, Orange en de Associatie van Competitieve Telecomoperatoren (ACT) hebben hun bedenkingen bij het ontwerpbesluit kenbaar gemaakt.
381. Hieronder zal het college achtereenvolgens ingaan op de bedenkingen van partijen ten aanzien van algemene aspecten, de afbakening van de relevante markt, het onderzoek naar de aanwezigheid van partijen met aanmerkelijke marktmacht, de mededingsproblemen en de verplichtingen. Ten slotte zal het college de wijzigingen die zij zal doorvoeren naar aanleiding van de consultatie in de conclusie opsommen.

8.1 Algemene aspecten

382. De **ACT** merkt op dat in het ontwerpbesluit de marktaandelen met zeer grote marges van 5 tot 10% zijn weergegeven. Omdat de daadwerkelijke marktaandelen niet zijn weergegeven, kan volgens het ACT niet zorgvuldig worden bepaald of er sprake is van dominantie. OPTA zou, gelet op de publiekelijk beschikbare bronnen, hebben nagelaten te motiveren waarom het noodzakelijk zou zijn om met dergelijke grote intervallen te werken.
383. Het **college** heeft de marktaandelen bepaald aan de hand van (soms vertrouwelijke) informatie van de aanbieders. De daadwerkelijke marktaandelen van marktpartijen zijn bedrijfsgegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder c, Wet openbaarheid van bestuur, zodat zij door het college niet openbaar gemaakt mogen worden. Om desondanks tegemoet te komen aan het belang van het transparant maken van de analyse heeft het college in de openbare versie van het ontwerpbesluit de intervallen opgenomen. In de vertrouwelijke versie van de ontwerpbesluiten zijn de daadwerkelijke marktaandelen opgenomen en aan de hand daarvan is ook bepaald of sprake is van dominantie.
384. De **ACT** is van mening dat het college een striktere invulling geeft aan de proportionaliteitsnorm dan door de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt vereist. Daarbij doelt ACT met name op het feit dat het college de voor- en nadelen van een bepaalde maatregel weegt, terwijl op grond van de jurisprudentie de nadelen van een bepaalde maatregel zouden dienen te worden ten opzichte van het nagestreefde doel. De ACT stelt dat het college de Europeesrechtelijke proportionaliteitsnorm onverkort zou moeten toepassen. Hij acht het toepassen van een weging van de voor- en nadelen niet wenselijk en overbodig.
385. Het **college** is van oordeel dat de door hem gehanteerde proportionaliteitstoets overeenkomt met de invulling die het Hof van Justitie heeft gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel¹. In

¹“Ingevolge het evenredigheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, zijn maatregelen waarbij economische activiteiten worden verboden, slechts wettig wanneer zij geschikt en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande, dat

randnummer 83 tot en met 87 van het ontwerpbesluit heeft het college aangegeven dat met het hanteren van de deze norm voldaan wordt aan de vereisten die gelden op grond van de Awb en de Tw. Er bestaat naar het oordeel van het college geen materieel verschil tussen de door ACT bedoelde beoordeling van de nadelen van een bepaalde maatregel ten opzichte van het nagestreefde doel en de door het college gehanteerde weging van voor- en nadelen van een maatregel. De wijze van benadering van het college sluit het beste aan bij het systeem van de Tw. De voordelen van een bepaalde maatregel worden door het college immers consequent geformuleerd in termen van het bereiken van de doelstellingen van artikel 1.3 van de Tw. De bijdrage van een maatregel aan het bereiken van de doelstellingen wordt dus beoordeeld ten opzichte van de daaraan verbonden nadelen. De door het college gehanteerde invulling van de proportionaliteitsnorm is dus materieel gelijk aan de Europese proportionaliteitsnorm en er is geen sprake van het hanteren van een andere of strengere norm.

386. **KPN** geeft aan dat het overzicht van het aanbod van het gereguleerde aanbod van KPN niet correct is aangezien de producten met ongespecificeerde overboekingsfactoren niet gereguleerd waren.
387. Het **college** is van mening dat KPN aangeeft dat producten met ongespecificeerde overboekingsfactoren niet vallen onder de reikwijdte van de non-discriminatieverplichting uit artikel 6.5 van de Tw die gold voor 19 mei 2004. Het college onderschrijft deze stelling van KPN niet. Het college is echter van mening dat deze marktanalyse niet het juiste forum is om de reikwijdte van de oude Tw te bediscussiëren en zal verder niet inhoudelijk op de stelling van KPN ingaan. De uitkomst van de beoordeling van de reactie van KPN heeft immers geen effect op deze marktanalyse aangezien deze diensten niet onder deze aanwijzing vallen.
388. **Wanadoo** is van mening dat het college meer aandacht moet besteden aan de relaties tussen de markt voor wholesale-breedbandtoegang en de markt voor ontbundelde toegang op wholesale-niveau. Laatstgenoemde markt zou een essentiële input zijn voor toetreding tot eerstgenoemde markt. Concreet wijst Wanadoo op het conflict met KPN over de benadering van eindgebruikers.² Later geeft Wanadoo aan dat het conflict eraan bijdraagt dat Wanadoo moeilijk de markt van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang kan betreden. Daarnaast stelt Wanadoo dat KPN overstapdrempels in de ULL markt creëert.
389. Ten eerste merkt het **college** op dat in paragraaf 5.5.2 van het ontwerpbesluit is geanalyseerd dat ontbundelde toegang tot de aansluitlijn en wholesale-breedbandtoegang geen substituten zijn. Dat ontbundelde toegang tot de aansluitlijn gebruikt wordt voor het produceren van wholesale-breedbandtoegang is correct. Het college legt aan KPN wholesale-verplichtingen op ter waarborging dat ontbundelde aansluiting tot de aansluitlijn beschikbaar blijft.

wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel.", HvJEG, Zaak C-331/88 van 13 november 1990, FEDESA, Jur 1990 I p. 4023 (nadruk toegevoegd).

² Het betreft hier een rechterlijke uitspraak dat Wanadoo niet haar klanten (die bij Wanadoo alleen de ISP dienst afnemen) mag benaderen om over te stappen van 'ADSL van KPN' naar door Wanadoo zelf geproduceerde breedband internettoegang.

390. Het feit dat Wanadoo moeite heeft de markt voor lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang te betreden kan, naar het oordeel van het **college**, in ieder geval niet tot de conclusie leiden dat het college een andere analyse had moeten uitvoeren, te meer niet nu vele andere aanbieders er wel in geslaagd zijn deze markt te betreden. Het college merkt ten overvloede op dat de eindgebruikers waarover het conflict tussen KPN en Wanadoo bestaat, eindgebruikers zijn die de ISP dienst van Wanadoo afnemen en de breedband internettoegang via ADSL van KPN afnemen. Deze eindgebruikers zijn in de dominantieanalyse toegerekend aan KPN. Hierdoor heeft het conflict tussen Wanadoo en KPN geen invloed op de marktanalyse.
391. **Wanadoo** is van mening dat buiten de dekking van DSL-aanbieders niet de ontbundelde aansluitlijn maar wholesale-breedbandtoegang de enige bruikbare wholesale input voor VoB is.
392. Ten eerste neemt het **college** aan dat Wanadoo met “buiten de dekking van DSL-aanbieders”, “buiten de dekking van *alternatieve* DSL-aanbieders” bedoelt. Daarnaast is het college een andere mening dan Wanadoo toegedaan. In randnummer 125 van het ontwerpbesluit heeft het college beschreven dat de onderliggende markt voor VoB, de retaildienst breedband internettoegang is. VoB is namelijk beschikbaar voor iedere eindgebruiker met breedband internettoegang. Producten zoals Tele2 digitaal, Pilmo (van bbned) en Talkin2ya (van BudgetPhone) zijn beschikbaar voor eindgebruikers, onafhankelijk van de breedband internettoegang. Aangezien de retail markt voor breedband internettoegang effectief concurrerend is toegang tot VoB gewaarborgd.

Lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

393. **Tiscali** wijst erop dat het college in het verleden³ het standpunt heeft ingenomen dat KPN verplicht is een bitstroomtoegangsdienst aan te bieden, omdat a) het reguleren van louter ontbundelde toegang tot het aansluitnet niet afdoende was om concurrentie op de breedband te waarborgen, b) ontbundelde toegang in bepaalde gebieden van Nederland economisch niet haalbaar was, c) de bitstroomtoegangsdienst voor de telecomaandbieders noodzakelijk was om effectief te kunnen concurreren met KPN, en d) de noodzakelijkheid temeer bestond vanwege de schaal- en breedtevoordelen die KPN heeft ten opzichte van de alternatieve aanbieders. Ook **Tele2** en **Wanadoo** wijzen erop dat het college afwijkt van in het verleden ingenomen standpunten.
394. Het **college** merkt op dat ten tijde van deze uitspraken er een ander juridisch kader gold, waarbij het college van mening was dat vanuit de (oude) Tw volgde dat lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang een vorm van bijzondere toegang was die KPN krachtens de Tw diende te leveren. In het nieuwe kader dient het college een economische afweging te maken, waarbij gekeken dient te worden naar zowel de wholesale- als de retailmarkten, waardoor ook de kabelinfrastructuur onderdeel uitmaakt van de analyse. Daarnaast verkeerde de markt in een minder ontwikkeld stadium. Het aantal eindgebruikers van breedband internettoegang is sindsdien meer dan verdubbeld, de marktverhoudingen zijn gestabiliseerd en de aandelen van KPN op het DSL-segment nemen zelfs af. Het college zal onderstaand dieper in gaan op de door Tiscali aangehaalde vier standpunten van het college. Opmerking a) en c) gaan uit van het gegeven dat de breedband markt niet effectief concurrerend is. Het college komt in het

³ Zie onder andere het besluit van het college in het geschil tussen Tiscali en KPN van 20 mei 2003 op www.opta.nl.

ontwerpbesluit tot de conclusie dat de markt voor breedband internettoegang inmiddels wel concurrerend is. Alternatieve aanbieders gebruiken kabelnetwerken of DSL-netwerken om deze concurrentie te bewerkstelligen en hebben daarmee een volgende stap genomen op de investeringsladder. Ten aanzien van stelling b) is het college van mening dat kabelmaatschappijen in deze gebieden zorgen voor concurrentie op de retailmarkt. Tenslotte is opmerking d) minder van toepassing dan enkele jaren gelden. Aanbieders hebben een behoorlijke groei doorgemaakt en hebben meer infrastructuur aangelegd waardoor schaalvoordelen beter uitgenut kunnen worden.

8.2 Afbakening van de relevante markt

Onderscheid lage en hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

395. De **ACT** vraagt zich af of een onderscheid op technische kenmerken tussen de markt van lage kwaliteit en hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang niet de mogelijkheid geeft om op basis van technische parameters regulering te beïnvloeden of te ontlopen. OPTA zou dit nader moeten onderzoeken.
396. De ACT geeft niet aan op welke wijze KPN regulering zou kunnen beïnvloeden of ontlopen door het technische onderscheid. Het **college** kan zich daarvan ook geen voorstelling maken. Wanneer nieuwe technieken het onderscheid onvolledig zouden maken kan er, indien nodig, een nieuwe marktanalyse worden uitgevoerd.
397. **Colt** acht de onderbouwing voor het marktonderscheid tussen de lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang en hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang onvoldoende.
398. Het **college** heeft op bladzijden 40 tot en met 43 van het ontwerpbesluit uitvoerig gemotiveerd uiteengezet hoe zij tot het onderscheid tussen lage en hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang is gekomen. Colt geeft niet aan welk gedeelte zij uit de onderbouwing onvoldoende vindt, zodat het college in de reactie van Colt geen aanleiding ziet het ontwerpbesluit op dit punt aan te vullen.
399. De **ACT** vraagt zich af waarom het onderscheid op de wholesalemarkt niet terugkomt in de retailmarkt bijvoorbeeld door een onderscheid tussen consumenten en zakelijke markt te hanteren.
400. Zoals volgt uit de methodologie van een marktanalyse, is het **college** begonnen met de afbakening van de retailmarkt. Uit bijlage 1 van het ontwerpbesluit blijkt dat deze relevante markt wegens ketensubstitutie alle breedband internettoegang omvat, ongeacht het tarief of doelgroep. Bij de afbakening van de relevante markt voor wholesale-breedbandtoegang heeft het college niet alleen de onderliggende retailmarkt voor breedband internettoegang in de afbakening meegenomen, maar ook de datacommunicatiediensten en telefoniediensten, voor zover deze diensten gebruik maken van wholesale-breedbandtoegang. Zoals uit de marktafbakening in randnummers 153 tot en met 158 van het ontwerpbesluit blijkt zorgen de datacommunicatiediensten voor een opsplitsing in de markt voor wholesale-breedbandtoegang. Daarom komt het onderscheid op de wholesalemarkt voor wholesale-breedbandtoegang niet terug in de retailmarkt van breedband internettoegang.

401. **Tele2** stelt dat het college als enige toezichthouder in Europa de markten voor wholesale-breedbandtoegang verdeelt op basis van de overboekingsfactor. Tele2 verzoekt het college deze afbakening opnieuw te bekijken aangezien deze afbakening een invloed heeft op de verplichtingen.
402. Het **college** heeft de afbakening beargumenteerd in paragraaf 4.5 van het ontwerpbesluit. De lidstaten hebben de opdracht meegekregen om de markten naar nationale omstandigheden af te bakenen. Daaraan gevolg gevend is het college tot de twee markten gekomen. Tele2 geeft geen inhoudelijke argumenten waarom deze afbakening anders zou moeten worden uitgevoerd, zodat het college in hetgeen Tele2 aanvoert geen reden ziet om de markt op een andere wijze af te bakenen.
403. **Orange** meent dat het college in het ontwerpbesluit onvoldoende aandacht heeft besteed aan de ontwikkelingen op het gebied van mobiel internet. Volgens Orange zou OPTA hebben miskend dat a) ook diensten aan zakelijke eindgebruikers relevant zijn; b) de prijs per Mbyte niet los is te zien van het gebruik en c) de ontwikkelingen zeer snel gaan.
404. Het **college** is van mening dat hij in het ontwerpbesluit in voldoende mate rekening heeft gehouden met de (toekomstige) ontwikkelingen rondom mobiele infrastructuren, waaronder 3G. Het college verwijst hierbij naar de randnummers 172-174. Het college zal echter voor de volledigheid op ieder door Orange genoemd argumenten ingaan. a) Het college betwist niet dat ook diensten aan zakelijke eindgebruikers relevant zijn. Het college dient echter na te gaan of mobiel internet een substituuut is voor vast breedband internet. Gelet op de aanzienlijke tariefverschillen is dit niet het geval. Gebruikers zullen mobiel internet aanschaffen voor de extra functionaliteit (namelijk de mobiliteit) die zij krijgen ten opzichte van internet op een vaste locatie en niet vanwege een kostenvoordeel. Hierdoor is mobiel internet geen substituuut voor vast breedband internet in de zin van een SSNIP-test. b) Ook bij vast internet is er een verschil tussen gebruikers. De gebruikers die alleen e-mail versturen en informatie opzoeken zullen doorgaans het goedkoopste vaste internet abonnement nemen. De gebruikers die veel downloaden zullen de snellere (duurdere) abonnementsvormen aanschaffen. Voor beide groepen zal mobiel internet geen substituuut zijn. Voor de eerste groep zijn de kosten 'per MByte' hoger dan een vergelijkbaar vast abonnement. Voor de tweede groep is de datasnelheid voor mobiele flat-fee aanbiedingen nog steeds (veel) langzamer dan de vaste breedband aanbiedingen. c) Het college is zich er van bewust dat Telfort en T-mobile tegen het einde van 2006 met technieken komen die in de praktijk 2 a 3 Mbps kunnen leveren. De huidige tarieven van Telfort en T-Mobile bedragen respectievelijk 1,50 en 3 € per MByte. Indien een inschatting wordt gemaakt van de MByte-prijs voor de huidige vaste breedband internettoegang, ligt de prijs in de orde van grootte van een eurocent per MByte, afhankelijk van het gebruik. Mobiel internet is daarmee veel duurder dan vast internet. Concluderend acht het college in de komende reguleringsperiode mobiel internet geen substituuut voor vaste breedband internettoegang. Mobiel internet kent andere functionaliteiten en tariefstructuren dan vaste breedband internettoegang waardoor mobiel internet geen plaats heeft in de markt voor vaste breedband internettoegang.

Lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

405. De **ACT** merkt op dat het college geen oordeel geeft over de mogelijkheden die er voor DSL aanbieders zijn om toegang tot de kabel te krijgen en dat dit relevant is voor de marktanalyse. In deze analyse zou in ieder geval de jurisprudentie moeten worden meegenomen die stelt dat het niet alleen relevant is of er een alternatief is voor een vermeende dominantie partij, maar ook welke economische betekenis die alternatieven hebben.
406. Het **college** gaat er vanuit dat de ACT als “vermeende” dominante partij” KPN bedoelt. De vraag die ACT derhalve stelt is, verwijzend naar jurisprudentie, niet alleen *of* er economische alternatieven zijn maar ook *of* er *economische* alternatieven zijn voor wholesale-breedbandtoegang van KPN. Het college concludeert dat (interne en externe) ISPs die gebruik maken van wholesale-breedbandtoegang van kabelaanbieders en alternatieve DSL-aanbieders economisch verantwoorde alternatieven gebruiken waardoor de retailmarkt voor breedband internettoegang effectief concurrerend is. Het feit dat kabel-aanbieders en alternatieve DSL-aanbieders niet aan een ieder op wholesale-basis wholesale-breedbandtoegang levert doet hier niets aan af. Immers, van belang is of er genoeg alternatieven zijn waardoor de retailmarkt effectief concurrerend is. En dit is het geval.
407. **Wanadoo** en de overige leden van de ACT zijn van mening dat de relatie tussen Wanadoo en Casema geen bitstream behelst maar dat de producten een vorm van agentschap zijn. Daarnaast levert introweb alleen zakelijke aanbiedingen en is dus geen voorbeeld voor lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang.
408. Uit de door Wanadoo verstrekte gegevens concludeert het **college** dat deze stelling van Wanadoo en de ACT correct is. Het college zal het besluit op dit punt aanpassen. De marktafbakening wordt hierdoor echter niet anders. Ten eerste zijn er een aantal andere kabelaanbieders die aan verschillende ISPs diensten leveren, zoals in tabel 1 van het ontwerpbesluit is vermeld. Daarnaast geldt hetgeen is uitgewerkt in randnummer 406, waarin uiteen is gezet dat de vraag of kabelaanbieders extern leveren niet doorslaggevend is voor de marktafbakening. Ten aanzien van Introweb merkt het college op dat introweb aan haar zakelijke afnemers een verbinding levert zonder gespecificeerde overboeking; Introweb beschrijft immers op haar website⁴ de minimale gegarandeerde snelheid als ‘best effort’. Introweb maakt derhalve gebruik van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang, waardoor dit gegeven in tabel 1 van het ontwerpbesluit correct is.
409. De **ACT** is van mening dat kabelaanbieders geen vorm van bitstream leveren en daarom kabel buiten de definitie van de markt valt.
410. Het **college** beschouwt bitstream als een dienst die een digitale verbinding verzorgt tussen een eindgebruiker en een dienstenaanbieder met specificaties die vergelijkbaar zijn met op DSL-gebaseerde (aansluit-)technieken. Het college constateert dat voor de verzorging van internet via kabelinfrastructuur een dergelijke bitstreamverbinding aanwezig is. Immers, de (interne of externe) dienstenaanbieder kan de eindgebruiker via een digitale verbinding bereiken. Net zo als bij de DSL techniek heeft de klant een modem en worden de up- en downstream signalen door

⁴ www.introweb.nl

het netwerk geschakeld en getransporteerd. Hierbij worden weliswaar andere technieken gebruikt dan bij DSL, maar dit is slechts een gevolg van het andere type infrastructuur en heeft geen invloed op de specificaties van de wholesale-breedbandtoegang dienst. Daarom leveren kabel-aanbieders een equivalent van bitstream.

411. De **ACT** citeert uit een review van de Commissie op de notificatie van OFCOM waarin de Commissie stelt dat het aannemelijker is om kabel niet in de markt van wholesale-breedbandtoegang op te nemen.
412. Het **college** is van mening dat, zoals ook gesteld in het ontwerpbesluit, de situatie in de meeste Europese landen niet vergelijkbaar is met de situatie in Nederland. In de toelichting op de aanbeveling schrijft de commissie *“Op dit moment zijn gemoderniseerde kabelsystemen niet op voldoende grote schaal ontwikkeld of ingevoerd, hoewel deze situatie gedurende het tijds kader van deze aanbeveling in sommige delen van de Gemeenschap nog zou kunnen veranderen. Derhalve is de enige redelijke wijdverspreide methode om de eindgebruikersmarkt te bedienen via het lokale toegangsnetwerk (de aansluitnetten) van het openbare geschakelde telefoonnetwerk, verbeterd voor het leveren van breedbandtoegangsdiensten.”* In het licht van een dergelijke aanname is het logisch dat de Commissie het voor de meeste Europese landen niet aannemelijk vindt dat kabel tot de relevante markt behoort. De Commissie geeft aan dat ‘in sommige delen’ het anders kan zijn. Dit is het geval voor Nederland. In Nederland is bij 88-90% van de huishoudens de kabelinfrastructuur geschikt om lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang te leveren. Het college is van mening dat daarom in Nederland gemoderniseerde kabelsystemen wel op voldoende grote schaal zijn ontwikkeld. Hierdoor is de situatie in Engeland niet te vergelijken met de situatie in Nederland.
413. De **ACT** is van mening dat KPN zich door schaal- en breedtevoordelen en kruissubsidiëring, op de retail-markt onafhankelijk van de wholesalemarkt van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang kan gedragen.
414. Het **college** interpreteert het standpunt van ACT als zou zij alleen de externe geleverde lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang betrekken. Echter, KPN levert vrijwel alle lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang intern. De daadwerkelijke productiekosten van de lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang van KPN bepaalt voor circa 70% de ondergrens voor het retailtarief. Aangezien KPN op de retailmarkt voor breedband internettoegang niet over aanmerkelijke marktmacht bezit is de (kost)prijs van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang van KPN afhankelijk van de tarieven op de retailmarkt. Het college is daarom van mening dat KPN zich op de retail-markt niet onafhankelijk van de wholesalemarkt van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang kan gedragen.
415. De **ACT** stelt dat het college rekening had moeten houden met het gegeven dat in het verleden KPN-ISP's op basis van het agentuurmodel prijsverhogingen van KPN niet hebben doorberekend in het retailtarief en dat er daardoor geen indirecte prijsdruk bestaat.
416. Het **college** heeft in zijn analyse in randnummer 139 van het ontwerpbesluit ook voor het geval de ISP's niet een verhoging doorberekenen aangetoond dat dit leidt tot prijsdruk tussen kabel en DSL. Het college blijft daarom bij het standpunt dat er indirecte prijsdruk van wholesale-

breedbandtoegang via kabel op wholesale-breedbandtoegang via DSL-netwerken uitgaat.

417. De **ACT** meent dat, anders dan het college in het ontwerpbesluit heeft gesteld, overstapdrempels zodanig zijn dat bij een tariefverhoging van 7% klanten niet overstappen naar een andere technologie. De drempels die de ACT aandraagt betreffen wholesalekosten voor het aan- en afsluiten van eindgebruikers.
418. Het **college** constateert in ieder geval geen economische drempels bij een *retail* overstap tussen DSL-aanbieders of tussen DSL- en kabelaanbieders. Verder wordt verwezen naar randnummer 520.
419. De **ACT** vindt dat OPTA ten onrechte aangeeft dat *“De meeste betrokken aanbieders (...) geven ook aan dat er prijsdruk van kabel op wholesale-breedbandtoegang aanwezig is, al dan niet indirect via de retailtarieven. Alleen Tiscali stelt dat beide producten niet of nauwelijks substitueerbaar zijn door de verticale exploitatie van het kabelnetwerk. Dit laat evenwel de aanwezigheid van indirecte prijsdruk onverlet.”*
420. Het **college** is afgegaan op de antwoorden die deze aanbieders hebben gegeven op het informatieverzoek. Het college heeft deze antwoorden opnieuw bestudeerd en zal het ontwerpbesluit aanpassen door aan te geven dat *“MCI en bbned geven ook aan dat er prijsdruk van kabel op wholesale-breedbandtoegang aanwezig is, al dan niet indirect via de retailtarieven. Versatel stelt dat kabel en DSL slechts beperkt substitueerbaar zijn. Alleen Tiscali stelt dat beide producten niet of nauwelijks substitueerbaar zijn door de verticale exploitatie van het kabelnetwerk.”*
421. De **ACT** stelt in dit kader tot slot dat het meenemen van interne leveringen een hypothetische markt oplevert. Later merkt ACT op dat ze onderkent dat er geen andere mogelijkheden zijn om interne leveringen mee te nemen. Daarnaast stelt ACT dat, kort gezegd, KPN geen, of in onvoldoende mate, lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang aan derde partijen levert.
422. Het **college** is van mening dat het meenemen van de interne leveringen de juiste economische wijze is om een wholesale-markt te analyseren. Indien interne leveringen niet zouden worden meegenomen zou het wel eens kunnen zijn dat bbned de partij met aanmerkelijke marktmacht zou zijn, aangezien zij de meeste externe wholesale-breedbandtoegang leveren. Het is evident dat dit geen reële economische afspiegeling van de markt is.

Geografisch aspect lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

423. **Tele2** stelt dat de geografische differentiatie van de lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang producten van KPN niet wordt besproken in het ontwerpbesluit.
424. Het **college** verwijst naar paragraaf 5.6 van het ontwerpbesluit waar deze differentiatie is besproken.
425. De **ACT** meent dat net zoals bij de marktanalyse van omroep, het college ook bij wholesale-breedbandtoegang tot een regionale onderscheid van de markten had moeten komen. ACT stelt voor om een geografisch onderscheid te maken tussen gebieden waarin alleen KPN actief is en

gebieden waarin ook andere DSL-aanbieders actief zijn. Tevens stelt ACT dat het college niet één van de twee hoofdcriteria voor de afbakening van de geografische relevante markt heeft gebruikt, te weten “In de sector elektronische communicatie vond de omschrijving van de geografisch relevante markt traditioneel plaats op basis van ... het gebied dat door een netwerk wordt bestreken ...”. ACT geeft aan dat een regionale SSNIP test tot regionale afbakening had geleid. Daarnaast geeft ACT aan dat er geen ‘make-or-buy decision’ is omdat het op sommige locaties niet rendabel is om uit te rollen en KPN en kabelaanbieders geen wholesale-breedbandtoegang leveren aan externen.

426. Het **college** is van mening dat hij het door ACT geciteerde beginsel correct heeft gebruikt. Dit beginsel houdt in dat van het grootste netwerk wordt uitgegaan. Vervolgens wordt gekeken of andere netwerken tot dezelfde relevante markt behoren. Bij de marktanalyse voor omroep is tot de conclusie gekomen dat ieder netwerk geen substituuat kent. Bij de onderhavige marktanalyse is het college tot de conclusie gekomen dat onder meer DSL-netwerken en kabel-netwerken substituten vormen en daarom tot dezelfde relevante markt behoren. Het college ziet niet in, noch heeft ACT onderbouwd, hoe het beginsel kan worden toegepast, zodanig dat tot een geografisch onderscheid wordt gekomen die ACT beschrijft. Wat betreft de ‘make-or-buy decision’ gaat ACT in haar argumentatie voorbij aan het feit dat kabelaanbieders indirecte prijsdruk uitoefenen op KPN. De regionale SSNIP test is geen algemeen mededingingsrechtelijk begrip. Ook de richtsnoeren beschrijven geen regionale SSNIP test. Het college kan daarom geen regionale SSNIP test uitvoeren. Het college blijft daarom van oordeel dat, zoals beschreven in het ontwerpbesluit, er een markt bestaat voor lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang die niet geografisch is gescheiden.

Hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

427. **KPN** is van mening dat kabel tot de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang behoort aangezien KabelTex en Priority hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang wel via kabelinfrastructuren aanbieden.
428. Het **college** heeft in het besluit reeds onderkend dat deze twee bedrijven dergelijke producten aanbieden. Een meer zuivere toelichting op de definitie van de markt zou dan ook zijn: De producten in de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang kennen in het algemeen upstream- en downstreamsnelheden tussen 128 kbit/s tot 2304 kbit/s, een set van gegarandeerde capaciteiten (overboeking van 1:1 tot en met 1:20) en levering over kabel en DSL-netwerken *die hiervoor geschikt zijn*. De definitie van de markt van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang verandert hierdoor niet. Een aanbieder die zijn kabelnetwerk niet geschikt heeft gemaakt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang zal deze producten niet kunnen leveren zonder aanzienlijke investeringen. De netwerken van deze aanbieders kunnen daarom niet tot de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang gerekend worden. Dit houdt bijvoorbeeld ook in dat het DSL-netwerk van Tiscali niet tot de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang behoort. De gewijzigde toelichting op de definitie van de markt zal in de dominantieanalyse niet tot een andere conclusie leiden, aangezien het marktaandeel nagenoeg onveranderd blijft (het verschil bedraagt veel minder dan 1%) en ook de beoordeling van de overige criteria niet wezenlijk verandert.
429. **KPN** is van mening dat de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang beperkt dient

te worden tot de markt voor “wholesale-breedbandtoegang ten behoeve van multi-site zakelijke datacommunicatiediensten gekenmerkt door ADSL/SDSL met ATM hand-over gebaseerd op overboekingsfactoren 1:1 tot en met 1:20 op 14 locaties in Nederland”.

430. Het **college** interpreteert de opmerking van KPN aldus dat KPN van mening is dat er aparte relevante markten zouden bestaan voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang voor datacommunicatie en voor internettoegang. KPN heeft niet onderbouwd waarop een dergelijk onderscheid zou moeten berusten. Een dergelijk onderscheid lijkt het college niet aannemelijk. Het product hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang is namelijk gelijk, onafhankelijk of deze voor datacommunicatie of voor breedband internettoegang wordt gebruikt. De aanbieder die deze producten aanbiedt, is diegene die door het gebruik van deze wholesale producten een onderscheid op de retailmarkt bewerkstelligt. Het is niet mogelijk voor de aanbieder van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang om prijsdifferentiatie toe te passen. Hierdoor vallen beide diensten in dezelfde relevante markt. Ter verduidelijking zal het college de SSNIP test expliciet uitvoeren. Een (denkbeeldig) hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang voor datacommunicatie is een volledig substituut voor het (denkbeeldig) product hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang voor breedband internettoegang. Bij een verhoging van het tarief voor het ene (denkbeeldige) product zal het andere (denkbeeldige) product een substituut zijn waardoor de verhoging niet winstgevend is. Daarom leidt een SSNIP-test op deze (denkbeeldig te onderscheiden) producten tot één markt.

8.3 Aanmerkelijke marktmacht

Lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

431. **KPN** geeft aan dat het college, mede door de vertrouwelijkheid van het Dialogic rapport, onvoldoende duidelijk heeft gemaakt dat KPN meer profijt heeft van schaalvoordelen dan andere partijen.
432. Het **college** heeft hierop de volgende reactie ter verduidelijking. Schaalvoordelen kunnen in grote lijnen op twee niveaus worden uitgenut. Op locatie-niveau leidt een vergroting van het aantal gebruikers tot een lagere locatie kostencomponent per gebruiker. Op nationaal niveau kunnen kosten voor bijvoorbeeld de organisatie, automatisering en apparatuur, over meer locaties worden verdeeld (bij gelijkblijvend aantal aansluitingen per locatie). KPN heeft zowel (gemiddeld) het grootste aantal aansluitingen per locatie als het grootste aantal locaties. KPN nut daarmee de schaalvoordelen van de aanbieders het meest uit. Deze conclusie kan daarmee los van de vertrouwelijkheid van het Dialogic rapport worden getrokken.
433. De **ACT** meent dat de verhouding van intern en extern geleverde wholesale-breedbandtoegang meegenomen moet worden in de dominantieanalyse. Ze stelt dat als het merendeel van leveringen op de wholesale markt bestaat uit interne leveringen, dat een indicatie van leveringsweigerings is.
434. Het **college** merkt op dat de stelling van ACT dat interne levering een bewijs is van een dominante positie niet een algemeen aanvaarde opvatting is. Het zou ook onduidelijk zijn wat hieruit volgt, aangezien ACT zelf stelt dat KPN, kabelaanbieders en ook één van de leden van ACT, Versatel, hoofdzakelijk intern leveren. De conclusie dat al deze aanbieders beschikken

over een aanmerkelijke marktmacht is immers niet te rechtvaardigen. Het college ziet derhalve een eventuele leveringsweigering niet als bewijs dat een partij beschikt over aanmerkelijke marktmacht.

435. De **ACT** is van mening dat indien de markt was afgebakend zoals door ACT is betoogd, KPN wel dominant zou zijn.
436. Het **college** is van mening dat KPN zich niet onafhankelijk kan gedragen van afnemers en concurrenten door met name de situatie op de retail breedband internettoegang markt. De afbakening (al dan niet met kabel) van de wholesalemarkt doet niets af aan dit gegeven op de retailmarkt.
437. De **ACT** is van mening dat de marktaandelen van KPN niet correct zijn weergegeven. Tele2 betoogt dat het marktaandeel van KPN nu al hoger is dan 50%. Daarnaast is ACT van mening dat het college geen forward-looking approach heeft gehanteerd. Indien het college wel een forward-looking approach had gehanteerd, zou blijken dat reeds in Q1 2006 KPN een marktaandeel van meer dan 50% zou behalen op de retailmarkt van breedband internettoegang. Ook stelt ACT dat volgens de Commissie bij een marktaandeel van 40% sprake is van gevaar van een machtspositie. Daarnaast is een criterium voor het aannemen van een machtspositie dat een marktaandeel lange tijd stabiel is of zelfs stijgt. Tot slot wijst ACT nog op aantal criteria uit de richtsnoeren van de Commissie waarmee het college ten onrechte geen rekening zou hebben gehouden. Bij toepassing van deze criteria is KPN dominant.
438. Het **college** merkt hierover het volgende op. Het marktaandeel is een van de factoren waarbij rekening moet worden gehouden bij het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht, maar is op zichzelf niet doorslaggevend. Overige factoren moeten ook in de afweging worden betrokken. Het criterium voor dominantie is of een partij zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn klanten kan gedragen. Van dit risico is naar het oordeel van het college op de retailmarkt geen sprake, gegeven de door het college voorgestane regulering van de ontbundelde aansluitlijnen van KPN. Het college verwijst hiervoor naar de marktanalyse van de markt voor ontbundelde aansluitlijnen. Het college heeft een forward looking approach gehanteerd, waarbij rekening is gehouden met ontwikkelingen inzake marktaandeel, triple play en schaalvergroting. De marktaandelen zijn gemeten naar het aantal aansluitingen dat partijen leveren. De huidige abonnementen die onder agentuur zijn afgesloten, worden tot het marktaandeel van KPN gerekend, aangezien KPN bij de agentuurovereenkomst de aansluiting levert. Het college komt in de analyse van het marktaandeel in het ontwerpbesluit op een aandeel van 44% voor KPN. Naar aanleiding van de consultatie heeft het college het aantal aansluitingen in het eerste en tweede kwartaal van 2005 bij aanbieders opgevraagd. Hieruit blijkt dat het marktaandeel van KPN 44% bedraagt. Dit komt binnen een procentpunt overeen met de prognose die het college had uitgevoerd in bijlage 3 van het ontwerpbesluit (figuur 2). De prognose voor 2008 in het ontwerpbesluit bedraagt 48%. Deze prognose blijft bij toepassing van de nieuwe gegevens onveranderd. Concluderend kan worden gezegd dat KPN een stabiel marktaandeel kent dat gedurende de reguleringsperiode lager is dan 50%. Het college ziet in deze marktaandelen op zich geen aanleiding om KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht aan te merken. Ook op grond van de overige door de ACT aangehaalde criteria kan niet worden geoordeeld dat sprake is van aanmerkelijke marktmacht van KPN.

439. De **ACT** stelt dat het college ten onrechte van een verkeerd dekkingspercentage van bbned is uitgegaan.
440. Het **college** heeft in zijn afweging het juiste percentage gebruikt. In de openbare versie van het ontwerpbesluit is dit percentage in randnummer 62 van bijlage 2 echter niet zichtbaar.
441. De **ACT** stelt dat infrastructuur voor lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang niet gemakkelijk is te dupliceren.
442. Het **college** merkt op dat ACT voorbij gaat aan de infrastructuur van kabelaanbieders. Ongeveer 88-90% van de huishoudens heeft de keuze uit twee aanbieders, namelijk KPN en een kabel-aanbieder en ruim 70% van de huishoudens heeft keuze uit drie of meer aanbieders, namelijk KPN, kabel-aanbieder en een alternatieve DSL-aanbieders.
443. De **ACT** stelt dat het college voorbij gaat aan een aantal schaalvoordelen.
444. Het **college** beschrijft in paragraaf 5.2.2. expliciet de schaalvoordelen die KPN heeft en berekent deze aan de hand van een model van Dialogic. In dit model worden schaalvoordelen door 'marketing & sales' en productontwikkeling meegenomen. In de uiteindelijke afweging is het voordeel van KPN door schaalvoordelen niet voldoende om tot de conclusie te komen dat KPN over aanmerkelijke marktmacht beschikt. Wat betreft 'buying power' en 'aantrekkingskracht content/toegevoegde waardediensten' heeft de ACT niet onderbouwd hoe groot dit effect is. Naar inschatting van het college is het voordeel van buying power verwaarloosbaar aangezien ook alternatieve aanbieders grote hoeveelheden apparatuur moeten inkopen. Tevens constateert het college dat alternatieve aanbieders eveneens content en toegevoegde waardediensten leveren.⁵ Het college mist daarom een onderbouwing van de ACT waarom de door haar genoemde punten tot een andere conclusie wat betreft dominantie zou leiden en ziet daarom in hetgeen de ACT op dit punt heeft aangevoerd geen reden om het ontwerpbesluit op dit onderdeel te wijzigen.
445. De **ACT** beschouwt het breedtevoordeel van KPN, doordat zij de infrastructuur naar de nummercentrale kan gebruiken, essentieel.
446. Uit gegevens die het **college** van marktpartijen heeft gekregen en uit het rapport van Dialogic blijkt dat deze infrastructuur (het transportgedeelte van de centrale naar de centrale locatie van de aanbieder) slechts [] van de totale kosten uitmaakt. In de uiteindelijke afweging van de dominantieanalyse is het beperkte voordeel van KPN door breedtevoordelen niet zodanig dat dit tot de conclusie leidt dat KPN over aanmerkelijke marktmacht beschikt.
447. De **ACT** meent dat het college onvoldoende oog heeft gehad voor het hefboomeffect. Het college had de dominante positie van KPN op de markt voor vaste telefonie en de markt voor ontbundelde toegang moeten betrekken bij de analyse van de positie van KPN op de markt voor wholesale- breedband. De ACT wijst op het klantenbestand van KPN, waardoor zij essentiële

⁵ Bijvoorbeeld het aanbieden van live voetbaluitzendingen door Versatel en het downloaden van muziek door Tiscali.

informatie over de klanten heeft. Als voorbeeld geeft ACT aan dat KPN weet wanneer een klant zijn aansluitlijn opzegt.

448. Het **college** legt in andere markten KPN verplichtingen op met als doel dat KPN zijn dominante positie niet kan uitnutten. Aangezien het college alle markten uit de aanbeveling heeft onderzocht en zondig aan KPN verplichtingen heeft opgelegd, ziet het college derhalve niet in hoe KPN het hefboomeffect kan gebruiken. Mocht er al sprake zijn geweest van een hefboomeffect dan zou het college deze moeten remediëren op de markten waarop KPN over aanmerkelijke marktmacht beschikt. Het ligt daarom niet in de rede om KPN desondanks toch als partij met aanmerkelijke marktmacht te beschouwen. Ook het argument dat KPN het grootste klantenbestand heeft is naar de mening van het college niet voldoende om KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht te beschouwen.
449. De **ACT** meent dat het college had moeten meenemen dat KPN haar gedrag tijdelijk heeft kunnen aanpassen om regulering te ontlopen. Als voorbeelden noemt ACT het recente wholesaleaanbod van KPN van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang, de introductie van het retail product ADSL-only van KPN waarbij geen analoog of ISDN abonnement behoeft te worden afgenomen en het aanbieden van abonnementen onder kostprijs.
450. Ten eerste zal het **college** geen uitspraak doen over of KPN strategisch gedrag vertoont om regulering te ontlopen of dat ze abonnementen onder kostprijs aanbiedt. Het college merkt op dat geen van de voorbeelden enig significante invloed heeft op de marktanalyse. Het wholesale aanbod van KPN wordt slechts als ondersteunend gegeven gezien waarom de markt effectief concurrerend is. Zonder het aanbod van KPN zou de conclusie niet anders zijn. De belangrijkste afwegingen worden namelijk in randnummers 230 en 231 beargumenteerd. Het college geeft aan dat zelfs zonder het wholesale aanbod van KPN de bijbehorende retailmarkt voor breedband internettoegang effectief concurrerend is en dat dat op zichzelf al één van de belangrijkste redenen is om de wholesalemarkt voor lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang eveneens als effectief concurrerend te beschouwen. Van de overige twee voorbeelden ziet het college niet in, noch heeft ACT dit onderbouwd, hoe deze gesuggereerde strategisch gedragingen de dominantieanalyse beïnvloeden.
451. **Tele2** stelt dat, omdat KPN zowel dominant is op de markt voor wholesale-breedbandtoegang als de retail breedband internettoegang, KPN op beide markten gereguleerd dient te worden.
452. Het **college** betwist dat KPN op de markten van wholesale-breedbandtoegang en breedband internettoegang dominant is en heeft dit in het ontwerpbesluit onderbouwd. Het college komt daarom tot een andere conclusie dan Tele2.
453. **Wanadoo** verzoekt het college een financieel-economische analyse uit te voeren waarbij factoren als kosten voor uitbreiding van dekking, potentiële opbrengsten en de concurrentieverhoudingen in een bepaalde regio worden betrokken.
454. Het **college** ziet de toegevoegde waarde van een dergelijke analyse niet in. De retailmarkt voor breedband internettoegang is effectief concurrerend. De eindgebruiker heeft in de meeste gevallen keuze uit tientallen ISPs. Vanwege de concurrerende retailmarkt is het overbodig om

een financieel-economische analyse uit te voeren op de wholesale markt, gelet op de uitgevoerde analyses op de markt voor de ontbundelde aansluitlijn en de retailmarkt voor breedband internettoegang.

Geografische aspecten van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

455. De **ACT** meent dat landelijke dekking essentieel is voor concurrentiekracht. Tevens meent ACT dat de geografische dekkingsverschillen er toe kunnen leiden dat KPN door price squeeze partijen uit de markt kan drukken doordat partijen in zogenaamde B-gebieden lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang boven kostprijs dienen in te kopen.
456. Het **college** betwist deze stelling van ACT wat betreft lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang. De retailmarkt voor breedband internettoegang is concurrerend, terwijl slechts één aanbieder landelijke dekking heeft. De kabelaanbieders kennen slechts een (relatief) kleine landelijke dekking, maar zijn belangrijke spelers op de retailmarkt van breedband internettoegang. Ook alternatieve DSL-aanbieders en de ISPers die hiervan gebruik maken, hebben een belangrijk gedeelte van de markt naar zich toegetrokken. Anders dan de ACT stelt is landelijke dekking dus niet essentieel voor concurrentiekracht. Wat betreft de door ACT gesuggereerde price squeeze merkt het college op dat partijen in B-gebieden geen lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang behoeven in te kopen als zij dat economisch niet rendabel achten. Dit levert geen negatieve effecten op de retailmarkt voor breedband internettoegang op, omdat KPN hetzij door kabel, hetzij door andere DSL-aanbieders retailconcurrentiedruk ervaart.
457. **Tele2** stelt dat het waarschijnlijk is dat KPN de geografische verdeling van aanbieders zal gebruiken om marktaandeel te winnen.
458. Het **college** merkt op dat KPN in het verleden op de retailmarkt niet heeft gedifferentieerd. Het college ziet dan ook niet in, noch heeft Tele2 beargumenteerd, hoe KPN de geografische verdeling zal gaan gebruiken om marktaandeel te winnen.

Hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

459. **KPN** is van mening dat de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang effectief concurrerend is. KPN voert daartoe de volgende argumenten aan. Ten eerste hebben ook andere DSL-aanbieders reeds nagenoeg landelijke dekking of zullen dit binnen de komende reguleringsperiode bereiken. Daarnaast stelt KPN dat de dekking wat betreft zakelijke aanbieders hoger is dan hetgeen OPTA stelt, aangezien OPTA van het aantal huishoudens is uitgegaan. Tevens behoort volgens KPN ook kabel tot de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang.
460. Het **college** deelt niet de mening van KPN dat ook andere DSL-aanbieders reeds nagenoeg landelijke dekking hebben of dit binnen de komende reguleringsperiode zullen bereiken. Tabel 3 (bij randnummer 221) in het ontwerpbesluit geeft aan dat de fysieke uitrol van andere aanbieders slechts een derde bedraagt dan die van KPN. Aangezien deze partijen een dergelijke dekking in 5 jaar hebben opgebouwd ligt het in de verwachting dat, indien de groei in hetzelfde tempo doorgaat, de grootste DSL-aanbieders aan het einde van de reguleringsperiode een dekking van circa 80% realiseren. Zoals blijkt uit randnummer 6.3.2 van het ontwerpbesluit, is een dergelijke dekking niet voldoende om effectief te kunnen concurreren op de retailmarkt

van datacommunicatie. Daarnaast geldt dat KPN een marktaandeel op de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang bezit dat ver boven de 50% bedraagt (namelijk 60-70%) en andere voordelen kent, zoals een landelijk dekkend netwerk, waardoor zij zich op de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang onafhankelijk van haar afnemers en concurrenten kan gedragen. Wat betreft de opmerking van KPN dat kabel tot de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang behoort verwijst het college naar randnummer 428. Gelet op de zeer beperkte rol van kabel op de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang zijn de marktaandelen van KPN hetzelfde als genoemd in paragraaf 6.3.1 van het ontwerpbesluit en ondervindt KPN geen concurrentiedruk van de kabelaanbieders.

461. **KPN** stelt dat de omzetten van kabelmaatschappijen niet zijn meegenomen in de marktaandelen, waardoor van een onjuist aandeel van de KPN op de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang zou zijn uitgegaan.
462. Zoals het **college** in randnummer 428 heeft uiteengezet, wijken de marktaandelen niet noemenswaardig af als het college de marktaandelen van kabelaanbieders op de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang meeneemt in de beoordeling. Het verschil is veel kleiner dan 0-1%.
463. **KPN** stelt dat door samenwerking van de kabelaanbieders wel een landelijke dekking voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang kan worden gerealiseerd en KPN daarom niet beschikt over aanmerkelijke marktmacht.
464. Ten eerste merkt het **college** op dat de grootste kabelaanbieders geen hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang kunnen leveren. Daarnaast stelt het college feitelijk vast dat de kabelaanbieders een dergelijke samenwerking niet hebben. Daarom leidt de opmerking van KPN niet tot een andere dominantieanalyse.

8.4 Mededingingsproblemen

Lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

465. De **ACT** beschrijft een aantal potentiële mededingingsbeperkende gedragingen waarvan zij het reëel acht dat KPN deze zal uitvoeren.
466. Het **college** vat de gedragingen die de ACT noemt kort samen als 'effectieve leveringsweigering door onaantrekkelijke voorwaarden'. Los van de vraag of het college de mening van de ACT deelt of KPN daadwerkelijk dergelijke gedragingen voor strategische reguleringsdoeleinden uitvoert, is het college van mening dat de ACT de methodologie van marktafbakening omdraait. Een dominante aanbieder kan zijn marktmacht behouden door leveringsweigering. Andersom volgt niet uit de methodologie dat leveringsweigering het bewijs is van marktmacht. Dit zou ook tot gevolg hebben dat kabelaanbieders die nauwelijks toegang verlenen zich ook schuldig maken aan dergelijk gedrag. Kabelaanbieders zouden dan volgens de argumenten van ACT eveneens dominant zijn op de markt van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang. Het college is niet van mening, noch heeft een marktpartij dit aangevoerd, dat kabelaanbieders dit zijn. Het college kan uit de opmerking van ACT hoogstens afleiden dat het voor meerdere

partijen op de markt aantrekkelijk lijkt te zijn om verticaal geïntegreerd te opereren. Dit lijkt een economisch aantrekkelijke strategie, omdat over het algemeen een hogere marge op retailproducten wordt gehaald dan op de onderliggende wholesaleproducten. Dit is echter geen bewijs van marktmacht.

Hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

467. **KPN** stelt dat de mogelijke mededingingsproblemen een hoog hypothetisch karakter hebben en/of teruggrijpen op gedragingen uit het verleden, die niet automatisch mogen worden doorgetrokken naar de toekomst.
468. Het **college** merkt op dat in de methodologie van de marktanalyse *potentiële* mededingingsproblemen worden geïdentificeerd. Deze mededingingsproblemen behoeven niet daadwerkelijk in het verleden hebben plaatsgevonden. Het college dient slechts te onderzoeken of een partij met aanmerkelijke marktmacht in staat is en de economische prikkel kent om deze mededingingsproblemen te veroorzaken. Het college heeft dit voor alle beschreven mededingingsproblemen aangetoond. Ter versterking heeft het college bij een aantal mededingingsproblemen aangegeven dat KPN deze ook daadwerkelijk heeft veroorzaakt.
469. **KPN** stelt als voorbeeld dat zij niet van plan is leveringsweigering toe te passen. Zij onderbouwt dit door haar actie om uit het referentieaanbod de bepaling weg te halen dat KPN een beroep zal doen op de afloop van de juridische procedure over de bevoegdheid van het college betreffende BitStream.⁶
470. Het **college** is van mening dat KPN wel degelijk economische prikkels heeft om leveringsweigering toe te passen, zoals is beschreven in paragraaf 6.4.1 van het ontwerpbesluit. Daarnaast merkt het college op dat de reactie van KPN dat zij non-discriminatie een beperking vindt van haar bedrijfsvoering aangeeft dat zij differentiatie naar afnemer van de voorwaarden wenst toe te passen. Dit verstevigt de analyse dat KPN prikkels heeft om selectief leveringsweigering toe te passen om (bepaalde segmenten van) retailmarkten te beschermen. Het is bijvoorbeeld voor KPN economisch aantrekkelijk om geen hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang te leveren aan aanbieders die hoofdzakelijk datacommunicatiediensten leveren. Aangezien de eindgebruikers dan gedwongen worden om bij KPN de retaildiensten af te nemen kan KPN een grotere marge op de retailmarkt behalen dan door de wholesale verkoop op de wholesalemarkt.

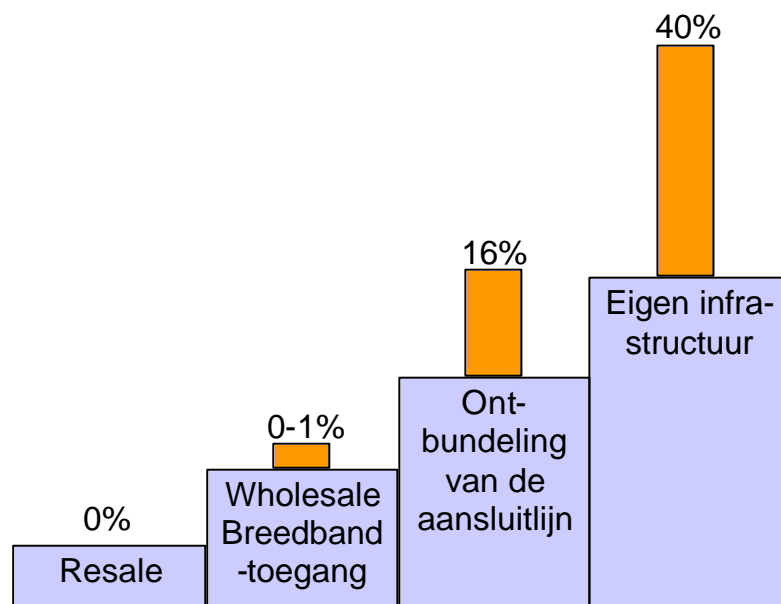
8.5 Verplichtingen

Lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

471. De **ACT** en **Tele2** menen dat verplichtingen noodzakelijk zijn voor de markt voor lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang om de 'ladder of investment' mogelijk te maken. Wanadoo stelt dat zij weinig keuze heeft voor de afname van wholesale-breedbandtoegang.

⁶ KPN heeft naar aanleiding van het handhavingsbesluit van 20 september 2002 (OPTA/IBT/2002/202894) van het college, in haar referentieaanbieding opgenomen dat indien in een juridische procedure het handhavingsbesluit komt te vervallen zij zich het recht voorbehoud om het aanbod in te trekken. Zij heeft deze bepaling recentelijk verwijderd.

472. Het **college** is van oordeel dat de ‘ladder of investment’ als doel heeft om concurrentie op de retailmarkt te waarborgen. Aangezien het college heeft geconcludeerd dat de retailmarkt voor breedband internettoegang effectief concurrerend is, behoeft het college niet door middel van maatregelen de stap van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang in de ‘ladder of investment’ voor partijen mogelijk te maken. De stappen richting infrastructuur, te weten de ontbundelde aansluitlijn en eigen infrastructuur, zijn reeds door vele aanbieders betreden. Dit wordt bevestigd door figuur 6 waarin is uitgezet in welke mate andere aanbieders dan KPN afhankelijk zijn van KPN voor het aanbieden van breedband internettoegang. Van de aansluitingen voor breedband internet toegang, wordt 40% geleverd over andere infrastructuur dan die van KPN. Bij 16% van de breedband aansluitingen wordt de ontbundelde aansluitlijn bij KPN ingekocht en bij [0-1%] van de breedband aansluitingen wordt lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang bij KPN ingekocht. Hieruit volgt dat het opleggen van een toegangsverplichting juist een prikkel aan aanbieders zou geven om niet verder de investeringsladder op te klimmen. Het wel opleggen van maatregelen zou derhalve disproportioneel zijn voor de partij aan wie de maatregelen worden opgelegd.



Figuur 6. De mate waarin nieuwe toetreders afhankelijk zijn van KPN op de verschillende stappen van de investeringsladder voor de levering van breedband internettoegang.

Hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang

473. **KPN** is van mening dat de verplichting tot non-discriminatie niet noodzakelijk is, omdat het algemene mededingingsrecht al voldoende waarborgen biedt om discriminatoir gedrag te bestrijden. De artikelen 24 Mededingingswet en 82 EU Verdrag dienen hiertoe. Deze verplichting impliceert ook dat externe afnemers gelijk moeten worden behandeld als eigen bedrijfsonderdelen of gelieerde ondernemingen. Daarbij kan gerefereerd worden aan de Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector van de Europese Commissie (98/C, 265/02).

474. Het **college** merkt hierover het volgende op. KPN beschikt over een AMM-positie op de

wholesalemarkt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang. KPN is zelf actief op de retailmarkten die door hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang worden bediend. Daarmee heeft KPN een prikkel om mededingingsbeperkend gedrag te vertonen. Het college heeft in paragraaf 7.2.2 van het ontwerpbesluit aangetoond dat een non-discriminatieverplichting geschikt en noodzakelijk is om een aantal van de geïdentificeerde mededingingsproblemen te voorkomen. Algemeen mededingingsrecht kan slechts ex post ingrijpen in geval er daadwerkelijk misbruik heeft plaatsgevonden. Het nieuwe reguleringskader betekent een extra handhavingregime voor AMM partijen als KPN, dat bijdraagt aan de naleving van regels inzake, in dit geval, discriminatie.

475. **KPN** is van mening dat de verplichting tot non-discriminatie niet noodzakelijk en proportioneel is, omdat KPN in een markt met hoge marktdynamiek in staat moet zijn te differentiëren al naar gelang de omstandigheden.
476. Het **college** heeft in paragraaf 7.2.2 van het ontwerpbesluit uitgewerkt waarom de verplichting tot non-discriminatie de mededingingsbeperkende gedragingen prijsdiscriminatie, het hanteren van excessieve toegangsprijzen, het discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie betreffende producten en het overgaan tot kwaliteitsdiscriminatie adresseert. Het niet opleggen van non-discriminatie laat deze potentieel mededingingsbeperkende gedragingen in stand waardoor duurzame concurrentie wordt belemmerd. Gelet op de doelstelling van het regulerend kader dient het college derhalve de verplichting tot non-discriminatie aan KPN op te leggen. Zoals in paragraaf 7.2.2 van het ontwerpbesluit is beschreven, is deze verplichting proportioneel.
477. **KPN** is in algemene zin van oordeel dat de toegangsverplichtingen in de ontwerpbesluiten onvoldoende zijn geconcretiseerd.
478. Het **college** is anders dan KPN van oordeel dat hij de toegangsverplichtingen in voldoende mate heeft gespecificeerd. Het college is van oordeel dat het in verdere mate specificeren van de toegangsverplichting, zodanig dat voor elke apart te onderscheiden dienst of onderdeel daarvan, alle relevante operationele en technische procedures en protocollen tot op detailniveau worden beschreven niet door de wetgever wordt voorgeschreven. Het zou in feite betekenen dat het college de (operationele) zeggenschap zou overnemen van de aanbieder over de inrichting van de verscheidene (interne) bedrijfsprocessen. Daarnaast is het college van mening dat de dynamiek van de markt en de hiermee gepaard gaande snelle technische ontwikkeling van (bestaande) diensten zich niet goed verhoudt met het voorschrijven van verregaand gedetailleerde toegangsverplichtingen: voor elke aanpassing van een bestaande dienst door KPN zou het college immers steeds weer een nieuwe toegangsverplichting moeten opleggen, aangezien de oude toegangsverplichting geen betrekking had op de aangepaste dienst. Uitgangspunt voor het college is geweest dat het voor KPN in voldoende mate bepaalbaar moet zijn welke toegangsdiensten of onlosmakelijk hiermee verbonden diensten door haar op verzoek moeten worden aangeboden aan andere aanbieders. KPN heeft geen voorbeelden aangedragen waaruit blijkt dat het voor haar niet duidelijk is hoe zij uitvoering moet geven aan de opgelegde toegangsverplichtingen. Indien er tussen KPN en aanbieders een geschil ontstaat over de nakoming van de verplichtingen, kunnen KPN en/of aanbieders het college verzoeken het geschil te beslechten. Het college ziet in de bedenking van KPN derhalve geen aanleiding om haar ontwerpbesluiten aan te passen.

479. **KPN** stelt dat de verplichting alleen voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang voor “multi-site zakelijke datacommunicatiediensten gekenmerkt door ADSL/SDSL met ATM hand-over gebaseerd op overboekingsfactoren 1:1 tot en met 1:20 op 14 locaties in Nederland” dient te gelden.
480. Het **college** heeft de markt anders afgebakend dan KPN voorstelt, zoals blijkt uit hoofdstuk 5 van het ontwerpbesluit. KPN heeft aanmerkelijke marktmacht op de gehele markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang en kan mededingingsbeperkende gedragingen uitoefenen op de gehele markt. Het college legt daarom op de gehele markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang verplichtingen op.
481. Het is **KPN** niet duidelijk wat de reikwijdte van de bepaling “...dat de huidige faciliteiten betreffende hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang niet worden ingetrokken, omdat het college op basis van de hiervoor geschetste (potentiële) mededingingsbeperkende gedragingen, handhaving van de thans geldende toegangsvoorwaarden nog steeds redelijk acht” is.
482. Het **college** legt deze verplichting op basis van artikel 6a.6, tweede lid, onder c, van de Tw op. Ten aanzien van het intrekken van verplichtingen geldt hierbij een redelijkheidstoets (zie artikel 6a.6, eerste lid van de Tw). De verplichtingen die het college voornemens is om op te leggen op de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang komen overeen met de verplichtingen die golden onder het oude kader. Het intrekken van deze toegangsverplichtingen zou kunnen betekenen dat partijen vervolgens over dezelfde vorm van toegang opnieuw in onderhandeling moeten gaan met KPN. Dit is inefficiënt en benadeelt partijen die gebruik maken van opgelegde toegang tot faciliteiten van KPN. Partijen zouden bijvoorbeeld tijdelijk hun dienstverlening niet kunnen continueren. Het college acht intrekking in deze situatie onredelijk en de verplichting daarom passend. Het college erkent echter dat er situaties kunnen zijn waarin het intrekken van faciliteiten wel redelijk is. Het in het ontwerpbesluit aan de toegangsverplichting gekoppelde voorschrift dat “reeds verleende toegang tot faciliteiten niet mag worden ingetrokken” in randnummer 314 en VIII van het ontwerp besluit zal daarom worden vervangen door het voorschrift dat: “reeds verleende toegang tot faciliteiten mag niet worden ingetrokken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd. KPN dient een voornemen tot intrekking vooraf, met een termijn van minimaal drie maanden voorafgaand aan de voorgenomen datum van intrekking, aan het college over te leggen.” Het college legt deze verplichting mede op basis van artikel 6a.6, derde lid van de Tw, op.
483. De **ACT** stelt dat KPN op de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang door een combinatie van strategisch productontwerp, rooiprijzen en excessieve prijzen haar marktmacht zal uitbuiten en daarom een onder- en bovengrens moet worden opgelegd. KPN kan door boekhoudkundige maatregelen uiteindelijk intern effectief andere tarieven hanteren dan extern waardoor rooiprijzen op de retailmarkt kunnen worden gehanteerd. Tele2 en MCI stellen dat kostenoriëntatie voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang noodzakelijk is om marge-uittholling tegen te gaan. Colt is van mening dat gescheiden boekhouding nodig is om kortingen en bundeling te voorkomen. Priority is van mening dat het niet reguleren van de tarieven van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang een misvatting is van de situatie op de markt.

484. ACT stelt echter dat de geschikte verplichting een combinatie van een onder- en bovengrens is. Het **college** acht deze invulling disproportioneel. Immers een verplichting tot non-discriminatie voorkomt in ieder geval dat KPN zowel rooftprijzen als excessieve tarieven kan hanteren. KPN zou hooguit of rooftprijzen of excessieve tarieven kunnen hanteren. In het ontwerpbesluit is aangegeven dat het college, vanwege de specifieke omstandigheden op de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang, van mening is dat, verwijzend naar paragraaf 5.4.4 en 6.2.2 KPN geen van deze gedragingen in aanwezigheid van een non-discriminatieverplichting kan uitvoeren. ACT geeft aan dat KPN in staat zal zijn te hoge tarieven te hanteren en intern, via boekhoudkundige oplossingen, lagere tarieven. Het college heeft evenwel in randnummers 327 tot en met 333 van het ontwerpbesluit beargumenteerd waarom non-discriminatie er voor zorgt dat KPN geen excessieve tarieven kan hanteren. Een verplichting tot kostenoriëntatie is daarom niet noodzakelijk en proportioneel. Het college zal echter vanuit haar wettelijke plicht de markt blijven monitoren. Indien KPN de tarieven excessief laat stijgen kan het college overgaan tot een nieuwe marktanalyse uit te voeren.
485. **MCI** stelt dat de lange looptijd (3 tot 5 jaar) van retailcontracten niet gelden voor wholesalecontracten. Aanbieders kunnen de onderliggende wholesale-bouwstenen vaker veranderen. MCI stelt tevens dat de stelling van het college, dat aanbieders bij rooftprijzen van KPN niet snel zullen uittreden wegens de verzonken kosten, niet realistisch is. Ook lijkt dit niet consistent met andere besluiten.
486. Het **college** is van mening dat MCI op zichzelf gelijk heeft dat ieder van deze argumenten op zich niet voldoende is om tot de conclusie te komen dat rooftprijzen niet aannemelijk zijn. Echter, deze argumenten maken rooftprijzen wel een minder aantrekkelijke en in ieder geval een meer riskante strategie voor KPN omdat zij een hoger risico heeft dat zij de kosten die gepaard gaan met een strategie van rooftprijzen, niet kan terugverdienen. Indien de argumenten in paragraaf 6.4.4 worden bekeken in het licht van de uiteindelijk opgelegde verplichting tot non-discriminatie is het echter wel duidelijk dat rooftprijzen geen aantrekkelijke strategie is voor KPN. Zij moet niet alleen kosten maken voor het hanteren van rooftprijzen, maar verliest daarnaast retailinkomsten uit de onderliggende retailmarkten. Immers, KPN moet op de retailmarkten concurrentie aangaan met andere aanbieders die de hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang dan zouden kunnen afnemen bij KPN tegen rooftprijzen. Hierdoor zou KPN zichzelf op de onderliggende retailmarkten benadelen. Daarom vormen rooftprijzen, mede gezien in het licht van de non-discriminatieverplichting, geen economisch rationele strategie voor KPN.
487. **MCI** stelt dat de huidige tarieven van KPN excessief zijn. Indien het college zich baseert op een vergelijking tussen KPN's tarieven en de tarieven van alternatieve aanbieders dan acht MCI dit geen goede maatstaf aangezien deze alternatieve aanbieders de tarieven van KPN zullen volgen.
488. Het **college** merkt op dat het college duurzame concurrentie dient te bevorderen. Dit kan voornamelijk worden gerealiseerd door infrastructuurconcurrentie. Het college interpreteert de reactie van MCI als zou er een oligopolie bestaan voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang. Naast het gegeven dat een oligopolie moeilijk is aan te tonen en MCI hiervoor geen bewijs aanvoert, lijkt het niet in het belang van duurzame concurrentie om de

tarieven van nieuwe toetreders indirect op kostenoriëntatie te reguleren. Het college is van mening dat de verschillende aanbieders op tarief concurreren en daarom geen excessieve tarieven zullen hanteren. Zoals in randnummer 484 is aangegeven zal het college de tariefontwikkelingen blijven monitoren.

489. **MCI** verlangt in het kader van de verplichting tot het leveren van collocatie dat KPN eveneens verplicht wordt tot het leveren of het toestaan van doorbekabeling in en tussen de verschillende ruimtes in een collocatie, ongeacht de type dienst waarvoor deze doorbekabeling wordt gebruikt.
490. De door het **college** opgelegde verplichtingen aan KPN houden in dat KPN geen onnodige beperkingen mag opleggen. Immers, een onnodige beperking leidt tot een verminderde effectiviteit van de toegangsverplichting en beperkt daarmee de mededinging. Waar dergelijke onnodige beperkingen ertoe leiden dat de kosten voor marktpartijen om te interconnecteren worden verhoogd heeft het college de mogelijkheid om in te grijpen. Hiertoe is bijvoorbeeld aanleiding indien andere aanbieders op kosten zouden worden gejaagd door een weigering van KPN om faciliteiten voor meerdere doeleinden te gebruiken, en tevens aannemelijk kan worden gemaakt dat dit een onnodige belemmering vormt.
491. **MCI** verzoekt dat het college de referentie aanbidding actief toetst en in een formeel besluit vaststelt of de aanbidding voldoet aan de Tw. Tevens dient bij het niet voldoen gehandhaafd te worden.
492. Het **college** merkt allereerst op dat KPN ervoor dient te zorgen dat het referentieaanbod voldoet aan de in dit besluit opgelegde verplichtingen. Het college onderschrijft dat het haar taak is dit te toetsen. Zo heeft het college de bevoegdheid om op grond van artikel 6a.9, vierde lid, van de Tw om, indien het referentie-aanbod van KPN niet overeenstemt met de opgelegde verplichtingen, KPN aanwijzingen te geven met betrekking tot de aan te brengen wijzigingen. Wijzigingen door KPN die als doel hebben de afname van de gereguleerde dienst te bemoeilijken, zijn niet toegestaan op grond van het voorschrift dat toegangsdiensten niet strategisch mogen worden ontworpen. De verplichting om een referentie-aanbod bekend te maken geldt gedurende de gehele reguleringsperiode. Een bepaling dat deze voor een periode van drie jaar geldt is derhalve overbodig.
493. **MCI** stelt dat het van groot belang is dat wordt bepaald dat de kwaliteit, inclusief leveringstermijnen, en overige voorwaarden zodanig moeten zijn dat afnemers daarmee ten minste identieke aanbiedingen kunnen doen als de retailorganisatie van KPN. Expliciete kwaliteitsparameters en een resultaatsverplichting om deze te bereiken moeten onderdeel uitmaken van de dienstverlening, inclusief hieraan gekoppelde boetebedingen in geval van niet-nakoming van de gestelde normen. Bovendien is het volgens MCI van groot belang dat het college KPN verplicht tot periodieke rapportage over dergelijke kwaliteitsnormen.
494. Uitgangspunt bij de toegangsvormen die het **college** oplegt is dat het andere aanbieders in staat stelt om op vergelijkbare wijze met KPN te kunnen concurreren op de retailmarkt. Vanuit deze achtergrond worden de minimale kwaliteitseisen aan KPN opgelegd, die dienen te worden vastgelegd in het referentie-aanbod. Indien KPN toegang biedt onder voorwaarden die marktpartijen op achterstand zetten ten opzichte van KPN, is KPN in overtreding en zal het

college zonodig handhavend optreden. Dit geldt ook wanneer KPN haar retaildienst met een hogere kwaliteit levert en die niet non-discriminatoir ter beschikking stelt aan andere marktpartijen. Het college merkt op dat hij over voldoende wettelijke bevoegdheden beschikt om informatie te vragen voor rapportages die nodig zijn om de naleving van die kwaliteitsgaranties te monitoren.⁷ Hiervoor is dus geen afzonderlijke verplichting noodzakelijk.

8.6 Afbakening van de relevante markt voor breedband internettoegang

495. Meerdere partijen geven aan de afbakening van de relevante retailmarkt voor breedband internettoegang niet te onderschrijven. Hieronder gaat het college nader in op de specifieke argumenten van marktpartijen

Afbakening naar gebruikersgroepen

496. **Educatief Net B.V.** (Educatief Net) stelt dat een onderscheid naar relevante markten voor breedband internettoegang voor consumenten en zakelijke gebruikers moet worden gemaakt. De overboekingsfactor is hiervoor in het bijzonder een bepalend element, aldus Educatief Net. Priority Telecom acht de overboekingsfactor eveneens een bepalend element bij het onderscheid tussen zakelijke gebruikers en consumenten.⁸ Educatief Net geeft aan dat het door het college in het besluit wholesale breedbandtoegang gehanteerde onderscheid tussen lage kwaliteit en hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang op basis van de overboekingsfactor, één van de onderscheidende elementen vormt om de retailmarkt voor breedband internettoegang te onderscheiden in afzonderlijke markten voor consumenten en zakelijke gebruikers.
497. **Educatief Net** stelt dat uit de door OPTA geconstateerde productketen alleen blijkt dat tal van aanbieders voor een product met een hogere overboekingsfactor een hogere prijs kunnen vragen. OPTA gaat uit van een enkele markt omdat zich een zekere mate van substitutie voor kan doen tussen producten gericht op particuliere markt en producten gericht op een zakelijke markt, zodat een substitutieketen zou ontstaan. Met deze analyse miskent OPTA volgens Educatief Net dat enkel het bestaan van in prijs en kwaliteit oplopende aanbiedingen nog niet de conclusie rechtvaardigt dat zich noodzakelijkerwijs een substitutieketen voordoet. Het bestaan van deze verschillen aan de aanbodzijde duidt hoogstens op het tegendeel: het bestaan van verschillende behoeften en wensen van afnemers en een navenant uiteenlopende bereidheid van afnemers overeenkomstig verschillende prijzen te betalen.
498. De vraag of zich een substitutieketen voordoet die rechtvaardigt dat verschillende producten niettemin tot dezelfde markt moeten worden gerekend, dient te worden beoordeeld vanuit de *vraagzijde* aldus **Educatief Net**. Een dergelijke beoordeling dient bevestigd te worden door relevant feiten materiaal. Een dergelijk feitelijk onderzoek ontbreekt echter. OPTA definieert in de eerste plaats niet welke gebruikers volgens haar tot de zakelijke gebruikers moeten worden gerekend, welke gebruikers als consument moeten worden aangemerkt en in hoeverre er overlap is tussen beiden.

⁷ Op basis van artikel 18.7 van de Tw.

⁸ Gezien het feit dat de hieronder behandelde argumenten van Priority Telecom exact overeenkomen met die van Educatief Net volstaat het college met het behandelen van de argumenten van Educatief Net.

499. **Educatief Net** stelt in de tweede plaats dat het gegeven dat voor bepaalde kleinzakelijke gebruikers consumenten producten mogelijk substitueerbaar zijn voor zakelijke producten, niet betekent dat dit voor de grootzakelijke gebruikers eveneens geldt. Bovendien blijkt niet in welke mate de door OPTA gesignaleerde substitutie plaatsvindt tussen aanbiedingen met een overboekingsfactor van 1:20 en hogere en lagere overboekingsfactoren, ofwel tussen de door haar wel onderscheiden markten op wholesale niveau. De benadering van OPTA is volgens Educatief Net dan ook tegenstrijdig, nu OPTA wel van de juiste invalshoek (de positie van de vragers) uitgaat waar zij vaststelt dat het belang van de overboekingsfactor [op wholesale niveau] leidt tot afzonderlijke markten.
500. **Educatief Net** is het verder oneens met de stelling van het college dat het gegeven dat hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang maar 3% van de afzet op de internet markt uitmaakt, dit hoge kwaliteit als bouwsteen voor de markt voor breedband internettoegang minder relevant maakt. Ook een kleine groep vragers kan immers een relevante markt uitmaken. Een omzet gerelateerde marktafbakening zou dit onderstrepen.
501. **Educatief Net** verwijst ter onderbouwing van het voorgaande verder naar een tweetal rapporten. Deze rapportages hebben een rol gespeeld in de procedure nl.tree c.s./KPN (inzake het scholenaanbod van KPN).⁹
502. **Educatief Net** geeft daarnaast aan dat de Europese Commissie in zijn beschikkingenpraktijk heeft bevestigd dat de breedband internettoegangsmarkten nader moeten worden afgebakend in markten voor particuliere gebruikers en markten voor zakelijke gebruikers. Dit uitgangspunt is eveneens neergelegd in de Richtsnoeren Aanmerkelijke Marktmacht.
503. **Casema** stelt eveneens dat de retailmarkt onderscheiden moet worden naar (groot) zakelijke klanten en particulieren. De reden hiervoor is dat 40% van de bedrijven is gevestigd op bedrijventerreinen waar in de regel geen kabelaan sluitingen zijn, aldus Casema.
504. **ACT** vraagt zich af waarom het college niet heeft gekozen voor een afbakening consument-zakelijk. Dit ligt voor de hand zowel op basis van het onderscheid dat het college in de markt voor WBT aanbrengt als op basis van de sterk verschillende product karakteristieken. Voorzover de leden van ACT kunnen inschatten, komt het vrijwel niet voor dat consumenten voor privé gebruik een breedband verbinding op basis van hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang aanschaffen. De producten zijn geen onderlinge substituten vanwege de sterk uiteenlopende productspecificaties. De door het college gehanteerde overboekingsfactor op wholesale niveau zou ook doorgetrokken dienen te worden naar de retailmarkt voor breedband internet.
505. Het **college** constateert dat partijen in het aangeven van een onderscheid tussen een particuliere en een zakelijke markt niet eenduidig zijn of elkaar tegenspreken. Een aantal partijen geeft aan dat een belangrijk onderscheidend kenmerk met name zou zijn gelegen in de gehanteerde *overboekingsfactor* voor producten die op de dan te onderscheiden markten worden aangeboden.

⁹ Logica CMG, 17 december 2003 en RBB Economics, 5 januari 2004.

506. Hierbij merkt het **college** allereerst op dat het door Educatief Net ingebrachte rapport van RBB aangeeft dat het waarschijnlijk is dat scholen zich op een zakelijke markt zouden bevinden en niet op een markt voor consumenten en zakelijke gebruikers tezamen.¹⁰ Het college constateert echter dat het thans door KPN in de markt gezette scholenaanbod voor wat betreft instellingen uit het primair onderwijs een aanbod kent dat qua overboekingsfactor gelijk is aan het aanbod dat ook door consumenten kan worden afgenomen, namelijk Fast ADSL. Scholen uit voortgezet onderwijs en instellingen voor volwassenen educatie kunnen kiezen voor Fast ADSL, of er kan gekozen worden voor een Office DSL aanbieding of een maatwerk oplossing. Het voorgaande ondersteunt de conclusie van het college dat in het algemeen geldt dat het type product dat wordt afgenomen vooral afhankelijk is van de toepassing die de afnemer met zijn internetverbinding beoogt. Dit is niet per se gerelateerd aan de persoon van de afnemer en/of de grootte van een bedrijf in termen van werknemers of omzet.
507. Ten aanzien van het onderscheid naar overboekingsfactor heeft het **college** reeds vastgesteld dat er op basis van het retail aanbod, uitgesplitst naar bijbehorende overboekingsfactoren in de markt, geen eenduidige scheidslijn is vast te stellen op basis waarvan een onderscheid in markten met retailproducten met een hoge danwel lage overboekingsfactor is gerechtvaardigd. Producten met verschillende overboekingsfactoren worden tegen dezelfde prijzen in de markt gezet zodat voor hetzelfde tarief producten met uiteenlopende overboekingsfactoren kunnen worden afgenomen.¹¹
508. Tegelijkertijd constateert het **college** dat er op de retailmarkt voor breedband internettoegang sprake is van een lange 'keten' van producten die per opvolgend prijsniveau zeer dicht bij elkaar liggen. Diverse aanbieders van DSL producten zijn door de hele keten actief, waarbij dus eveneens marketing en after sales services door dezelfde onderneming of concern worden geleverd. Het feit dat bedrijven daarvoor intern verschillende afzetkanalen hebben ingericht doet aan het voorgaande niet af. Het college heeft ook geen aanwijzing dat er sprake zou zijn van een 'gat' in de keten op basis waarvan een onderscheid tussen producten gerechtvaardigd is.
509. Het **college** onderschrijft in zijn algemeenheid dat bij marktafbakening een kleine groep gebruikers op basis van omzet een aparte markt kan vormen. Het college heeft echter geen onderscheidend kenmerk gevonden op basis waarvan hij tot een nadere afbakening van relevante markten gerelateerd aan overboekingsfactoren zou kunnen komen. Een verdere uitsplitsing op basis van omzet is derhalve overbodig.
510. Partijen hebben aangegeven dat het college op het niveau van de markt voor wholesale breedband toegang wel een onderscheid heeft gemaakt op basis van de overboekingsfactor, namelijk in een markt voor hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en een markt voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang. Het **college** merkt hierover op dat dit onderscheid is ingegeven doordat op wholesale niveau deze producten (hoge en lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang) duidelijk onderscheiden in de markt worden getarifeerd, waarbij voor datacommunicatiediensten en VoDSL geldt dat lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang

¹⁰ RBB, p. 2

¹¹ Zie figuur 4 van bijlage 2 in het ontwerpbesluit.

überhaupt geen bouwsteen vormt. Voor datacommunicatiediensten en VoDSL vormt hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang wel een bouwsteen en dat wordt gereguleerd. Voor breedband internettoegang geldt dat dit via zowel op basis van hoge als lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang wordt geleverd.

511. De beperkte dekking van kabelbedrijven op bedrijventerreinen vormt tenslotte voor het **college** ook geen reden om tot een marktafbakening voor zakelijke en particuliere afnemers te komen. Bedrijven die wel in woongebieden zijn gelokaliseerd kunnen in ieder geval wel door kabelbedrijven worden bediend. Het college wordt hierin bevestigd door de antwoorden van kabelbedrijven die zichzelf als alternatief zien voor breedbandaanbiedingen over DSL voor zakelijke klanten.
512. Het **college** heeft in zijn analyse geconstateerd dat breedband internettoegang een uitgebreid aanbod kent en er derhalve feitelijk sprake is van een keten van elkaar opeenvolgende producten. Het college heeft dit gegeven vervolgens gebruikt om te bezien of vanuit de vraagzijde substitutie tussen het aanbod van die producten mogelijk is. Gezien de zeer dichtbij elkaar liggende prijzen van die elkaar opvolgende producten is het college in zijn analyse tot de conclusie gekomen dat deze producten substitueerbaar zijn. Dat het college daarbij niet definieert welke gebruikers als zakelijk dan wel als consument moeten worden aangemerkt volgt logischerwijze uit het volgende. Zakelijke gebruikers en consumenten kunnen dezelfde type producten afnemen en doen dat ook. Het college concludeert dat van prijsdiscriminatie tussen afnemersgroepen geen sprake is en dat er daarom geen zinvol onderscheid valt te maken.
513. Het **college** heeft bij zijn analyse kennis genomen van de relevante beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de uitgangspunten die tot betreffende besluitvorming hebben geleid. De beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie ontslaat het college echter niet van de verplichting om zelf op basis van eigen onderzoek vast te stellen hoe de marktsituatie in Nederland is. Uit de beschikkingenpraktijk volgt immers geenszins dat de situatie in die landen en daarmee de uitkomsten zonder meer van toepassing zijn op de Nederlandse situatie. Ditzelfde geldt ten aanzien van de Richtsnoeren Aanmerkelijke Marktmacht. Deze geven de kaders voor de uit te voeren marktanalyse maar preluderen daarbij geenszins op de uitkomsten van deze analyse. Het college stelt vast dat de bovengenoemde beschikkingenpraktijk en de Richtsnoeren het college niet verplichten tot het onderscheiden van markten voor particuliere gebruikers en markten voor zakelijke gebruikers, maar dat het college in staat stelt om een dergelijk onderscheid te maken, indien dit een zinvol onderscheid is. Het college heeft echter in randnummer 512 al gesteld dat er in de Nederlandse situatie geen zinvol onderscheid valt te maken op basis van afnemersgroepen.
514. Op grond van bovenstaande argumenten ziet het college geen aanleiding om de marktafbakening voor retail breedband internettoegang te herzien.

Geografische marktafbakening

515. **ACT** geeft aan dat OPTA onvoldoende rekening heeft gehouden met geografische verschillen. In minimaal 30% van Nederland kan de consument slechts kiezen uit KPN en de lokale kabelaanbieder.

516. Het **college** merkt op dat verschillen in geografische uitrol niet leiden tot verschillen in prijsstelling of aangeboden kwaliteit op de eindgebruikersmarkt. Dit staat ook beschreven in bijlage 2 van het ontwerpbesluit. Er is dan ook geen reden om tot een nader onderscheid in geografische markten over te gaan. Geografische marktafbakening heeft immers als uitgangspunt dat de concurrentievoorwaarden in betreffende regio's niet homogeen zijn. Nu hiervan niet is gebleken tussen verschillende regio's in Nederland – de tarieven en aangeboden kwaliteit zijn immers gelijk in heel Nederland – is er derhalve geen grond om tot een engere geografische marktafbakening te komen.

Overig

517. **ACT** is van mening dat er onvoldoende aandacht is voor de analyse van de retailmarkt. Het college gaat voorbij aan de situatie dat er op de markt sprake is van een acquisitie- en een overstapmarkt. Afnemers van breedband internettoegang worden geconfronteerd met hoge overstapkosten waaruit blijkt dat er sprake is van hoge overstapdrempels. ACT heeft een berekening bijgevoegd waarvan de conclusie is dat, in het geval KPN zijn prijzen met 10% zou verhogen, voor een klant van KPN die een dienst afneemt van € 15,- per maand en zou willen overstappen naar een aanbieder van internet via de kabel, de terugverdientijd 4,7 jaar bedraagt. ACT onderbouwt de berekening als volgt: de overstapkosten voor installatie en het modem bedragen € 84,95. Uitgaande van een prijsverhoging van € 1,50 per maand zou een klant er 4,7 jaar over doen om deze kosten terug te verdienen.

518. Voorzover op modems en installatiekosten kortingen worden verleend en deze dus door de aanbieders worden gedragen, is **ACT** van mening dat er aanzienlijke overstapkosten zijn die bij een SSNIP-test moeten worden meegewogen. Installatiekosten worden veelal niet in rekening gebracht bij doe het zelf pakketten. De praktijk leert dat eindgebruikers juist bereid zijn om een eenmalig bedrag te betalen. Het college besteedt hier volgens ACT echter geen aandacht aan. Daarnaast nemen eindgebruikers in plaats van 'gratis modems' steeds vaker geavanceerde modem apparatuur af, waaraan wel degelijk eenmalige kosten zijn verbonden. Ook als slechts een deel van deze kosten in rekening worden gebracht, zal een overstap bij een 10% prijsverhoging zelden interessant zijn. Daarbij heeft het college geen aandacht besteed aan niet-financiële overstapdrempels, bijvoorbeeld het zelf installeren van een modem of een dag vrij nemen om een monteur de installatie te laten doen. Ten slotte is het weliswaar zo dat bepaalde aanbieders 100% korting verlenen op de eenmalige kosten, maar volgens ACT is dat eerder een teken van marktfalen. KPN rekent immers op wholesale niveau (onnodig) hoge kosten, terwijl zij haar eindgebruikers geen kosten in rekening brengt.

519. De conclusie van **ACT** is dat het niet evident is dat kabel en DSL inderdaad tot dezelfde retailmarkt behoren. Bij de initiële aanschaf is er weliswaar keuze tussen DSL of kabel, echter heeft de klant eenmaal gekozen voor kabel of DSL dan krijgt hij te maken met aanzienlijke drempels bij een overstap.

520. Het **college** merkt ten aanzien van de door het ACT geconstateerde overstapdrempels op dat dit één van de factoren voor afnemers kan zijn, die meewegen bij de beslissing of een product al dan niet inwisselbaar is met een ander product. In hoeverre de overstapdrempels bepalend zijn voor de definitieve product-marktafbakening hangt echter af van de waarde die de afnemers aan deze drempels toekennen. Uit onderzoek van het college blijkt dat de overstapkosten voor een

aanzienlijk deel van de consumenten niet als voldoende belemmerend wordt ervaren om een overstap achterwege te laten.¹² Uit hetzelfde onderzoek blijkt dat mogelijke redenen om bijvoorbeeld over te stappen op internettoegang via DSL gelegen zijn in de (perceptie) van een betere betrouwbaarheid, een snellere internetverbinding of een betere serviceverlening. Overstapkosten vormen derhalve niet de hoge overstapdrempel zoals ACT betoogt. Het college constateert dan ook dat eventuele overstapkosten geen overstapdrempels zijn. Het college ziet daarom geen aanleiding om tot een andere marktafbakening te komen. Overigens ziet het college in het aanbieden van kortingen op aansluitingen geen reden om uit te gaan van marktfalen, maar juist van concurrentie, omdat meerdere aanbieders dergelijke of vergelijkbare kortingen aanbieden.¹³ Het college deelt daarbij niet de opvatting dat er op wholesale niveau sprake zou zijn van onnodig hoge kosten die KPN rekent. Het college heeft de kosten die KPN zijn wholesale afnemers mag berekenen voor toegang tot de aansluitlijn immers in de voorgaande reguleringsperiode op kostenoriëntatie beoordeeld. Dit zal ook in de komende reguleringsperiode het geval zijn.

8.7 Partijen met aanmerkelijke marktmacht

Marktaandeel

521. **ACT** geeft aan dat het marktaandeel van KPN tegen de 50% ligt. Het college zou onvoldoende rekening houden met deze stijgende trend en heeft derhalve geen forward looking approach gehanteerd. Had hij dit wel gedaan, dan had het college alleen al op basis van het marktaandeel moeten concluderen dat KPN een dominante partij is of dit gedurende de komende reguleringsperiode van drie jaar wordt. Het belang van een forward looking approach is van groot belang gezien de strategie van KPN om kleine ISP's of (een gedeelte van) hun klantenbestand over te nemen. Het probleem van deze strategie is dat er sprake is van ongelijkheid van partijen. KPN is bijvoorbeeld op basis van de agentuurovereenkomst van mening dat alleen zij – en niet de ISP's die internettoegang verlenen, klanten mag benaderen om over te stappen naar een ander netwerk.
522. Het **college** heeft een forward looking approach gehanteerd waarbij rekening is gehouden met ontwikkelingen inzake marktaandeel, triple play en schaalvergroting.¹⁴ De marktaandelen zijn gemeten naar het aantal aansluitingen dat partijen leveren. De huidige abonnementen die onder agentuur zijn afgesloten, zijn daarmee bij het marktaandeel van KPN gebracht aangezien KPN bij de agentuurovereenkomst de aansluiting levert. Het college komt in de analyse van het marktaandeel in het ontwerpbesluit op een aandeel van 44% voor KPN. Naar aanleiding van de consultatie heeft het college het aantal aansluitingen in het eerste en tweede kwartaal van 2005 bij aanbieders opgevraagd. Hieruit blijkt dat het marktaandeel van KPN inderdaad 44% bedraagt. Dit komt overeen met de prognose die het college had uitgevoerd in bijlage 3 van het ontwerpbesluit (figuur 2). De prognose voor 2008 in het ontwerpbesluit bedraagt 48%. Deze prognose blijft bij toepassing van de nieuwe gegevens onveranderd. Concluderend kan worden gezegd dat KPN een stabiel marktaandeel kent dat gedurende de reguleringsperiode lager zal

¹² Besluit markt voor ontbundelde toegang op wholesale niveau, bijlage 2 randnummer 8

¹³ Met een korting vergelijkbare actie zoals het aanbod van een gratis webcam of modem

¹⁴ Besluit analyse van de Wholesalemarkt voor ontbundelde toegang, bijlage 2

zijn dan 50%. Het college ziet in deze marktaandelen geen aanleiding om te moeten concluderen dat KPN een dominante partij is op de retailmarkt voor breedband internettoegang.

523. Overigens merkt het **college** op dat het marktaandeel één van de factoren is waarmee rekening moet worden gehouden bij het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht. Het marktaandeel is echter op zichzelf niet bepalend. Overige factoren moeten ook in de afweging te worden betrokken. Het criterium voor dominantie is of een partij zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn klanten kan gedragen. Van dit risico is naar het oordeel van het college op de retailmarkt geen sprake, gegeven de door het college voorgestane wholesale regulering van KPN van de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN. Regulering van de markt van ontbundelde toegang heeft ertoe geleid dat op de huidige markt voor breedband internettoegang tientallen ISP's actief zijn. Uit onderzoek van het college blijkt dat thans 70% van de Nederlandse huishoudens in ieder geval de keuze heeft uit KPN en één, maar vaak ook drie, alternatieve aanbieders. Het grote aantal actieve partijen heeft geleid tot hevige concurrentie op de prijzen en de kwaliteit binnen de hele productmarkt. Dit heeft geresulteerd in tal van aanbiedingen aan eindgebruikers op breedband diensten, zoals het gratis verschaffen van de modem, het niet in rekening brengen van aansluitkosten en lage instapprijzen. Het college heeft dan ook geconcludeerd dat KPN zich niet in belangrijke mate onafhankelijk van haar afnemers of concurrenten kan gedragen.

Toetredingsdrempels

524. **ACT** is het oneens met de conclusie van het college dat onder de huidige regulering (ULL) geen sprake is van toetredingsbarrières tot de markt voor breedband internettoegang. KPN biedt als enige partij landelijke dekking, terwijl alternatieve DSL aanbieders tot ongeveer 70% van de Nederlandse huishoudens kunnen bereiken. Het college lijkt het onderscheid dat zij in de wholesalemarkt maakt (lage vs. hoge kwaliteit) in de retailmarkt te negeren en op basis daarvan tot de conclusie te komen dat er alternatieven zijn voor KPN. In ieder geval is het zo dat partijen voor een landelijk dekkend aanbod afhankelijk zijn en blijven van KPN.

525. **ACT** geeft aan dat het college de hoge investeringen miskent die nodig zijn voor ontbundelde toegang door te stellen dat er geen toetredingsdrempels zijn tot de markt. ACT begrijpt niet dat het college geen rekening houdt met investeringen die noodzakelijk zijn voor toetreding tot de retailmarkt zoals netwerkkosten, marketing, distributie etc.

526. Het **college** heeft geconstateerd dat er op de retailmarkt voor breedband internettoegang tientallen ISP's actief zijn en er sprake is van hevige concurrentie op de prijs en kwaliteit van de aangeboden producten. Daarbij maken partijen zoals KPN, Chello, Tiscali, Versatel en Essent grotendeels gebruik van een eigen netwerk. Deze partijen, maar ook anderen zoals Wanadoo investeren in de verdere uitrol en het upgraden van hun eigen infrastructuur. Dat de aanleg van eigen infrastructuur gepaard gaat met noodzakelijke investeringen doet hier niet aan af. Tegen deze achtergrond oordeelt het college dat er, gegeven de regulering van de ontbundelde aansluitlijn, geen sprake is van toetredingsdrempels tot de markt voor breedband internettoegang.

Overstapdrempels

527. **ACT** benoemt zowel telco-telco migratie als nummerportabiliteit als overstapdrempel. Een

combinatie van beide processen is niet mogelijk. Het is voor een klant daarom niet eenvoudig om over te stappen naar een andere aanbieder, volgens ACT. ACT geeft hierbij een rekenvoorbeeld met als conclusie dat gegeven de migratiekosten van een SIP stift migratie van € 39.95 een overstap [uitgaande van een prijsverhoging van 10% op een aanbod van € 15] pas na 2,2 jaar wordt terugverdiend.

528. Het **college** heeft in mei 2004 een besluit genomen in het geschil tussen bbned, Versatel en Tiscali enerzijds en KPN anderzijds over telco-telco migratie.¹⁵ Op basis van dat besluit heeft KPN in haar wholesale-aanbod een procedure voor telco-telco migratie opgenomen. In zijn goedkeuringsbesluit kostentoekeningssystematiek telco-telco migratie van 3 maart 2005 heeft het college goedkeuring verleend aan de door KPN voorgestelde tarieven. Het college is niets bekend over dat deze wholesale-procedure en de daarbij goedgekeurde tarieven van KPN leiden tot overstapdrempels voor eindgebruikers.
- In randnummer 605 van het ontwerpbesluit marktanalyse voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk heeft het college reeds aangegeven het gewenst te vinden voor eindgebruikers met het oog op de ontwikkeling van nieuwe diensten, dat het lijnporteringsproces wordt afgestemd op het nummerporteringsproces. Hierover is overleg gaande tussen marktpartijen. Het college is niet van oordeel dat hier reeds sprake is van overstapdrempels.
- In randnummer 520 heeft het college reeds geconstateerd dat er ook geen overstapdrempels zijn voor eindgebruikers die willen overstappen van kabel naar DSL en vice versa.
- Het college deelt het standpunt van ACT dat er overstapdrempels zijn voor eindgebruikers in de markt voor breedband internettoegang daarom niet.

8.8 Mededingingsproblemen en verplichtingen

8.8.1 Doelstellingen van regulering

529. Het college heeft in zijn ontwerpbesluit aangegeven dat hij de retailmarkt voor breedband internettoegang concurrerend acht. Derhalve heeft hij geen verplichtingen op de retailmarkt opgelegd. Hieronder zal het college ingaan op mededingingsbeperkende gedragingen zoals deze door partijen naar voren zijn gebracht. Het college vat dit hieronder samen onder price squeeze, waarbij ook aandacht wordt besteed aan gedragingen voortvloeiend uit het agentuurmodel dat partijen met KPN zijn overeengekomen.

8.8.2 Price squeeze

530. **ACT** stelt dat KPN zeer lage prijzen hanteert bij verschillende abonnementsvormen. Niet-KPN ISP's zijn niet in staat om dit aanbod tegen gelijke (financiële) voorwaarden in de markt te zetten. Daarnaast brengt KPN concurrenten vergoedingen van € 39,95 in rekening voor telco-telco migraties. ISP's van KPN zelf rekenen echter geen vergoeding voor eindgebruikers die naar haar netwerk migreren, terwijl zij vergelijkbare interne kosten doorberekend (zouden moeten) krijgen.
531. Het **college** merkt hierover op dat bij telco-telco migratie sprake is van een fysieke handeling in de nummercentrale die ertoe leidt dat de ontbundelde toegang van een telco wordt

¹⁵ Besluit in het geschil tussen bbned/Tiscali/Versatel en KPN over migratie ontbundelde aansluitlijnen, d.d. 6 mei 2004, kenmerk: OPTA/IBT/2004/200995, vindplaats: www.opta.nl

overgedragen aan de andere. Aan deze handeling zijn kosten verbonden. Bij migratie van de ene ISP van KPN naar de andere blijft de toegang bij dezelfde telco, te weten: KPN. Nu er geen telco-telco migratie plaats vindt, is er ook geen aanleiding kosten in rekening te brengen. Indien er wel sprake is van telco-telco migratie, waarbij de eindgebruiker migreert van een ander netwerk dan KPN naar het netwerk van KPN, dient KPN ook aan haar dochterorganisatie een vergoeding in rekening te brengen (de nu geldende tarieven zijn € 29,37 voor een telco-telco migratie van een volledig ontbundelde aansluitlijn en € 39,87 voor een telco-telco migratie van een gedeelde ontbundelde aansluitlijn¹⁶). Dat vervolgens de ISP's van KPN ervoor kiezen dit niet (direct) door te berekenen aan haar eindgebruikers is een commerciële keuze van de KPN ISP's. Naar het oordeel van het college kunnen andere ISP's ook zelf bepalen wat zij aan haar eindgebruikers in rekening willen brengen. Het college ziet niet in wat hier de mededingingsbeperkende gedraging van KPN zou zijn.

Agentuurmodel

532. Een andere vorm van misbruik is volgens **ACT** het verhinderen door KPN van migraties van klanten die op basis van het agentuurmodel zijn geworven naar het eigen netwerk van een DSL aanbieder. Bij de FIA overeenkomst behorende bij de ADSL van KPN agentuurovereenkomst brengt zij ISP's tarieven in rekening op wholesale niveau die zij haar eigen ISP's niet in rekening brengt.
533. Het **college** overweegt hier het volgende. Het agentuurmodel is een commerciële overeenkomst tussen partijen. Deze overeenkomst is niet tot stand gekomen op basis van de regulering voortvloeiend uit de Telecommunicatiewet. Het college treedt dan ook niet in de beoordeling van deze overeenkomst. Het college heeft vastgesteld dat de retailmarkt voor breedband internettoegang concurrerend is en dat KPN niet dominant is op deze markt. KPN kan zich op deze retailmarkt dan ook niet mededingingsbeperkend gedragen. Daarbij heeft het college geen aanwijzingen dat KPN zich op deze retailmarkt mededingingsbeperkend gedraagt.

8.9 Conclusie

534. Het college komt naar aanleiding van de consultatie tot de conclusie dat de volgende punten dienen te worden aangepast in het ontwerpbesluit:
- Het college zal het ontwerpbesluit aanpassen door aan te geven dat *“MCI en bbned geven ook aan dat er prijsdruk van kabel op wholesale-breedbandtoegang aanwezig is, al dan niet indirect via de retailtarieven. Versatel stelt dat kabel en DSL slechts beperkt substitueerbaar zijn. Alleen Tiscali stelt dat beide producten niet of nauwelijks substitueerbaar zijn door de verticale exploitatie van het kabelnetwerk.”*
 - Het college zal Wanadoo niet als afnemer van wholesale-breedbandtoegang bij Casema beschouwen.
 - Het college zal de toelichting op de definitie van de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang aanpassen in *“De producten in de markt van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang kennen in het algemeen upstream- en downstreamsnelheden tussen 128 kbit/s tot 2304 kbit/s, een set van gegarandeerde capaciteiten (overboeking van 1:1 tot*

¹⁶ Goedkeuringsbesluit kostentoekeningssystematiek Telco-Telco migratie periode 2004-2005, d.d. 3 maart 2005, kenmerk: OPTA/IBT/2005/200683, vindplaats: www.opta.nl

en met 1:20) en levering over kabel en DSL-netwerken die hiervoor geschikt zijn."

- Het college zal aan de toegangsverplichting gekoppelde voorschrift dat "*reeds verleende toegang tot faciliteiten niet mag worden ingetrokken*" in randnummer 314 en IX van het ontwerp besluit vervangen door het voorschrift dat: "*reeds verleende toegang tot faciliteiten mag niet worden ingetrokken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd. KPN dient een voornemen tot intrekking vooraf, met een termijn van minimaal drie maanden voorafgaand aan de voorgenomen datum van intrekking, aan het college over te leggen.*"