

Verlag van een bijeenkomst over het afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen georganiseerd door de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit

Datum: 18 januari 2005

Aanwezig:

- vertegenwoordigers van marktpartijen (ACT, BT, Casema, Colt Telecom, Enertel, Essent kabelcom, KPN, MCI Nederland, Orange, Priority Telecom, Scarlet Telecom, Tele2, Tiscali, T-Mobile, UPC, Vodafone, VECAI),
- advocaten en adviseurs (Bird & Bird, Houthoff Buruma, Freshfields, RBB Economics, Stratix)
- gemeentes (Gemeente Amsterdam, Gemeente Rotterdam)
- vertegenwoordigers van overheid (Ministerie van Economische Zaken, Nederlandse Mededingingsautoriteit)

Op 18 januari 2005 organiseerde de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit een bijeenkomst voor marktpartijen over het afwegingskader inzake de proportionaliteit van verplichtingen. De bijeenkomst had tot doel om voorafgaand aan de publicatie van de ontwerp marktanalyse besluiten een gedachtenwisseling met marktpartijen te hebben over de voorgenomen invulling van de wettelijke vereisten rond passendheid van verplichtingen. Hierna worden de belangrijkste onderwerpen beschreven die in deze bijeenkomst aan de orde kwamen.

Invulling van proportionaliteit

De vertegenwoordigers van OPTA gaven een korte toelichting op de invulling van het begrip proportionaliteit. Naar aanleiding daarvan werden de volgende punten naar voren gebracht:

- in hoeverre is deze invulling afgestemd met Europese Commissie en andere nri's?
- hoe verhoudt de voorgestelde invulling met de wettelijke normen van de Tw?
- waarom legt OPTA zichzelf zo een zware bewijslast op?

De gekozen invulling sluit aan bij de in het EG recht gebruikte invulling van het begrip proportionaliteit. Aangezien de richtlijnen voor elektronische communicatie ook naar deze invulling verwijzen mag worden aangenomen dat andere nri's en de Europese Commissie proportionaliteit ook op deze wijze invullen.

Met de voorgestelde invulling van het begrip proportionaliteit wordt beoogd bij de diverse normen uit de Tw en de Awb bij elkaar te brengen.

In de visie van OPTA leidt een de uitleg van de wet noodzakelijkerwijs tot deze invulling. OPTA stelt zichzelf geen eisen die niet ook door de wet aan de besluitvorming van OPTA worden gesteld. Het gaat erom dat de proportionaliteit op robuuste wijze wordt gemotiveerd. Door hiervoor een duidelijk afwegingskader te hanteren wordt de onderbouwing van de individuele besluiten verder verstevigd.

Doelstellingen van de wet

Met betrekking tot de in het afwegingskader beschreven doelstellingenhiërarchie werden de volgende punten naar voren gebracht:

- In algemene zin wordt de notie van repliceerbaarheid als belangrijke factor onderschreven. Hoe gaat OPTA dan concreet invulling geven aan dit begrip
- Tot welk niveau acht OPTA uitrol door alternatieve partijen mogelijk/noodzakelijk?
- Hoe gaat OPTA om met regionale verschillen?
- Heeft OPTA speciale aandacht voor innovatie als doelstelling?

De beoordeling van repliceerbaarheid geschiedt in beginsel op het niveau van de benodigde infrastructuur om op een bepaalde relevante markt actief te zijn. Daarbij wordt gekeken naar een aantal in het afwegingskader genoemde factoren. Het gaat er daarbij om dat er voldoende aanwijzingen zijn dat replicatie mogelijk is, deze replicatie hoeft niet reeds te hebben plaatsgevonden.

OPTA onderzoekt relevante markten op verschillende verticaal gerelateerde niveaus. De beoordeling van replicerbaarheid en daarmee de vraag of infrastructuurconcurrentie mogelijk is kan daardoor verschillend zijn op verschillende verticale niveaus. Toegang kan dan ook op verschillende niveaus worden opgelegd. In de besluiten zal OPTA per markt (en dus per niveau) aangeven of infrastructuur concurrentie een reële mogelijkheid is binnen de termijn van de herziening van de analyse.

Bij de beoordeling van replicerbaarheid speelt ook de geografische dekking een rol. Indien geografische verschillen in de concurrentie daartoe aanleiding geven zal OPTA verschillende geografische markten afbakenen. Daardoor wordt het in theorie mogelijk om in verschillende regio's verschillende verplichtingen te hebben.

Bij de beoordeling van passendheid van verplichtingen zal OPTA beoordelen in hoeverre verplichtingen bijdragen aan de totstandkoming van duurzame concurrentie. Dit is immers een van de hoofddoelstellingen van de wet. Innovatie is een belangrijke factor in een duurzaam concurrerende markt. Innovatie wordt niet als zelfstandige hoofddoelstelling in de wet genoemd.

Hiërarchie van verplichtingen

Met betrekking tot de verplichtingen werden de volgende opmerkingen gemaakt:

- Er wordt opgemerkt dat voorafgaande tarieftoetsing als zwaarste maatregel wordt neergezet terwijl deze maatregel noodzakelijk is om een van de meest pregnante mededingingsproblemen (squeeze).
- Marktpartijen geven aan dat zij voor het publiceren van de ontwerp besluiten met OPTA van gedachten willen wisselen over de aanpak van prijsregulering en squeeze.
- Non-discriminatie en transparantie worden in principe altijd samen met toegang opgelegd. Ziet OPTA het voor zich om alleen non-discriminatie op te leggen zonder toegangsverplichting.

Op grond van de wet is het mogelijk dat tariefregulering wordt opgelegd zonder voorafgaande tarieftoetsing. De huidige combinatie van deze twee instrumenten is dus geen automatisme onder de nieuwe wet. Dat voorafgaande tarieftoetsing als zwaarste vorm van tariefregulering wordt genoemd betekent dus niet dat een prijssqueeze toets als zwaarste vorm van tariefregulering wordt gezien.

OPTA zal bezien of er nog voor de publicatie van de ontwerp-besluiten een ronde tafel kan worden gehouden met betrekking tot prijsregulering en prijssqueeze.

Met betrekking tot non-discriminatie stelt OPTA dat het niet logisch lijkt om non discriminatie zonder toegangsverplichting op te leggen omdat daarmee de prikkels om vrijwillig toegang te verlenen worden beïnvloed.

Toegang en prijsbeheersing

Met betrekking tot dit onderwerp werden de volgende opmerkingen gemaakt:

- OPTA kan niet volstaan met het schetsen van potentiële problemen. Er moet een reëel risico zijn dat een bepaald probleem optreedt.
- Kan prijsregulering worden opgelegd als er redelijke prijzen worden gehanteerd?
- Een AMM positie op een wholesalemarkt kan per definitie worden gebruikt om de mededinging op de retailmarkt te versterken. Waarom hanteert OPTA criteria als geen effectief concurrerende retailmarkt en nadeel voor eindgebruikers bij het opleggen van toegang en prijsregulering op wholesalemarkten.

Formeel moet OPTA vaststellen of een AMM partij in staat is buitensporig hoge prijzen of prijzen die de marges uithollen te hanteren ten nadele van eindgebruikers. Van belang is dus of de partij het kan, niet of die partij het daadwerkelijk doet. Het is wel van belang dat er een reëel risico is dat deze partij deze gedragingen vertoont. Dat zal moeilijker aannemelijk te maken zijn in een gereguleerde markt dan in een niet-gereguleerde markt.

De normen die OPTA hanteert vloeien voort uit de wet. Bij het opleggen van toegang moet OPTA beoordelen in hoeverre de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte retailmarkt wordt belemmerd door het weigeren van toegang. Bij het opleggen van prijsregulering moet aangetoond worden dat buitensporig hoge prijzen ten nadele zijn van eindgebruikers.

Kwantificering proportionaliteitstoets

Ten aanzien van de voorgenomen wijze van in kaart brengen van de voor- en nadelen van verplichtingen wordt het volgende opgemerkt:

- Een weging van voor- en nadelen van een verplichting is iets anders dan de bepaling of de nadelen van een maatregel niet onevenredig met de te behalen doelen, zoals EG recht voorschrijft.
- Een kwantitatieve weging van alle voor- en nadelen is onmogelijk. Daarom zou de voorgestelde wijze van weging van voor- en nadelen niet werken en zou gekozen moeten worden voor een benadering die letterlijk het EG recht volgt.

Naar het idee van OPTA zit er geen licht tussen de voorgenomen weging van voor- en nadelen en de Europese evenredigheidstoets. Ook daar wordt gesteld dat tegenover het halen van de doelen (voordelen) geen onevenredige nadelen mogen staan.

Het is inderdaad niet altijd mogelijk om alle voor- en nadelen kwantitatief in kaart te brengen. Dat is echter ook niet wat van OPTA gevraagd wordt. Het gaan er om dat voorzover redelijkerwijs mogelijk kwantitatieve onderbouwing wordt gegeven.