

# BEDENKINGEN PRIORITY TELECOM NAAR AANLEIDING VAN OPTA'S ONTWERPBESLUITEN HUURLIJNEN, BREEDBAND EN VASTE TELEFONIE

## BREEDBAND

### 1 Bovengrens retailmarkt voor internettoegang

OPTA laat de internettoegang via glasvezels buiten beschouwing bij de afbakening van breedband internettoegangsmarkt (bijlage 2, randnr. 23). OPTA beroept zich hierbij op de absolute aantallen die te gering zouden zijn om prijsdruk uit te oefenen op kabel en DSL toegang. Voor deze conclusies voert OPTA geen cijfermatige onderbouwing aan. Priority Telecom is van mening dat deze prijsdruk er zeker is, vooral in de (groot)zakelijke markt. Glasvezel internettoegang wordt met name gebruikt in dit segment. Dat het aantal aansluitingen in de zakelijke markt kleiner is dan in de consumentenmarkt spreekt voor zichzelf. Dit vormt op zich nog reden om deze niet mee te nemen.

Priority Telecom benadrukt dat met name de glasvezel verbindingen ook van belang zijn voor de zakelijke markt. Priority Telecom merkt hier nog op dat OPTA geen onderzoek heeft gedaan naar de internettoegangsdiensten over glasvezel die gezamenlijk met Datacom en telefoniediensten worden aangeboden. Met name in het grootzakelijk segment zullen afnemers hun aansluiting efficiënt benutten voor het hele dienstenpalet.

OPTA licht niet toe tot welke markt internettoegang via glasvezel dan wel behoort. Als niet tot de breedband internet toegangsmarkt, tot welke dan wel? En staat het KPN dan vrij op die markt rooftprijzen aan te bieden? OPTA miskent hier de belangen van nieuwe toetreders en de investeringen die zij hebben gedaan in de aanleg van glasvezelnetten. Door de markt van de glasvezel niet te benoemen mist OPTA ook gelegenheid om te erkennen dat er wel degelijk een apart zakelijke markt is voor internet toegang. Ook hier zwijgt OPTA over.

Los van de zakelijke markt heeft OPTA onvoldoende onderbouwd waarom er geen prijsdruk zou zijn tussen glasvezel en Kabel/DSL anderszijds. Dat de FTTH diensten tot dusverre niet omvangrijk zijn is niet voldoende. Minstens dient OPTA aan te tonen waarom een consument niet over zou stappen naar een glasvezeldienst indien die wordt aangeboden tegen een prijs van ca. €35,- of een anderszins concurrerend tarief.

### 2 Retailmarkt afbakening naar type eindgebruiker

Anders dan OPTA concludeert in het ontwerpbesluit, dient een onderscheid te worden gemaakt in relevante markten voor breedband internettoegang voor consumenten en zakelijke gebruikers. In aanvulling op hetgeen hierboven is gezegd over internettoegang via glasvezel gaat Priority Telecom hier dieper in op de argumentatie van OPTA. Hierbij is in het bijzonder de overboekingsfactor een bepalend element. Ofschoon ook OPTA in het concept besluit dit element bij de marktafbakening van doorslaggevend belang acht, verzuimt OPTA in de analyse te onderzoeken welke invloed dit onderscheid heeft voor het onderscheid naar type gebruiker.

In par. 5.2.1 stelt OPTA het belang van de overboekingsfactor voorop, en constateert dat kritieke diensten een hogere overboekingsfactor vergen, hetgeen zich vertaalt in de bereidheid van de afnemer van deze diensten een hoger tarief te betalen. Voorts signaleert OPTA dat maar weinig consumenten bereid zijn om fors hogere tarieven te betalen, teneinde altijd met de volle gegarandeerde bandbreedte te kunnen internetten.

De overboekingsfactor is vervolgens beslissend voor het onderscheid dat OPTA aanvaardt in markten voor "lage kwaliteit" en "hoge kwaliteit" wholesale breedbandtoegang, de grens tussen welke markten OPTA legt bij een overboekingsfactor van 1:20. OPTA onderkent dat de markten voor lage kwaliteit en hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang als afzonderlijke markten moeten worden afgebakend en constateert grote prijsverschillen tussen wholesale producten met een overboekingsfactor van 1:20 en hoger en producten met een lagere overboekingsfactor (randnr. 157). Het valt evenwel op dat deze marktafbakening niet is ingegeven door het belang van de overboekingsfactor op de retailmarkten voor breedband internettoegang, maar wordt gebaseerd op de eisen die worden gesteld door datacommunicatie en VOIP, waarvoor hogere overboekingsfactoren noodzakelijk zijn (randnrs. 147-163) volgens OPTA.

De overboekingsfactor is evenwel een bepalend element voor vragers op de retailmarkten voor internettoegang en één van de onderscheidende elementen tussen de afzonderlijke markten voor consumenten en zakelijke afnemers. Dit wordt in het concept-besluit over het hoofd gezien, waar OPTA zich concentreert op diensten (datacommunicatie en VOIP) die tot andere relevante markten behoren en het voorwerp vormen van afzonderlijke marktanalyse besluiten. Omdat slechts 3 % van de afzet op de retailmarkt voor breedband internettoegang betrekking heeft op producten met een overboekingsfactor van 1:20 of hoger, is in de visie van OPTA wholesale breedbandtoegang over de kabel een substituuut voor "de meest gangbare overboekingsfactoren" en is wholesale breedbandtoegang met overboekingsfactoren van 1:20 of meer van "beperkt belang" (randnr. 156).

Aan de conclusie dat hogere overboekingsfactoren van beperkt belang zouden zijn op de retail breedband internettoegangsmarkten ligt geen andere overweging ten grondslag dan dat het daarbij een percentage van 3 % van de afzet zou betreffen. Daargelaten dat niet duidelijk is waar OPTA dit percentage op baseert, is van belang dat daarbij, naar nl.tree aanneemt, is uitgegaan van percentages van het aantal aansluitingen. Zo bezien is het percentage van 3 % verrassend noch veelzeggend. Het percentage is weinig verrassend, omdat het aantal consumenten vele malen hoger ligt dan het aantal zakelijke afnemers, in het bijzonder de grotere zakelijke afnemers, voor wie capaciteitsgaranties ook bij breedband internettoegang van doorslaggevend belang zijn. Het percentage is voorts niet veelzeggend omdat het in het kader van marktafbakening aankomt op beoordeling van substitueerbaarheid vanuit de vraagzijde, zoals ook OPTA tot uitgangspunt neemt (randnr. 55) en ook een relatief kleine groep vragers zeer wel een afzonderlijke relevante markt kan vormen. Nl.tree merkt daarbij op dat dit ook geldt indien OPTA de genoemde percentages wel op basis van omzet zou hebben berekend. Deze substitutieanalyse ontbreekt evenwel.

Dit komt duidelijk naar voren in de randnrs. 48 – 56 van bijlage 2 bij het ontwerpbesluit. OPTA acht doorslaggevend dat zich aan de aanbodzijde een keten van producten voordoet. Uit de grafieken die OPTA heeft opgesteld, blijkt alleen dat tal van aanbieders voor een product met een hogere overboekingsfactor een hogere prijs kunnen vragen. OPTA onderkent voorts dat er afzonderlijke, op zakelijke gebruikers gerichte producten

bestaan en dat consumenten in de regel niet bereid zijn hogere bedragen te betalen voor producten met hogere overboekingsfactoren. Niettemin gaat OPTA uit van een enkele markt, omdat zich een zekere mate van substitutie voor kan doen tussen producten gericht op de particuliere markt en producten gericht op de zakelijke markt, zodat een substitutieketen zou bestaan. Dit rechtvaardigt evenwel nog niet de conclusie dat al deze producten tot een enkele markt behoren. De analyse van OPTA zou er mutatis mutandis toe leiden dat bijvoorbeeld ook in energiemarkten of markten voor financiële dienstverlening geen onderscheid zou worden gemaakt tussen zakelijke en particuliere afnemers. Het tegendeel is het geval.

Met deze analyse miskent OPTA dat het enkel 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.

De vraag of zich een substitutieketen voordoet die rechtvaardigt dat verschillende producten niettemin tot dezelfde markt gerekend moeten worden, dient te worden beoordeeld vanuit de vraagzijde, vgl. randnr. 57 van de Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt: “...Dezelfde redenering geldt wanneer product B aan de vraagzijde een substituut is voor producten A en C. Zelfs indien de producten A en C geen directe substituten aan de vraagzijde zijn, kunnen zij in dezelfde relevante productmarkten vallen, aangezien hun respectievelijke prijsstelling beperkt kan zijn wegens het risico dat hun afnemers op product B overschakelen.” De Commissie benadrukt voorts dat het bestaan van dergelijke ketens aan de vraagzijde moet worden bevestigd door feitelijk bewijsmateriaal alvorens in een concrete zaak een ruimere markt afgebakend kan worden.

Een dergelijk feitelijk onderzoek ontbreekt. OPTA definieert in de eerste plaats niet welke gebruikers volgens haar tot de zakelijke gebruikers gerekend moeten worden, welke gebruikers als consument moeten worden aangemerkt en in hoeverre er overlap is tussen beiden (bijvoorbeeld met betrekking tot de kleinzakelijke gebruikers en consumenten). De constatering dat zakelijke afnemers gebruik maken van consumentenproducten (vgl. randnr. 51, bijlage 2) is inhoudsloos, wanneer niet bezien wordt om welke gebruikers het daarbij gaat. OPTA miskent voorts dat het gegeven dat voor bepaalde kleinzakelijke gebruikers consumentenproducten mogelijk substitueerbaar zijn voor zakelijke producten, niet betekent dat dit voor grotere zakelijke gebruikers eveneens geldt. Bovendien blijkt niet in welke mate de door OPTA gesignaleerde substitutie plaatsvindt tussen aanbiedingen met een overboekingsfactor van 1:20 en hoger en lagere overboekingsfactoren, oftewel tussen de door haar wel onderscheiden markten. Zonder deugdelijke analyse, welke ontbreekt, kan de conclusie van de overgrote meerderheid van marktpartijen dat een onderscheid tussen zakelijke gebruikers en consumenten gerechtvaardigd is (vgl. randnr. 50) niet worden weerlegd. De benadering van OPTA is ook innerlijk tegenstrijdig, nu OPTA wel van de juiste invalshoek (de positie van de vrager) uitgaat waar zij vaststelt dat het belang van de overboekingsfactor leidt tot afzonderlijke markten.

Overigens is geenszins aannemelijk dat zich een substitutieketen voordoet. De zakelijke gebruiker stelt andere en hogere eisen aan internettoegang, en de vraag van zakelijke gebruikers verschilt in tal van opzichten van de vraag van consumenten. Zakelijke

gebruikers vergen een veel grotere capaciteit, zowel downstream als upstream. Hierin onderscheiden zakelijke gebruikers zich van consumenten, wier consumptie van informatie hun productie doorgaans ruim overstijgt. Omdat zakelijke gebruikers voor hun bedrijfsvoering vaak afhankelijk zijn van internettoegang, stellen zij ook hogere eisen aan de betrouwbaarheid en gegarandeerd beschikbare capaciteit. In verband hiermee eisen zakelijke gebruikers een significant hogere service en een snellere en meer gespecialiseerde dienstverlening.

De specifieke eisen van zakelijke gebruikers vertalen zich – zoals ook OPTA onderkent - in specifieke zakelijke producten, welke zowel wat betreft inhoud als prijs aanzienlijk verschillen met de diensten die aan particulieren worden aangeboden. Dit wordt bevestigd door het specifiek op de zakelijke markt gericht product van KPN, zoals het product Office DSL alsmede door tal van andere, specifiek op de zakelijke markt gerichte producten. Daarnaast kan worden gewezen op het gegeven dat kabelexploitanten zeer veel inspanningen hebben moeten leveren om een nieuw op het onderwijs gericht product op te zetten, nu zij op deze markt niet het standaard op consumenten gericht kabelinternet product kunnen aanbieden omdat dit een hele andere markt met hele andere wensen betreft. OPTA stelt ook zelf vast dat kabelexploitanten niet of nauwelijks productaanbod hebben met een overboekingsfactor van 1:20 of hoger.

Hieraan doet niet af dat een categorie zakelijke gebruikers bestaat wier onderneming dusdanig beperkt in omvang is dat zij wellicht genoeg kunnen nemen met een op de behoeften van consumenten toegesneden aanbod. Het bestaan van een dergelijke categorie betekent niet dat deze als schakel fungeren in een substitutieketen tussen consumenten en zakelijke gebruikers. Niettemin kent OPTA aan deze overlap een disproportionele betekenis toe, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit randnr. 51 van bijlage 2 bij het ontwerp besluit: “Het college constateert echter tevens dat zakelijke gebruikers ook gebruik maken van op “consumenten” gerichte producten”, waarmee OPTA lijkt te suggereren dat in wezen vrijwel iedere zakelijke afnemer ieder beschikbaar product kan gebruiken. Deze conclusie is, zoals hiervoor gesteld, in strijd met de waarneming van het merendeel der marktpartijen en is niet op een deugdelijke analyse gebaseerd. Volledigheidshalve wijzen wij er nog op dat de Commissie heeft bevestigd dat de breedband internettoegangsmarkten nader moeten worden afgebakend in markten voor particuliere gebruikers en markten voor zakelijke gebruikers<sup>3</sup>. Dit uitgangspunt is tevens neergelegd in de Richtsnoeren voor de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht<sup>4</sup>. In de beschikking Deutsche Telekom<sup>5</sup> bevestigt de Commissie dat zakelijke afnemers specifieke eisen hebben en derhalve niet tot dezelfde markt behoren als de breedband (ADSL) markt voor particulieren.

Het voorgaande is onderbouwd in een tweetal rapportages welke ook een rol hebben gespeeld in de procedure *nl.tree c.s./KPN* (inzake het “scholenaanbod” van KPN) welke in de vragenlijst is aangehaald. Deze rapportages treft u in bijlage bij de beantwoording van de vragenlijst door Priority Telecom.

---

<sup>3</sup> Beschikking d.d. 24 april 2001, COMP M.2222 - *UGC/Liberty Media*; Beschikking d.d. 16 juli 2003, zaak COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*

<sup>4</sup> Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten, Pb EG (2002) C 165, p. 6, randnr. 65.

<sup>5</sup> Beschikking van 21 mei 2003, Zaak COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG, Pb EG (2003) L 263, p. 9

LogicaCMG heeft bij rapport van 16 december 2003 vastgesteld dat een afzonderlijke markt voor internettoegangsdiensten voor zakelijke gebruikers bestaat:

- Bedrijven vragen om andere, meer gecompliceerde producten en stellen andere eisen ten aanzien van snelheid, beschikbaarheid, betrouwbaarheid en aanvullende dienstverlening;
- De verschillen tussen de markten voor zakelijke en particuliere gebruikers zijn dermate groot dat niet alle aanbieders beide markten bedienen en dat aanbieders die dat wel doen zich onderscheidend moeten positioneren.

RBB Economics heeft bij rapport van 5 januari 2004 eveneens vastgesteld dat het waarschijnlijk is dat een afzonderlijke markt voor zakelijke gebruikers dient te worden afgebakend:

- In termen van prijzen, capaciteit, overboekingsfactoren, functionaliteit en serviceverlening bestaat een groot gat tussen producten voor particuliere en zakelijke gebruikers, zodat zich geen substitutieketen voordoet;
- Aan de aanbodzijde is het evenmin waarschijnlijk dat aanbieders van breedband internet aan consumenten een voldoende sterke concurrentiele druk kunnen uitoefenen op aanbieders van zakelijke producten.

Volledigheidshalve wijzen wij nog op het gegeven dat het Gerechtshof 's-Gravenhage in het op 11 maart 2004 in de procedure van nl.tree tegen KPN c.s. in kort geding gewezen arrest, geen definitieve, rechterlijke beslissing heeft gegeven waarin het onderscheid naar type gebruiker is verworpen. Van belang is dat het hier een uitspraak in kort geding betrof, welke de rechtbank in de – thans aanhangige – bodemprocedure niet bindt. Voorts is van belang dat analyse van de relevante overweging (randnr. 13) in het arrest leert dat het Gerechtshof niet zozeer een keuze heeft gemaakt ten aanzien van de marktafbakening, als wel aanleiding zag om bij de huidige stand van zaken (nog) geen keuze te maken en zich te verlaten op de Rapportage Internettoegang van OPTA en NMa. De bodemprocedure bij de Rechtbank 's-Gravenhage is thans aanhangig.

### 3 Bitstream

Kort gezegd is Priority Telecom van mening dat het op voorhand niet reguleren van (tarieven van) Wholesale Breedband Toegang (hierna WBT) een misvatting is van de huidige situatie op de markt. In aanvulling op de ACT zienswijze benadrukt Priority Telecom dat het zonder tariefregulering, met name op de zakelijke markt, zeer moeilijk wordt te concurreren met KPN. Geen enkele partij heeft een landelijk dekkend netwerk. Hoewel sommige DSL-aanbieders zeggen 70% dekking te hebben, zegt dat eveneens dat ze 30% nog niet hebben. Deze laatste 30% zullen veel moeilijker zijn te bereiken dan de eerste 70%. De DSL diensten worden voor het gehele telecomportefolio (telefonie, internettoegang en Datacom) gebruikt. Op de zakelijke markt waar veel bedrijven meerdere vestigingen, kleinere kantoren of thuiswerkers hebben, zullen partijen geen concurrerend aanbod kunnen presenteren. Hiermee wordt de verdere ontwikkeling van de WBT (en de corresponderende retailmarkten) in de kiem gesmoord.

MACTE TELEFONIE