

## **Besluit**

### **Openbare versie**

Ons kenmerk: OPTA/IBT/2005/201450

Zaaknummer: H. 10.04

Besluit 25 mei 2005

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het verzoek van Wanadoo Nederland B.V. om inzake breedband-internettoegang toepassing te geven aan artikel 6b.3 van de Telecommunicatiewet.

### **Samenvatting**

1. Wanadoo Nederland B.V. (hierna: Wanadoo) heeft een verzoek bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) ingediend inzake het product "ADSL Tijd Surfen" van de Internet Service Provider (hierna: ISP) Het Net. Het Net is een dochtermaatschappij van KPN Telecom B.V. (hierna: KPN). Wanadoo is van mening dat het aanbod "ADSL Tijd Surfen" leidt tot een onherstelbare verstoring van de mededinging en verzoekt het college om maatregelen te nemen om concurrentie op de markt voor breedband te waarborgen en daarbij op basis van artikel 6b.3 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) de nationale en Europese consultatieprocedures buiten toepassing te laten. Het college heeft op 31 januari 2005 een besluit genomen op het verzoek van Wanadoo. Dit besluit van het college is op 27 april 2005 door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) vernietigd. Het CBb heeft het college opgedragen om binnen vier weken opnieuw op het verzoek van Wanadoo te beslissen. Het college wijst in onderhavig besluit het verzoek van Wanadoo af.

### **Verloop van de procedure**

2. Bij brief van 9 augustus 2004 heeft Wanadoo het college verzocht om een besluit te nemen met toepassing van artikel 6b.3 van de Tw op de markt voor breedband-internettoegang. Op 19 augustus 2004 heeft een bespreking tussen Wanadoo en medewerkers van OPTA plaatsgevonden, waarbij Wanadoo haar brief van 9 augustus 2004 nader heeft toegelicht. OPTA heeft Wanadoo daarna verzocht om met een aanvulling te komen op haar verzoek. Bij brief van 26 november 2004 heeft Wanadoo die aanvulling gegeven. Wanadoo heeft bij brief van 5 januari 2005 het college geïnformeerd over een brief die zij aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft gestuurd over breedband-internettoegang en in het bijzonder de intentie van KPN om Freeler van ING over te nemen.
3. Bij besluit van 31 januari 2005 (verzonden 1 februari 2005) heeft het college aan Wanadoo meegedeeld niet aan haar verzoek van 9 augustus 2004 tegemoet te komen. Tegen dit besluit heeft Wanadoo bij brief van 15 maart 2005 een beroepschrift ingediend bij het CBb en tevens een voorlopige voorziening gevraagd.

## Besluit

### Openbare versie

4. Bij uitspraak van 27 april 2005 heeft het CBb het beroep van Wanadoo gegrond verklaard en heeft het besluit van het college van 31 januari 2005 vernietigd.

## Feiten

5. Het Net is een ISP en volledig eigendom van KPN. Eindgebruikers kunnen bij Het Net het product "ADSL Tijd Surfen" afnemen. Daarbij kan een eindgebruiker via ADSL toegang verkrijgen tot het internet. Het tarief voor het product "ADSL Tijd Surfen" bestaat uit een tarief voor het gebruik en een maandelijks abonnementsstarief van € 7.95.
6. Wanadoo verzoekt het college om op grond van artikel 6b.3 van de Tw de procedures bedoeld in de artikelen 6b.1, eerste lid, of 6b.2 van de Tw buiten toepassing te laten bij het nemen van een besluit als onder andere bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, onder a van de Tw en maatregelen te treffen ten einde de marktwerking op de markt voor breedband voor de komende jaren te waarborgen.
7. In het verzoek van Wanadoo van 9 augustus 2005 stelt Wanadoo als maatregel onder artikel 6b.3 van de Tw voor dat het college als maatstaf hanteert dat KPN en haar dochter ISP's voor eindgebruikerstarieven via ADSL een eindgebruikerstarief hanteren dat "minimaal gelijk is aan het tarief waarvoor onafhankelijke ISP's de achterliggende dienst bij KPN kunnen inkopen minus een korting van 50% op het totale eindgebruikerstarief voor de eerste zes maanden".
8. Het college is momenteel bezig met de voorbereiding van ontwerpbesluiten ter uitvoering van hoofdstuk 6A van de Tw ten aanzien van de markt voor wholesale-breedbandtoegang (markt 12 uit de Aanbeveling van de Europese Commissie<sup>1</sup>).
9. Zoals hierboven gesteld heeft het college op 31 januari 2005 een besluit genomen op het verzoek van Wanadoo. Het college heeft daarin gesteld dat het college niet tegemoet kan komen aan het verzoek van Wanadoo om reden dat een besluit tot het buiten toepassing laten van de in artikel 6b.3 van de Tw genoemde procedures pas genomen kan worden wanneer de betreffende marktanalyse is afgerond en tevens is gebleken dat sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Aangezien de betreffende marktanalyse nog niet is afgerond, heeft het college in het besluit geconstateerd dat aan deze voorwaarden nog niet is voldaan.
10. Wanadoo heeft bij brief van 15 maart 2005 een beroepschrift bij het CBb ingediend tegen het besluit van het college van 31 januari 2005 en tevens op die datum het CBb verzocht om een voorlopige voorziening tegen het bovengenoemde besluit.

---

<sup>1</sup> Aanbeveling van de Commissie van 11/02/2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, C(2003)497.

## Besluit

### Openbare versie

11. Het CBb heeft op 18 april 2005 zitting gehouden. In de uitspraak van het CBb van 27 april 2005 heeft het CBb onmiddellijke uitspraak gedaan op het beroep van Wanadoo en het verzoek om voorlopige voorziening afgewezen. Het CBb heeft het besluit van het college van 31 januari 2005 vernietigd en het college opgedragen om binnen vier weken na dagtekening van de uitspraak opnieuw op het verzoek van Wanadoo te beslissen.
12. Het college heeft kennis genomen van de verschillende stukken die Wanadoo in de onderhavige zaak heeft ingediend alsmede van hetgeen door Wanadoo in de zitting van 18 april 2005 als haar zienswijze naar voren is gebracht.

### Juridisch kader

13. Artikel 6 van de "Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten" (hierna: Kaderrichtlijn) gaat over raadpleging en transparantie. Artikel 7 van de Kaderrichtlijn gaat over consolidatie van de interne markt voor elektronische communicatie. In artikel 7, zesde lid, van de Kaderrichtlijn is onder andere gesteld dat "in uitzonderlijke omstandigheden [...] een nationale regelgevende instantie die oordeelt dat er een dringende noodzaak is om te handelen, in afwijking van de procedure genoemd in de leden 3 en 4, teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen, onmiddellijk evenredige en voorlopige maatregelen [kan] vaststellen".
14. Artikel 6a.1, eerste lid, van de Tw stelt dat het college de relevante markten moet bepalen waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een product- of dienstenmarkt die is vermeld in de onder randnummer 2 genoemde aanbeveling van de Europese Commissie. Artikel 6a.1, tweede lid, van de Tw stelt dat het college relevante markten, waarvan de product- of dienstenmarkt niet is vermeld in een aanbeveling van de Europese Commissie, moet bepalen, indien daar naar het oordeel van het college aanleiding toe is of dit voortvloeit uit artikel 6a.4. In het derde lid van artikel 6a.1 van de Tw staat aangegeven dat het college de overeenkomstig het eerste en tweede lid bepaalde relevante markten zo spoedig mogelijk onderzoekt.
15. Uit artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw volgt dat, indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, van de Tw blijkt dat een relevante markt onderscheidenlijk een transnationale markt niet daadwerkelijk concurrerend is, het college vaststelt welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht. Op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder a, van de Tw legt het college ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot

## Besluit

### Openbare versie

en met 6a.10 of 6a.12 tot en met 6a.15 op. Uit artikel 6a.2, derde lid, van de Tw volgt dat een verplichting als bedoeld in het eerste lid, passend is indien deze gebaseerd is op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 proportioneel en gerechtvaardigd is.

16. Uit artikel 6b.1 van de Tw volgt dat het college op de voorbereiding van een besluit van het college als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, 6a.3, 6a.16 en 6a.18, paragraaf 3.5.6. van de Algemene Wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing is. Uit artikel 6b.2 van de Tw volgt dat het college de ontwerpbesluiten aan de Europese Commissie en de nationale regelgevende instanties voorlegt als deze van invloed zijn op de handel tussen de lidstaten.
17. In artikel 6b.3, eerste lid, van de Tw is bepaald dat het college in uitzonderlijke omstandigheden indien de vereiste spoed zich verzet tegen toepassing van de procedures, bedoeld in artikel 6b.1, eerste lid, of 6b.2, die procedures buiten toepassing kan laten bij het nemen van een besluit als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, eerste lid, onder a, 6a.16, eerste lid, of 6a.18, eerste lid, ten einde de concurrentie te waarborgen of de belangen van de gebruikers te beschermen. In artikel 6b.3, tweede lid, van de Tw is bepaald dat een besluit als bedoeld in het eerste lid voor een periode van maximaal 26 weken geldt.

## Overwegingen

18. Ten aanzien van het verzoek van Wanadoo van 9 augustus 2004 overweegt het college het navolgende.
19. Wanadoo betoogt in haar verzoek dat het aanbod van Het Net "ADSL Tijd Surfen" tot een onherstelbare verstoring van de mededinging leidt en dat ingrijpen van het college met toepassing van artikel 6b.3 van de Tw noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Wanadoo heeft het vermoeden dat het product "ADSL Tijd Surfen" van Het Net onder kostprijs wordt aangeboden en dat het wholesale aanbod "ADSL Slim" van KPN aanzienlijk boven kostprijs wordt aangeboden. Wanadoo is van mening dat onafhankelijke ISP's (die geen eigendom zijn van KPN) op basis van KPN's product "ADSL Slim" en tegen de eindgebruikerstarieven van het product "ADSL Tijd Surfen" nimmer kostendekkend kunnen werken. Wanadoo verzoekt het college om maatregelen te nemen om de concurrentie te waarborgen.
20. Het CBb geeft in overweging 6.7.2 van zijn uitspraak van 27 april 2005 aan dat "OPTA [...] de aanvraag van Wanadoo opnieuw [dient] af te wijzen indien zij oordeelt dat deze aanvraag geen aanleiding vormt de voor een eventuele toepassing van artikel 6b.3 Tw noodzakelijke afronding van de marktanalyse te versnellen. Oordeelt zij anders dan zal zij eventueel naar analogie van artikel 4:14, derde lid, Awb een redelijke termijn dienen te noemen waarbinnen een inhoudelijk besluit op het verzoek van Wanadoo tegemoet kan worden gezien".

## **Besluit**

### **Openbare versie**

21. Het college heeft, met inachtneming van de uitspraak van het CBb, het verzoek van Wanadoo opnieuw beoordeeld. Op basis van de door Wanadoo aangeleverde stukken constateert het college dat het verzoek van Wanadoo geen aanleiding vormt om de afronding van de marktanalyse (waar het college thans mee bezig is) te versnellen. Het college heeft het verzoek van Wanadoo beoordeeld in het licht van drie criteria die in artikel 6b.3 van de Tw zijn opgenomen.
22. Op grond van artikel 6b.3 van de Tw kunnen nationale en Europese consultatieprocedures buiten toepassing worden gelaten bij het nemen van een besluit als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, eerste lid, onder a, 6a.16, eerste lid, of 6a.18, eerste lid, indien sprake is van (1) *uitzonderlijke omstandigheden*, (2) indien de *vereiste spoed* zich verzet tegen de toepassing van de procedures, bedoeld in de artikelen 6b.1, eerste lid, of 6b.2, (3) *ten einde de concurrentie te waarborgen of de belangen van de gebruikers te beschermen*.<sup>2</sup>
23. Het college zal onderstaand ingaan op de argumenten van Wanadoo in het licht van bovenstaande criteria.

### **Geen uitzonderlijke omstandigheden waarin de vereiste spoed zich verzet tegen de toepassing van de nationale en Europese consultatieprocedures**

24. Het college is van oordeel dat de concurrentie op het gebied van breedband-internettoegang zich goed heeft ontwikkeld. Wanadoo heeft dan wel haar marktaandeel minder zien stijgen, twee andere ISP's zijn relatief gezien in het afgelopen jaar zelfs sneller dan KPN gestegen, namelijk Versatel en Tiscali.<sup>3</sup> Ook het relatieve aandeel van KPN op het gebied van breedband-internettoegang via DSL in de afgelopen kwartalen is stabiel gebleken.
25. Bovendien is er voor de eindgebruiker voldoende keuze. Er zijn tientallen verschillende aanbieders met honderden verschillende pakketten waaruit de eindgebruiker kan kiezen, variërend van 'gratis'-ADSL tot pakketten tot 800 euro per maand.
26. Gelet op het bovenstaande is er geen sprake van een verstoring van de concurrentie op grond waarvan geoordeeld zou moeten worden dat aan de vereisten uit artikel 6b.3 van de Tw om de nationale en Europese consultatieprocedures buiten toepassing te laten bij het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 6a.2 van de Tw, is voldaan.
27. Voorts is er een aantal andere omstandigheden die bijdragen aan bovenstaande constatering dat niet is voldaan aan de vereisten uit artikel 6b.3 van de Tw. Ten eerste merkt het college op dat de markt voor breedband-internettoegang breder is dan alleen het aanbieden van ADSL per tijdseenheid. Deze producten vormen onderdeel van een groter palet aan diensten, waarbij

---

<sup>2</sup> Cursivering door het college.

<sup>3</sup> KPN [xxx%], Versatel [xxx%] en Tiscali [xxx%] gedurende 2004.

## **Besluit**

### **Openbare versie**

ADSL per tijdseenheid een instaproduct vormt om eindgebruikers breedband-internettoegang te laten afnemen.

28. Daarnaast wijst het college erop dat Wanadoo in haar brief van 9 augustus 2004 het retail tarief van "ADSL Tijd Surfen" vergelijkt met het tarief dat zij met KPN op commerciële gronden is overeengekomen voor het leveren van breedbandtoegang via een zogenaamde agentuurovereenkomst ("ADSL Slim-aanbod"). Het college is echter van mening dat een vergelijking van het retail tarief van "ADSL Tijd Surfen" met een *commercieel* (niet-gereguleerd) wholesale product nog niet de conclusie rechtvaardigt dat het retail product onder kostprijs wordt geleverd. Er is bovendien een onderliggend wholesale product dat wel gereguleerd is, namelijk linesharing (ofwel ASL). De kosten hiervoor zijn vastgesteld op 1,91 euro (exclusief BTW) per maand. Voor het bieden van "ADSL Tijd Surfen" dienen hiervoor door Het Net en KPN nog additionele kosten te worden gemaakt voor het plaatsen van apparatuur en het verzorgen van transmissie. De daaraan verbonden kosten zouden kunnen worden gedekt door het (totale) abonnementsstarief van 7,95 euro per maand en de opbrengsten uit het verkeer boven de 120 minuten. Het college meent dat er een marge aanwezig is voor concurrenten om een concurrerend retail product aan te bieden. Dat naar de stelling van Wanadoo het product "ADSL Tijd Surfen" van KPN onder kostprijs zou worden aangeboden, doet hieraan niet af.
29. In dit verband wijst het college erop dat door een andere aanbieder, namelijk Versatel, een met "ADSL Tijd Surfen" vergelijkbaar product wordt aangeboden, namelijk "ADSL Gratis". Hierbij is de aansluiting volledig gratis en hoeft slechts betaald te worden voor het aantal minuten dat de eindgebruiker online is. Voor zover bij het college bekend, maakt Versatel eveneens gebruik van de wholesale dienst linesharing. Dit betekent dat Versatel de kosten van linesharing voor haar rekening neemt en in haar geval versleutelt in de gebruikstarieven (de tarieven per minuut). Versatel heeft dit product op 14 januari 2004 geïntroduceerd. Dit is ruim 5 maanden eerder dan KPN "ADSL Tijd Surfen" heeft geïntroduceerd. De dienst "ADSL Gratis" wordt ook op dit moment nog steeds aangeboden, waaruit het college afleidt dat sprake is van een commercieel haalbare business case.
30. Ten slotte merkt het college op dat Wanadoo de enige aanbieder is die "ADSL Tijd Surfen" als probleem ervaart. Het college heeft van geen enkele andere partij enig signaal ontvangen dat "ADSL Tijd Surfen" een bedreiging is voor de concurrentie. Het college voelt zich hierdoor gesterkt in zijn mening dat "ADSL Tijd Surfen" geen bedreiging is voor de duurzame concurrentie.

## **Conclusie**

31. Het college is van oordeel dat er geen sprake is van verstoring van de concurrentie door het product "ADSL Tijd Surfen". Het college ziet daarin dan ook geen aanleiding voor een

## **Besluit**

### **Openbare versie**

vaststelling dat er sprake is van zodanig uitzonderlijke omstandigheden waarin de vereiste spoed zich verzet tegen toepassing van de nationale en Europese consultatieprocedures. Daarmee is niet voldaan aan de noodzakelijke voorwaarden voor toepassing van artikel 6b.3 van de Tw en dient het verzoek van Wanadoo te worden afgewezen.

## **Dictum**

32. Het college wijst het verzoek van Wanadoo van 9 augustus 2004 af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,  
namens het college,

prof.dr. J.C. Arnbak

### **Beroepsmogelijkheid**

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.