

# ACT

www.act-telecom.nl

## Zienswijze ACT Wholesale Breedband Toegang (WBT)

31 augustus 2005

OPTA	
Zaaknr.:	ingekomen
01 SEP 2005	
Reg.nr.:	200510 4083
Ter kennisgeving naar:	A
<i>B/DHU</i>	
Afleveringstermijn:	22-09-05

1	Samenvatting en Conclusies	2
2	Marktafbakening	4
2.1	Inleiding	4
3	Lage kwaliteit wholesale breedband toegang	5
3.1	Bestaande vormen van toegang tot de kabel niet equivalent met bitstream	5
3.2	Afbakening van de markt in strijd met de aanbeveling van de Commissie	7
3.3	OPTA interpreteert input van marktpartijen verkeerd	9
3.4	Tussenconclusie marktafbakening	10
3.5	Geografische component van marktafbakening	10
3.6	Make or buy?	12
3.7	OPTA had regio SSNIP test moeten doen	12
3.8	Verplichtingen zijn gerechtvaardigd en noodzakelijk voor infrastructuur-concurrentie	12
3.9	Conclusie Marktafbakening	13
3.10	Dominantieanalyse lage kwaliteit wholesale breedband toegang	13
3.11	Marktaandeelen	14
3.12	Beoordeling marktaandeel op basis van verkeerde maatstaf	17
3.13	Bijkomende factoren	18
3.14	Controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur	19
3.15	Schaal- en breedtevoordelen	20
3.16	Hefboomwerking	22
3.17	Analyse van het wegvalien van reguleringsdreiging	22
4	Conclusie dominantieanalyse	23
4.2	(Potentieel) mededingingsbeperkende gedragingen	23
4.3	Leveringsweigering	23
4.4	Strategisch productontwerp	24
5	Remedies	26
6	Hoge kwaliteit wholesale breedband toegang	27
6.1	Marktafbakening	27
6.2	Dominantie analyse	27
7	MEDEDINGINGSPROBLEMEN	28
8	VERPLICHTINGEN / NADERE INVULLING VERPLICHTINGEN	29
9	Conclusie	31
10	Retailmarkt	31
11	De retailmarkt	32
11.1	Marktafbakening	32
11.2	Afbakening consumenten zakelijke	33
12	Conclusie marktafbakening retailmarkt	34
12.2	Dominantieanalyse	34
12.3	Kwaliteitsfactoren	35
12.4	Overstapdrempels	36
13	Conclusie dominantieanalyse	37
14	(Potentieel) mededingingsbeperkende gedragingen	37
15	Conclusie retailmarkt	38
16	Conclusie markt 12	39

## Zienswijze ACT Wholesale Breedband Toegang (WBT)

### 1 Samenvatting en Conclusies

- 1.1.1 ACT is het fundamenteel oneens met de besluiten van OPTA inzake markt 12. Dit geldt zowel ten aanzien van de marktafbakening als ten aanzien van de dominantieanalyse.
- 1.1.2 Ten eerste maakt kabel volgens ACT geen onderdeel uit van de relevante markt. Er wordt door kabelaanbieders in de praktijk überhaupt geen vorm van toegang geboden die equivalent is met bitstream toegang. Ook biedt kabel geen andere vormen van toegang die aanbieders van DSL netwerken kunnen gebruiken bij het bereiken van landelijke dekking.
- 1.1.3 OPTA gaat er in het ontwerpbesluit ten onrechte vanuit dat er sprake is van een nationale markt voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang. Deze benadering veronderstelt dat alle DSL aanbieders en alle kabelaanbieders in heel Nederland actief zijn. Dat is echter niet het geval. Slechts in de stedelijke gebieden zijn meer aanbieders actief. Buiten de stedelijke gebieden hebben afnemers enkel de keus uit KPN en - als deze er is - de regionale kabelaanbieders. In dit opzicht moet vermeld worden dat in bijlage 2 van het ontwerpbesluit onder § 62 gemeld wordt dat bbnded een dekking zou hebben van 90%. Dat is onjuist, de genoemde dekking van 90% is gebaseerd op eigen uitrol maar aangevuld met diensten van KPN.
- 1.1.4 ACT is van mening dat KPN een dominante positie heeft zowel op de retailmarkt als op de markt voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang. OPTA dient verplichtingen op te leggen om het huidige misbruik van de dominante positie die KPN heeft te voorkomen en om concurrenten van KPN in staat te stellen effectief in heel Nederland met KPN te concurreren en verdere investeringen in de uitrol van alternatieve DSL netwerken te ondersteunen.
- 1.1.5 ACT is van mening dat OPTA niet alle relevante factoren en feiten in haar analyse heeft betrokken of heeft willen betrekken. Zo komt maar een beperkt aanbod van de bijkomende factoren voor dominantie analyse aan de orde. Ook is in sommige gevallen de informatie niet meer actueel of is de informatie niet voldoende gedetailleerd om relevant te zijn. ACT is van mening dat OPTA niet alle relevante factoren en feiten in haar analyse heeft betrokken of heeft willen betrekken. Zo komt maar een beperkt aanbod van de bijkomende factoren voor dominantie analyse aan de orde. Ook is in sommige gevallen de informatie niet meer actueel of is de informatie niet voldoende gedetailleerd om relevant te zijn. Dit leidt tot een marktafbakening die niet is gebaseerd op de economische realiteit. ACT leden zijn

van mening dat OPTA tot een andere conclusie zou komen en in ieder geval zou moeten komen als haar feitelijke analyse volledig en juist zou zijn.

- 1.1.6 ACT leden zijn van mening dat OPTA meer aandacht had moeten besteden aan de relatie met andere markten. OPTA besteedt geen aandacht aan het hefboom effect: de mogelijkheid voor een partij met een dominante positie in de ene markt, deze positie over te hevelen naar een andere markt.
- 1.1.7 Door de uitkomst van de marktanalyse ontstaat de situatie dat KPN de enige krachtige nationale partij op het gebied van de aanbidding van breedbandinternet blijft. KPN heeft daarbij een onoverbrugbare voorsprong dankzij het feit dat zij als enige een nationaal aanbod kan aanbieden en dus ook als enige partij van de daarmee samenhangende *economies of scale* kan profiteren.
- 1.1.8 Nu naast regulering van de markt lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang regulering van het aanbod van transportverbindingen van KPN groter dan 2Mb in de niet-stedelijke gebieden (huurlijnen naar MDF collocaties waar KPN de enige aanbieder is) eveneens achterwege lijkt te blijven, kunnen alternatieve aanbieders op geen enkele wijze profiteren van de "ladder of investment".
- 1.1.9 Een van de belangrijkste overwegingen volgens de EC voor regulering van een bitstream aanbod betreft nu juist de zogenaamde "ladder of investment". Alternatieve aanbieders zijn door middel van het kunnen opbouwen van een klantenbestand via gereguleerde bitstreamtoegang economisch in staat het eigen netwerk - gebaseerd op ontbundelde toegang - verder uit te breiden. Zodra er immers voldoende klanten in een bepaald gebied zijn gegeneerd zal er sprake zijn van een omslagpunt waarbij het ontsluiten van een wijkcentrale voor ontbundelde toegang economisch rendabel wordt. Slechts dan zal verdere utrooi van het netwerk door alternatieve aanbieders gestimuleerd worden. Het is dus essentieel dat OPTA een verplichting tot bitstreamtoegang oplegt op de markt voor lage kwaliteit breedband toegang.
- 1.1.10 Het verbaast ACT dat OPTA in besluiten in het verleden altijd heeft aangegeven dat bitstreamtoegang voor consumenten noodzakelijk was voor het totstandbrengen van concurrentie. OPTA geeft op geen enkele wijze aan waarom haar argumenten in deze niet meer geldig zouden zijn.
- 1.1.11 Het belang hiervan wordt mede onderstreept gezien het feit dat KPN als enige partij in de markt in staat zal zijn om VDSL diensten aan te bieden. Met VDSL is KPN in staat een nieuwe generatie diensten aan afnemers aan te bieden waartoe geen enkele andere aanbieder in de markt in staat is. Het niet reguleren van de markt voor wholesale breedband toegang heeft derhalve tevens tot gevolg dat KPN ongestoord VDSL kan introduceren zonder gelijktijdig een gereguleerd wholesale aanbod te hoeven aanbieden.

- 1.1.12 ACT is van mening dat het in het ontwerpbesluit ontbreekt aan een *forward looking approach*, hetgeer: KPN gedurende de komende reguleringsperiode in staat zal stellen de breedbandmarkt te domineren.
- 1.1.13 Ook besteedt OPTA te weinig aandacht aan de verhouding tussen de retail en de wholesalemarkt. Dit is volgens ACT leden nu juist essentieel. KPN is namelijk in staat haar positie op de wholesalemarkt te gebruiken om ook de retailmarkt verder naar zich toe te trekken. De analyse van OPTA lijkt hierdoor vaak los te staan van de economische realiteit en gebaseerd te zijn op aannames over het gedrag mogelijke monopolisten en niet op de wijze waarop KPN in de praktijk haar dominante positie aanwendt om andere partijen uit de markt te drukken.
- 1.1.14 Ten aanzien van de conclusies die OPTA trekt op het gebied van hoge kwaliteits breedband toegang, is ACT van mening dat remedies die OPTA voorstelt, niet afdoende zijn. De toegangsverplichting moet aangevuld worden met een verplichting tot prijsregulering. Verder vraagt ACT zich af waarom er niet een aparte zakelijke retailmarkt is afgebakend.

## **2 Marktafbakening**

### **2.1 Inleiding**

- 2.1.1 OPTA onderscheidt op basis van een SSNIP test twee deelmarkten: de markt voor lage en de markt voor hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang. De afbakening wordt gemaakt op basis van de overboekingsfactor, hoger of lager dan 1:20. OPTA is van mening dat beide markten nationaal zijn.
- 2.1.2 Voor de markt voor lage kwaliteit toegang concludeert OPTA dat kabelexploitanten thans een vorm van wholesale-breedbandtoegang tot hun kabelnetwerk aan ISP's verlenen (138) en dat de verschillende vormen van wholesaletoeegang via de retailmarkt concurrentiedruk op elkaar uitoefenen (§ 139). OPTA vindt op basis van deze argumenten dat breedbandtoegang tot de kabel en breedbandtoegang tot het koperen netwerk substituten van elkaar zijn.
- 2.1.3 ACT leden zijn het oneens met de marktdefinitie van OPTA van de markt voor lage kwaliteit wholesale breedband toegang. De definitie is in strijd met de aanbeveling relevante markten van Europese Commissie en is niet in lijn met economische realiteit in Nederland.
- 2.1.4 ACT leden kunnen zich in principe vinden in het onderscheid tussen twee deelmarkten op basis van de overboekingsfactor. Echter, het gebruik van een dergelijke technische maatstaf roept wel de vraag op of dit niet de mogelijkheid geeft om op basis van technische parameters, regulering te beïnvloeden of te ontlopen. ACT is van mening dat OPTA dit nader dient te onderzoeken en mouveren en met

waarborgen dient te omkleden. Overigens vraagt ACT zich waarom het onderscheid op de wholesalemarkt niet terugkomt in de afbakening van de retailmarkt, bijv. door een onderscheid tussen consumenten en zakelijke markt te hanteren.

Onderstaand worden de bezwaren van de definitie en verdere analyse die OPTA hanteert nader uitgewerkt. Allereerst zal worden ingegaan op de analyse van de markt voor lage kwaliteit en vervolgens op de markt voor hoge kwaliteit.

### **3 Lage kwaliteit wholesale breedband toegang**

#### **3.1 Bestaande vormen van toegang tot de kabel niet equivalent met bitstream**

3.1.1 OPTA stelt dat er wel degelijk sprake is van mogelijkheden om toegang tot kabelnetwerken te krijgen. Het belangrijkste voorbeeld dat zij aanhaalt is de toegang op het netwerk van Casema.

3.1.2 OPTA concludeert in § 115 dat kabelexploitanten toegang leveren tot hun netwerk, zowel aan interne als aan externe ISP's. Deze conclusie is grotendeels gebaseerd op het praktijkvoorbeeld van Casema en Wanadoo. ACT is van mening dat OPTA op geen enkele wijze heeft aangetoond dat er in dit specifieke geval sprake is van een vorm van toegang die equivalent is met bitstream. De overeenkomst tussen Wanadoo en Casema is in het geheel niet vergelijkbaar met bitstream om de volgende redenen:

- Het is niet Wanadoo maar Casema die een overeenkomst heeft met de klant. In dat opzicht is eerder sprake van een wholesale dienst die Wanadoo aan Casema levert, dan een wholesaledienst van Casema aan Wanadoo;
- Wanadoo heeft geen enkele invloed op de kernkarakteristieken van de breedbanddienst: bandbreedte, prijs, promotie, etc., deze worden allen eenzijdig door Casema vastgesteld.
- Wanadoo kan geen aanvullende diensten introduceren zoals bijvoorbeeld VoIP;
- Wanadoo heeft geen (volledig) klanteigenaarschap. Een eindgebruiker krijgt een rekening van Casema. Casema verzorgt de klantenservice.

3.1.3 ACT begrijpt niet waarom zij de agentuurrelatie tussen KPN en niet-KPN ISPs niet als vorm van substituuat voor wholesale breedband toegang ziet, maar in het geval van Wanadoo-Casema wel van mening is dat hier sprake van zou zijn. OPTA geeft geen onderbouwing van de relatie tussen de twee aanbiedingsvormen. Dit klemt des

te meer omdat de aanbiedingsvorm van Wanadoo-Casema nog veel minder op bitstream toegang lijkt dan het agentuurmodel;

- 3.1.4 Al zou OPTA de relatie als vorm van toegang kwalificeren, dan nog is er geen sprake van dat Casema of andere kabelaanbieders in de praktijk ook een aanbod voor wholesale breedbandtoegang tot hun netwerk hebben. Wanadoo verkoopt slechts producten van Casema vanwege de historische relatie tussen de twee bedrijven en de overeenkomst die er tussen koper (Carlyle Group) en verkoper van Casema N.V. (France Telecom) is bereikt. Er zijn geen andere kabelaanbieders die concreet aanbod hebben dat voor DSL aanbieders economisch relevant is.
- 3.1.5 OPTA haalt een andere vorm van toegang aan in haar besluit, namelijk Introweb. De relevantie hiervan voor de markt van lage kwaliteits WBT ontgaat ACT leden volledig. In de voetnoot stelt OPTA namelijk dat Introweb op haar site meldt dat levering slechts beperkt blijft tot zakelijke klanten: Introweb mag niet aan particuliere klanten leveren. Volgens ACT moet dit eerder opgevat worden als teken van marktfaaien i.p.v. marktwerking zoals OPTA doet.
- 3.1.6 Van de andere vormen van wholesale toegang tot kabelnetwerken die OPTA in het ontwerpbesluit aanhaalt, geeft OPTA geen nadere details, noch zijn ACT leden daarmee bekend. OPTA geeft ook geen informatie over de economische betekenis van deze zogeheten vormen van 'toegang' tot de kabel. Zo is het bijvoorbeeld niet bekend om hoeveel eindgebruikers het gaat.
- 3.1.7 Meest relevant is echter is dat OPTA geen oordeel geeft over de mogelijkheden die er voor DSL aanbieders zijn om toegang tot de kabel te krijgen. Dat is relevant in een marktanalyse. ACT is van mening dat OPTA deze analyse alsnog zou moeten uitvoeren en alsdan tot geen ander oordeel kan komen dan dat er geen sprake is van vraagsubstitutie tussen wholesale toegang tot DSL en tot kabel netwerken.
- 3.1.8 In deze analyse zou in ieder geval relevante jurisprudentie moeten worden meegenomen die stelt dat het niet alleen relevant is of er een alternatief is voor een vermeende dominante partij, maar ook welke economische betekenis die alternatieven hebben: als de alternatieve aanbieders bijvoorbeeld slechts een beperkt aantal klanten in een beperkt gebied aan kan, dan is dat wel zeer relevant voor de betekenis van het aanbod. ACT is van mening dat OPTA dit punt ook in de dominantieanalyse aan de orde zou moeten stellen.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 79. De zaak Hoffmann-La Roche tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 41, en zaak nr. C-62/86, Akzo tegen de Commissie, jurispr. 1991, blz. 1-3359, r.o. 50 en 59. „Een onderneming die gedurende langere tijd een zeer groot marktaandeel heeft, bevoordelt zich door de omvang van haar productie en aanbod — zonder dat de houders van veel kleinere marktaandelen op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel zouden willen afwenden — in een positie van macht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag geeft.” In zaak T-125/95 na tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 51.

3.1.9 OPTA concludeert voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang dat zowel toegang tot kabel- als xDSL-netwerken tot de relevante markt behoren. OPTA komt tot deze conclusie door te stellen dat door de prijsdruk op de retailmarkt er concurrentiedruk tussen toegang tot kabel- en DSL netwerken bestaat. ACT is het oneens met deze conclusie en ook met de redenering en argumenten die OPTA gebruikt. De marktdefinitie moet worden aangepast door kabel buiten deze markt te houden.

### **3.2 Afbakening van de markt in strijd met de aanbeveling van de Commissie**

3.2.1 De marktdefinitie is in strijd met de definitie die de Commissie en vrijwel alle andere Europese landen hanteren. In de aanbeveling relevante markten wordt wholesale breedband toegang als volgt omschreven:

3.2.2 Deze markt omvat bitstream-toegang waarmee de transmissie van breedbandgegevens in beide richtingen mogelijk wordt gemaakt en andere vormen van wholesale-toegang die over andere infrastructuren wordt geleverd, voorzover zij faciliteiten bieden die equivalent zijn met bitstream-toegang.

3.2.3 Er zijn in Nederland zoals gezegd geen kabelaanbieders die faciliteiten bieden aan derde partijen die vergelijkbaar zijn met bitstream-toegang. OPTA hanteert daarmee een marktafbakening die in strijd is met de aanbeveling relevante markten van de Commissie.

3.2.4 De Europese Commissie is ook in concrete gevallen van mening dat kabel niet thuishoort in markt 12 als kabel geen equivalent aan bitstream toegang biedt: *The Commission considered it more natural for cable to be excluded from the relevant market but for the competitive constraint from cable to be brought into the analysis during the assessment of SMP. Nevertheless, the Commission found that it was not essential to resolve the point as, in its view, it would be unlikely in the circumstances considered to affect the conclusions on SMP.*<sup>2</sup>

3.2.5 ACT is van mening datzelfde situatie ook in Nederland van toepassing is. Zo er al enige concurrentiedruk op retailniveau van kabel zou zijn op de wholesaletoegang tot DSL netwerken dan dient dit in de dominantieanalyse te worden meegenomen en niet in de marktafbakening.

3.2.6 Ook bij de besluiten van toezichthouders in andere Europese landen waar kabel was opgenomen in de afbakening van markt 12 heeft de Europese Commissie gesteld dat dit slechts toelaatbaar is indien er sprake is van vraagsubstitutie. De Europese Commissie heeft bij de beoordeling van de besluiten van de landen waarin kabel

---

<sup>2</sup> Review of the Wholesale Broadband Access Markets: Identification and analysis of markets; Determination of market power and setting of SMP conditions: Final Explanatory Statement and Notification: OBG/OM, 13 mei 2004



onderdeel uitmaakt van de relevante markt gesteld dat haar oordeel dat kabel géén onderdeel is van de markt niet relevant is omdat de toezichthouders allemaal gekomen zijn tot een aanwijzing van een partij met aanmerkelijke marktmacht. ACT vraagt zich waarom OPTA dit standpunt van de Europese Commissie niet in haar analyse heeft betrokken. ACT is van mening dat het op zijn minst een nadere analyse van de vraagsubstitutie van toegang van kabel en DSL had gerechtvaardigd. OPTA had dan volgens ACT tot geen andere conclusie kunnen komen dan dat kabel geen onderdeel uitmaakt van de markt;

- 3.2.7 Geen disciplinerende werking van retail- op wholesalemarkt - OPTA creëert een theoretische uitweg uit de vraag of kabel een vorm van toegang biedt door te stellen dat er via de retailmarkt concurrentie(druk) is op de wholesalemarkt. ACT volgt OPTA niet in deze analyse.
- 3.2.8 Het voornaamste argument van OPTA dat toegang tot kabel en DSL substituten van elkaar zijn is dat er via de retailmarkt een disciplinerende werking op wholesale toegang tot DSL zou plaatsvinden (§ 139). ACT leden zijn van mening dat deze conclusie onjuist is en slechts op aannames is gebaseerd.
- 3.2.9 OPTA stelt op basis van de analyse van de retailmarkt dat er sprake is van sterke concurrentie op de wholesalemarkt. ACT is het evenmin eens met deze conclusie (zie de opmerkingen van ACT bij de retailmarkt) maar zelfs al zou er concurrentie zijn op de retailmarkt dan nog betekent dit niet dat die concurrentie één op één kan worden vertaald naar de wholesalemarkt. Hiervoor zijn verschillende redenen.
- 3.2.10 KPN is in staat zich onafhankelijk van de concurrentie te gedragen. Door schaal- en breedtevoordelen en kruissubsidiëring is KPN in staat om zich op de retailmarkt onafhankelijk van de wholesalemarkt te gedragen. Nu KPN – vlak voor de uitkomst van de marktanalyses – een commercieel wholesale breedband aanbod in de markt heeft gezet, wordt duidelijk dat KPN in staat is op de retailmarkt een product aan te bieden dat structureel onder de wholesalekosten wordt aangeboden. Zie voor een nadere toelichting ook het commentaar van ACT op de retailanalyse. In aanvulling hierop wil ACT stellen dat het feit dat KPN ISPs prijsverhogingen op basis van het agentuurmodel in het verleden niet hebben doorberekend aan eindgebruikers al voldoende bewijs is en in ieder geval voldoende aanleiding zou moeten zijn om te beoordelen of KPN prijsverhogingen op wholesaleniveau wel doorberekend op retailniveau. Indien dit namelijk niet het geval is, is de analyse van OPTA op zijn zachtst gezegd niet volledig.
- 3.2.11 Weliswaar is het agentuurmodel geen wholesale toegang, maar voor niet-KPN ISPs is dit model het enige alternatief geweest om ADSL breedbanddiensten aan te kunnen bieden. Bij gebrek aan een wholesale aanbod van KPN had OPTA zich bij een analyse van prijsverhogingen op wholesaleniveau in ieder geval moeten oriënteren op dit agentuurmodel.

- 3.2.12 Bovenstaande is de beste indicatie voor mogelijk gedrag van KPN mocht zij wholesale breedbandtoegang bieden. De conclusie dat 'een aanbieder van wholesale breedbandtoegang een prijsverhoging niet winstgevend zal kunnen doorvoeren' (139) is tegenstrijdig met de praktijk en daarmee onbegrijpelijk.
- 3.2.13 Concurrenten van KPN staan hierdoor voor een onmogelijke keuze: danwel het verhogen van retailprijzen waardoor marktaandeel (met name voor nieuwe aansluitingen) wordt verloren, danwel het hanteren van retailprijzen die onder de gemaakte kosten liggen als gevolg waarvan structurele verliezen optreden. Dit geldt met name voor de gebieden in Nederland waar het niet rendabel is een eigen netwerk uit te rollen.
- 3.2.14 Tenslotte gaat OPTA voorbij aan overstapdrempels in de retailmarkt. OPTA stelt dat het bij een prijsverhoging van 7% aannemelijk is dat consumenten overstappen op een andere aanbieder. Overstapdrempels in de breedbandmarkt zijn echter dusdanig aanzienlijk dat bestaande klanten bij een prijsverhoging van 7% niet zullen overstappen naar een andere aanbieder. Zie ook de opmerkingen bij de SSNIP test bij de analyse van de retailmarkt. De benodigde tijd voor een consument om zijn overstapkosten terug te verdienen is zeer aanzienlijk. Daarmee is het op zijn minst aannemelijk dat de retailmarkt niet of nauwelijks een disciplinerend effect heeft op de wholesalemarkt.

### **3.3 OPTA interpreteert input van marktpartijen verkeerd**

- 3.3.1 OPTA stelt in § 143 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.'
- 3.3.2 OPTA geeft hier een verkeerde voorstelling van de mening van marktpartijen. Ook andere ACT leden waaronder Versatel en Wanadoo hebben geenszins aangegeven dat er door middel van retailconcurrentie prijsdruk op de wholesalemarkt zou bestaan. Sterker nog zelfs al zou er sprake zijn van enige prijsdruk op retailniveau tussen kabel- en DSL dan nog betekent dit niet dat hiervan een concurrerende druk uitgaat op wholesale niveau. Evenmin kan hieruit worden geconcludeerd dat klanten bij een prijsverhoging van 10% zullen overstappen naar een andere aanbieder waardoor indirecte prijsdruk ontstaat.
- 3.3.3 Meenemen van interne leveringen levert hypothetische markt op – De wholesalemarkt kenmerkt zich door partijen die vrijwel uitsluitend interne wholesale leveringen doen. Weliswaar zijn er enkele partijen die externe wholesale leveringen aanbieden. Deze zijn echter beperkt in aantal en in geografische dekking. Er is dus niet zo zeer sprake van een markt waarin een dominante partij structureel een

prijshoogte kan doorvoeren, maar er is sprake van een veel fundamenteeler probleem: leveringsweigering. In algemene zin geldt voor ongeveer 60% (bevolkingsdekking) van Nederland dat het mogelijk is bij een DSL aanbieder een wholesaleaanbod af te nemen. Daarbuiten zijn breedband aanbieders aangewezen op KPN en kabelaanbieders die beide geen (realistisch) wholesale aanbod leveren.

3.3.4 Echter, OPTA lijkt in haar analyse als uitgangspunt te hebben genomen dat er vele DSL- en kabelnetwerkaanbieders zijn die wholesale toegang bieden in heel Nederland. Dit is echter niet het geval. KPN levert geen wholesale toegang aan derde partijen.<sup>3</sup>

3.3.5 De analyse van OPTA wordt hiermee een hypothetische exercitie die ver afstaat van de realiteit en de doelstellingen van de Telecommunicatiewet: het bereiken van effectieve en duurzame infrastructuurconcurrentie.

3.3.6 OPTA voert verschillende analyses uit op de wholesalemarkt waarbij zij er vanuit gaat dat de hypothetische monopolist inderdaad wholesale breedband toegang levert. Omdat dit niet het geval is, hebben deze analyses slechts een zeer beperkt waarde. ACT doelt bijvoorbeeld op de analyse in § 139.

3.3.7 Voor alle duidelijkheid: ACT onderkent dat er geen andere mogelijkheid is dan het meenemen van interne leveringen bij de marktafbakening en dominantie analyse. ACT is wel van mening dat deze keuze ook consequenties moet hebben bij de dominantieanalyse. OPTA moet concreet analyseren welk deel van de marktaandeel bestaan uit interne en welk deel uit externe leveringen bestaan. Indien het merendeel van leveringen op de wholesale markt bestaat uit interne leveringen is dat een indicatie van leveringsweigering en alleen als het merendeel bestaat uit externe leveringen zou kunnen worden geconcludeerd dat er sprake is van een concurrerende markt;

#### 3.4 Tussenconclusie marktafbakening

ACT is van mening dat kabel geen onderdeel uit maakt van de relevante markt. Daarmee is de relevante productmarkt wholesale toegang tot DSL.

#### 3.5 Geografische component van marktafbakening

3.5.1 OPTA komt tot de conclusie dat er sprake is van een nationale markt. ACT onderschrijft deze conclusie tot op zekere hoogte maar is van mening dat OPTA een aantal fundamentele factoren over het hoofd ziet in haar analyse.

<sup>3</sup> Pas zeer kort voor de uitkomst van de marktanalyses heeft KPN bekend gemaakt dat ze een commercieel wholesale aanbod voor breedband in de markt heeft gezet. Tot op heden is er echter niets bekend over het aantal lijnen dat voor markt van belang wordt geleverd.

- 3.5.2 *Landelijke dekking is essentieel voor concurrentiekracht* - Om te kunnen concurreren met KPN is het essentieel voor DSL-aanbieders om een landelijk dekkend netwerk te hebben. Alleen dan zijn zij in staat om de schaalvoordelen die KPN heeft tot in enige mate te benaderen. OPTA onderkent dit wel in de dominantieanalyse, bijv § 223: 'Nu KPN als enige partij landelijke uitrol heeft gerealiseerd, heeft zij het meeste profijt van schaalvoordelen. Zoals onder nummer 221 is aangegeven, realiseren ook concurrenten van KPN schaalvergroting en hebben zij aldus in steeds toenemende mate profijt van schaalvoordelen.' Echter, OPTA geeft hier een verkeerde voorstelling van zaken. Het is geen vrijblijvende keuze van concurrenten van KPN om schaalvergroting te realiseren, dit wordt begrensd door de economische rentabiliteit van netwerkuitbreiding. Aangezien zij in 30% van Nederland geen dekking hebben, kunnen zij niet dezelfde schaalgrootte creëren.
- 3.5.3 Het is evenzeer mogelijk om juist deze geografische component te zien als mogelijkheid van KPN om door van price squeeze partijen uit in ieder geval een deel van de (geografische) markt te drukken.
- 3.5.4 Op basis van de motiveringsplicht van OPTA had ACT hier een degelijke analyse verwacht van de mogelijke effecten van het wholesaleaanbod van KPN, zoals bijvoorbeeld de vragen of afnemers van het wholesaleaanbod in staat zijn structureel verlies te maken op een retailaanbod in een B-gebied, waarom wholesale prijzen (die in een concurrerende markt richting kostprijs zouden moeten bewegen) zo ver boven retailprijzen liggen, etc.
- 3.5.5 Geografische component: afbakening of remedies? ACT vindt het verbazingwekkend dat OPTA in de marktanalyses voor omroep zeer sterk de nadruk heeft gelegd op de geografische afbakening van de markt. Deze afbakening komt overeen met het dekkinggebied van kabelaanbieders. Ondanks de prominente rol die de kabelaanbieders volgens OPTA in de wholesalemarkt voor breedbandtoegang spelen, besteedt OPTA geen enkele aandacht aan de geografische afbakening van de markt.
- 3.5.6 Indien OPTA (op basis van de huidige economische realiteit) zou kiezen voor een regionale marktafbakening dan kan er maar één conclusie worden getrokken: in de gebieden waar alternatieve DSL aanbieders geen dekking hebben, is er een duopolie van kabelaanbieders en KPN op zowel de retail- als de wholesalemarkt. OPTA moet de markt dan analyseren volgens de noie van collectieve machtspositie.
- 3.5.7 Zelf al kiest OPTA voor nationale afbakening en dominantieanalyse van de markt dan nog zou zij in haar analyse rekening moeten houden met de geografische dimensie van de wholesalemarkt.
- 3.5.8 Analyse van OPTA is in strijd met de richtsnoeren marktafbakening - OPTA stelt in § 195 dat in de Richtsnoeren van de Europese Commissie over marktafbakening

wordt gesteld dat in de elektronische communicatiesector de omschrijving van de geografisch relevante markt traditioneel plaatsvindt op basis van twee hoofdcriteria:

A) het gebied dat door een netwerk wordt bestreken  
(...)

- 3.5.9 OPTA gaat echter bij de geografische marktafbakening van de markt voor lage kwaliteit wholesale breedband toegang in het geheel niet in op de dekkinggebieden van de verschillende netwerken die wholesale breedband toegang bieden.

### **3.6 Make or buy?**

- 3.6.1 Bij het realiseren van (landelijke) dekking moeten concurrerende DSL aanbieders een economische keuze maken tussen het aanleggen van een eigen infrastructuur of inkopen van wholesaletoegang bij derde partijen. Een aantal partijen heeft ervoor gekozen om eigen infrastructuur uit te rollen in het deel van Nederland waarin dat economisch rendabel is. Daarbuiten zijn partijen geheel afhankelijk van wholesaletoegang van of KPN of kabelaanbieders. In praktijk bieden KPN noch kabelaanbieders toegang tot hun netwerk aan in deze gebieden.

### **3.7 OPTA had regio SSNIP test moeten doen**

- 3.7.1 Bij het afbakenen van een markt gaat het erom concurrentievoorwaarden vast te stellen die binnen een bepaalde gebied en bepaalde productgroep homogeen zijn. ACT is van mening dat OPTA voor de geografische marktafbakening ook een geografische SSNIP test had moeten uitvoeren. Kort gezegd zou deze moeten analyseren welke beslissingen concurrenten zouden nemen indien de hypothetische monopolist zou overgaan tot een prijsverhoging van 10% in gebieden waar deze concurrenten geen eigen netwerk hebben. ACT is ervan overtuigd dat de enige juiste conclusie uit deze regio SSNIP test is, dat de hypothetische monopolist in staat is structureel zijn prijzen te verhogen buiten het dekkinggebied van DSL aanbieders. Toetreding tot de markt kent immers simpelweg te hoge barrières. De investeringen zijn te hoog in verhouding tot de potentiële baten. ACT is van mening een financieel-economische analyse die investeringen beziet in verhouding tot baten in haar analyse had moeten opnemen.

### **3.8 Verplichtingen zijn gerechtvaardigd en noodzakelijk voor infrastructuurconcurrentie**

- 3.8.1 Door niet in te grijpen in de markt voor wholesale breedbandtoegang stagneert infrastructuurconcurrentie. In een groot gebied van Nederland is sprake van een duopolie tussen kabelaanbieders en KPN. OPTA werpt marktpartijen verder terug op de 'ladder of investment' dan dat zij door niet te grijpen infrastructuurconcurrentie zou stimuleren. ACT leden achten een

toegangsverplichting noodzakelijk en proportioneel. OPTA kan door regionale differentiatie en door de mate van prijsregulering rekening houden met de belangen van betrokken partijen.

### **3.9 Conclusie Marktafbakening**

- 3.9.1 ACT is van mening dat OPTA in haar analyse van de markt voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang een verkeerde definitie hanteert die gebaseerd is op een ondeugdelijke analyse en vaak onjuist of onvolledig onderzoek en weergave van de feiten.
- 3.9.2 Aangezien kabel geen toegang biedt die equivalent is met bitstream, kan kabel niet als substituut voor wholesale breedbandtoegang worden gezien. De definitie van de markt én de dominantieanalyse moeten worden aangepast door OPTA. Eveneens dient OPTA nader in te gaan om een mogelijke geografische marktafbakening.

ACT stelt voor de volgende marktdefinitie voor:

de markt voor lage kwaliteits wholesale breedbandtoegang tot DSL netwerken;

subsidiar – indien OPTA kabel wel onderdeel zou laten uitmaken van de markt - zou OPTA een marktafbakening moeten hanteren met een geografisch onderscheid tussen gebieden waar alternatieve DSL aanbieders wel dekking hebben en de gebieden waar zij die dekking niet hebben;

### **3.10 Dominantieanalyse lage kwaliteit wholesale breedband toegang**

- 3.10.1 OPTA stelt vast dat de markt voor lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang daadwerkelijk concurrerend is en dat geen partij op deze markt beschikt over aanmerkelijke marktmacht. OPTA baseert zich daarbij op marktaandeel op basis van aantal aansluitingen en niet op basis van omzet, omdat dat moeilijk zou zijn vanwege het substantiële aandeel interne leveringen. OPTA verwacht verder voor de komende reguleringssperiode slechts een kleine toename van het marktaandeel van KPN, zij verwijst daarbij naar Bijlage 3).
- 3.10.2 Ook de overige factoren zijn volgens OPTA geen rechtvaardiging voor aanmerkelijke marktmacht. OPTA erkent weliswaar dat KPN een aantal voordelen heeft, zoals een hogere dekkingsgraad en een betere uitnutting van schaal- en breedtevoordelen, maar meent dat deze factoren niet zodanig in het voordeel van KPN zijn dat dit tot de conclusie leidt dat er sprake is van aanmerkelijke marktmacht van KPN, mede gelet op de beperkte groei die KPN door haar huidige positie op de markt naar alle waarschijnlijkheid kan bewerkstelligen. Daarnaast is het volgens OPTA aannemelijk dat de pas recentelijk door KPN geboden mogelijkheid voor derden om lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang af te nemen onder

concurrentiedruk tot stand is gekomen. Een positie van aanmerkelijke marktmacht moet daarom volgens OPTA onwaarschijnlijk worden geacht.

	2001	2002	2003	2004
KPN	10-20%	20-30%	30-40%	30-40%
BBNED	0-1%	0-1%	1-5%	1-5%
Versatel	0-1%	0-1%	1-5%	1-5%
Tiscali	0-1%	0-1%	1-5%	1-5%
UPC	40-50%	20-30%	10-20%	10-20%
Essent	10-20%	10-20%	10-20%	10-20%
Casema	10-20%	10-20%	5-10%	5-10%
Overig kabel	10-20%	10-20%	10-20%	5-10%
Overig DSL	0-1%	1-5%	5-10%	5-10%

### 3.11 Marktaandelen

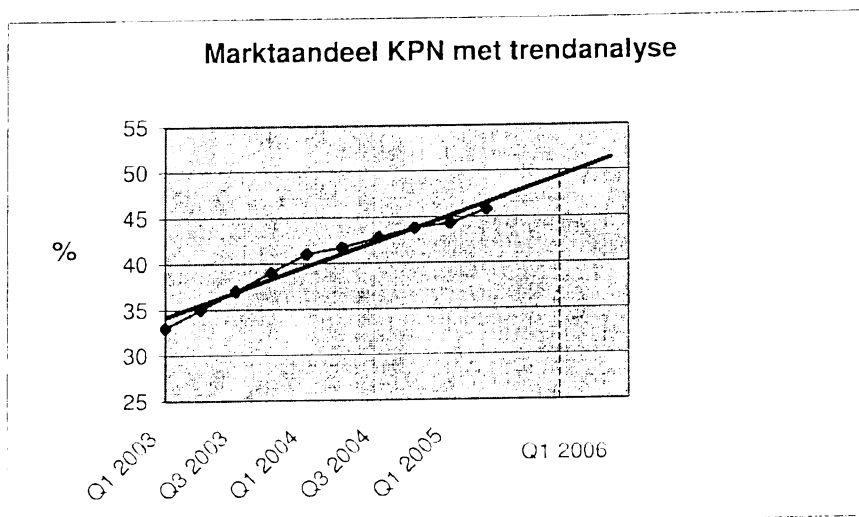
3.11.1 Berekening van het marktaandeel op basis van verkeerde grondslag - OPTA gaat in haar ontwerpbesluit uit van een nationale markt voor wholesale breedbandtoegang, die zowel DSL als kabel omvat. Om eerder gestelde redenen is ACT het hiermee oneens. Indien ervan wordt uitgegaan dat er een separate markt bestaat voor DSL, dan is er alleen al op basis van de marktaandelen evident sprake van een dominante positie van KPN.

Wholesale markt	Aanbodzijde: DSL operators	Marktaandeel DSL operators*	Vraagzijde: ISP's
DSL netwerkaanbieder	KPN Telecom	74%	KPN ISP's en ISP's o.b.v. de agentuurovereenkomst
	Alternatieve DSL netwerkaanbieder	26%	met-KPN ISP's inclusief de aan de DSL aanbieder geïntegreerde ISP

\* gebaseerd op [www.kpn-corporate.com](http://www.kpn-corporate.com)

3.11.2 Indien evenwel wordt uitgegaan van de redenering van OPTA, waarbij de wholesale markt zowel DSL als kabel omvat, dan leidt dit volgens cijfers van KPN tot het volgende marktaandeel van KPN\*:

Q	Q1 2003	Q2 2003	Q3 2003	Q4 2003	Q1 2004	Q2 2004	Q3 2004	Q4 2004	Q1 2005
%	33	35	37	39	41	41,7	42,8	43,8	44,3



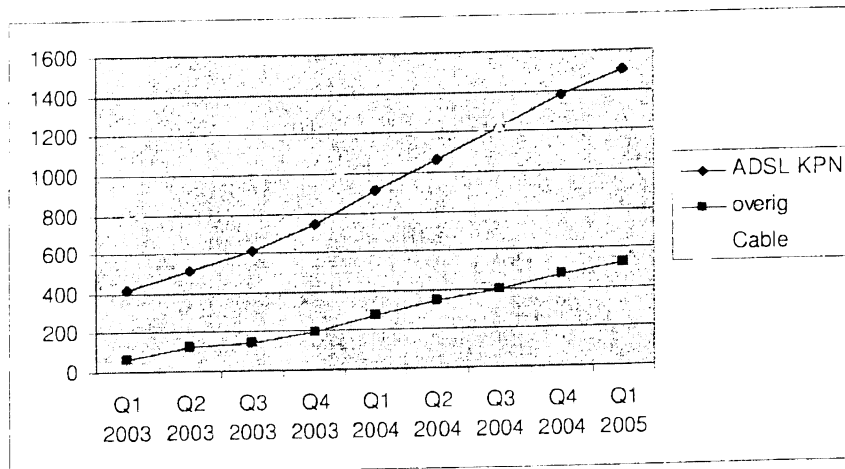
• gebaseerd op [www.kpn-corporate.com](http://www.kpn-corporate.com)

3.11.3 In de laatste kwartaalcijfers (Q1 2005) heeft KPN aangegeven dat het marktaandeel inmiddels is opgelopen tot zeker 44%.

3.11.4 Tevens tonen deze gegevens aan dat het marktaandeel van een sterk stijgende trend ondergaat (11% in 2 jaar!). In haar besluitvorming heeft OPTA echter geen *forward looking approach* gehanteerd over de effecten van een stijgend marktaandeel in de komende 3-jarige reguleringsperiode. Gezien de ontwikkeling over de afgelopen periode valt te verwachten dat binnen afzienbare termijn het marktaandeel van KPN boven de 50% zal uitstijgen (zie bovenstaande grafiek). Overigens heeft ook KPN zelf verschillende malen aangegeven dat zij verwacht dat al begin 2006 haar marktaandeel boven de 50% uit zal stijgen. Onderstaande grafiek bevestigt het feit



dat de groei van KPN aanzienlijk hoger is dan die van andere marktpartijen, zowel DSL partijen als kabelaanbieders.



Afzet (per duizend) op de wholesale breedband toegangsmarkt, gebaseerd op [www.kpn-corporate.com](http://www.kpn-corporate.com)

- 3.11.5 In § 212 van het ontwerpbesluit geeft OPTA een overzicht van de marktaandelen op de markt van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang van 2001 tot 2004. Hierbij merkt ACT in ieder geval het volgende op.
- 3.11.6 In dit overzicht worden de marktaandelen weergegeven met zeer grote marges van 5 tot 10%. Zo is het marktaandeel van KPN volgens figuur 4 in § 212 ultimo 2004 30-40%. Door het op deze wijze weergeven van de marktaandelen van partijen kan niet op zorgvuldige wijze worden bepaald of er sprake is van dominantie. De daadwerkelijke marktaandelen worden immers niet aangegeven. OPTA laat na te motiveren waarom het noodzakelijk zou zijn om met dergelijk grote intervallen te werken, zeker gezien het feit dat er genoeg publiek toegankelijke informatie beschikbaar is. Tevens laat OPTA na te motiveren waarom niet had kunnen worden volstaan met kleinere intervallen.
- 3.11.7 Uit cijfers van KPN zelf blijkt dat haar marktaandeel ultimo 2004 al nagenoeg 44% bedroeg. Dit strookt niet met de door OPTA weergegeven marktaandelen;
- 3.11.8 In figuur 3 van bijlage 3 van het ontwerpbesluit, betreffende de marktaandelen in de retailmarkt voor breedband internettoegang, concludeert OPTA dat KPN ultimo 2004 een marktaandeel zou hebben van 40-50%. Het is bijzonder vreemd dat dit marktaandeel kennelijk afwijkt van het marktaandeel van KPN op de wholesale

breedbandtoegangsmarkt, hetgeen volgens OPTA 30-40% bedraagt. Immers, nu KPN geen wholesale breedbandtoegang biedt, anders dan aan haar eigen interne organisatie (behoudens het onlangs door KPN geïntroduceerde wholesale aanbod, hetgeen zeker op dit moment nog geen noemenswaardig aandeel heeft verworven), zou het marktaandeel op de wholesale markt gelijk moeten zijn aan het marktaandeel op de retailmarkt;

- 3.11.9 OPTA is bij het bepalen van de dominantie op de wholesale breedbandtoegangsmarkt uitgegaan van de cijfers per ultimo 2004. De definitieve vaststelling van de besluiten zal naar alle waarschijnlijkheid eerst eind 2005 plaats vinden. Feit is dat de gegevens op basis waarvan OPTA haar besluit neemt bij het van kracht worden van de definitieve besluiten al zeker een jaar oud zullen zijn. Eerder is al opgemerkt dat OPTA gezien de dynamiek en de nog altijd sterke groei van breedband onterecht geen *forward looking approach* heeft gehanteerd. Nu de gegevens op basis waarvan OPTA haar conclusies heeft genomen minimaal een jaar oud zijn, is er des te meer reden om uit te gaan van een *forward looking approach*.
- 3.11.10 Dit laatste punt klemt des te meer omdat OPTA stelt dat KPN geen aanmerkelijke marktmacht heeft '(...) mede geleerd op de beperkte groei die KPN door haar huidige positie op de markt naar alle waarschijnlijkheid kan bewerkstelligen'. ACT is van mening dat hier juist sprake is van het tegendeel. Door het feit dat KPN slechts concurrentie heeft van kabelaanbieders in een groot gedeelte van Nederland is haar potentiële marktgroei aanzienlijk groter dan die van haar concurrenten. OPTA geeft geen enkele onderbouwing voor deze cruciale veronderstelling. ACT vraagt OPTA haar standpunt op dit punt te herzien. OPTA moet in ieder geval in haar analyse de bruto en netto acquisitie van aanbieders betrekken en de netto groeicijfers extrapoleren naar marktaandelen van het klantenbestand.
- 3.11.11 Een belangrijk onderdeel van deze *forward looking approach* moet zijn dat KPN een veel groter aantal potentiële klanten kan bereiken door haar landelijk uitgerolde netwerk (zie ook opmerkingen bij geografische marktafbakening). KPN hoeft voor 30-40% van de Nederlandse huishoudens slechts met een kabelaanbieder te concurreren.
- 3.11.12 Voorzover OPTA haar conclusie handhaaft dat KPN op dit moment niet zou beschikken over aanmerkelijke marktmacht, geldt dat KPN gedurende de periode van gelding van het ontwerpbesluit zonder meer aanmerkelijke marktmacht zal verwerven, als de huidige trend zich voortzet.

## 3.12 Beoordeling marktaandeel op basis van verkeerde maatstaf

- 3.12.1 OPTA stelt in haar weging van de marktaandelen het volgende: 'In de richtsnoeren geeft de Commissie aan dat het bij een marktaandeel tussen de 40% en 50% niet op voorhand aannemelijk is dat de betrokken onderneming een machtspositie bezit

maar dat dit afhankelijk is van bijkomende factoren. Volgens ACT geeft OPTA hier een afwijkend gewicht aan het criterium “marktaandeel”. De Europese Commissie steit namelijk in de richtsnoeren aanmerkelijke marktmacht dat er in beschikkingenpraktijk: ‘pas sprake is van gevaar voor een individuele machtspositie in geval een onderneming een marktaandeel van meer dan 40% bezit, ofschoon de Commissie soms ook al bij een lager marktaandeel een vermoeden kan hebben van het bestaan van een machtspositie’. Verder besteedt OPTA geen aandacht aan additionele criteria die wijzen op aanmerkelijke marktmacht. Een belangrijk criterium in dat verband is een marktaandeel dat relatief lang stabiel blijft of zelfs stijgt. Dit geldt natuurlijk met name voor relatief hoge marktaandelen tussen de 40 en 50%. Het marktaandeel van KPN is daarvan een schoolvoorbeeld.

- 3.12.2 Vanwege bovenstaande factoren beoordeelt OPTA het marktaandeel verkeerd. ACT verzoekt OPTA de weging van het marktaandeel opnieuw uit te voeren, in overeenstemming met de richtsnoeren, relevante wet- en regelgeving, jurisprudentie uit het mededingingsrecht en een *forward looking approach*

### 3.13 Bijkomende factoren

- 3.13.1 In de richtsnoeren van de Europese Commissie over marktafbakening worden criteria genoemd op basis waarvan aanmerkelijke marktmacht kan worden aangetoond. OPTA behandelt een aantal van deze criteria in haar analyse van aanmerkelijke marktmacht: - controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur;

- afwezigheid van kopersmacht;
- bundeling van producten;
- schaal- en breedtevoordelen en;
- verticale integratie.

- 3.13.2 OPTA besteedt echter – zonder dit te motiveren – geen aandacht de volgende criteria uit de richtsnoeren van de Commissie:

- a. De totale omvang van de onderneming;
- c. De technologische voorsprong of superioriteit;
- e. Gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen;

f. Product-/dienstendiversificatie (bijvoorbeeld bundeling van producten of diensten);

j. Een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk;

k. Het ontbreken van potentiële concurrentie;

l. Grenzen aan de expansie.

3.13.3 OPTA heeft de criteria uit de richtsnoeren onvoldoende onderzocht. ACT is van mening dat OPTA op basis van deze factoren tot de conclusie moet komen dat KPN een dominante positie heeft op de markt voor wholesale breedbandtoegang. Onderstaand gaat ACT nader in op de criteria die OPTA in haar ontwerpbesluit wel aan de orde stelt.

### **3.14 Controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur**

3.14.1 OPTA stelt in het ontwerpbesluit dat:

De infrastructuur van KPN is niet gemakkelijk te dupliceren door andere aanbieders. Daarbij geldt echter wel dat het percentage bereikte huishoudens van een aantal concurrenten van KPN reeds aanzienlijk hoger ligt met percentages boven de 60 en zelfs 70%. Bovengenoemde percentages zullen verder toenemen. Marktpartijen hebben het college aangegeven uitrol te blijven realiseren waardoor hun concurrentiepositie verder kan worden versterkt. Daarbij blijkt al uit de vigerende concurrentie op de markt die ondersteund wordt door lage kwaliteit wholesalebreedbandtoegang (zijnde de retailmarkt voor breedband internet) dat landelijke dekking geen vereiste is om op deze markt te kunnen concurreren.

3.14.2 ACT is het om de volgende redenen oneens met deze redenering.

i) Volledige uitrol is niet economisch haalbaar en OPTA overschat het dekkingspercentage van aanbieders. Zo stelt OPTA dat binnen een dekkingspercentage van 90%<sup>4</sup> zou bieden. Dit heeft echter geen betrekking op de markt voor lage kwaliteit. Voor deze markt geldt dat het maximale dekkingspercentage van alternatieve aanbieders niet meer dan hooguit +/- 70% bedraagt.

ii) uitrol situatie blijft tot op heden fors achter. Tevens is er sprake van een tweedeling OPTA stelt weliswaar in het ontwerpbesluit dat verdere uitrol zal blijven plaatsvinden.

Het is opvallend dat OPTA zelf bij het vaststellen van tarieven voor collocatie ten aanzien van uitrol van netwerken stelt dat:

---

<sup>4</sup> Hier gaat OPTA uit van een percentage waarin ook de door binnen bij KPN afgenomen instroomtoegang is verdisconteerd

- OPTA is in het oorspronkelijk geschilbesluit uitgegaan van een potentieel aantal configuraties gebaseerd op volledige uitrol
- De werkelijke KPN versus de rest van de markt
- De ontvangen prognoses van marktpartijen tonen grote ambities, maar geven weinig harde aantallen en tijdslijnen
- iii) OPTA stelt dat landelijke dekking geen vereiste is om te kunnen concurreren op de retailmarkt. ACT is het niet eens met deze stelling van OPTA. OPTA moet analyseren of het mogelijk is gedurende de reguleringsperiode structureel te concurreren met KPN zonder een landelijk dekkend aanbod op de retailmarkt. ACT is van mening dat dit niet mogelijk is omdat niet dezelfde schaal- en breedtevoordelen als KPN behaald kunnen worden.

3.14.3 KPN heeft haar netwerk kunnen uitrollen vanuit een monopoliepositie met voordelen waarvan andere partijen geen gebruik kunnen maken. De investeringen die gepaard gaan met volledige uitrol zijn voor alternatieve aanbieders niet rendabel. Het verbaast ACT dat OPTA op geen enkele wijze een analyse maakt van de investeringsbeslissingen die gepaard gaan met netwerkuitrol: d.w.z. benodigde investering versus het marktpotentieel met daarbij in ogenschouw genomen het klantenbestand dat op alternatieve wijze kan worden verworven en gemigreerd naar een eigen netwerk.

### **3.15 Schaal- en breedtevoordelen**

3.15.1 In § 220 tot en met 225 van het ontwerpbesluit gaat OPTA nader in op de schaal- en breedtevoordelen van KPN ten opzichte van alternatieve aanbieders.

3.15.2 OPTA acht de schaalvoordelen die KPN behaalt waar het gaat om netwerkkosten relatief, aangezien de kosten van een netwerk minder dan evenredig oplopen met het verkeersvolume over het netwerk. De marginale kosten zullen volgens OPTA bij hoge volumes sterk dalen.

3.15.3 Dit laatste wordt door OPTA niet gemotiveerd. OPTA negeert de geografische component: de uitrol van netwerken. Het is voor alternatieve aanbieders überhaupt niet economisch rendabel om een landelijk dekkend netwerk aan te leggen. Dit betekent natuurlijk dat vergelijkbare schaalvoordelen als KPN die heeft niet aan de orde zijn. Ten tweede gaat OPTA niet inhoudelijk in op de breedtevoordelen die KPN heeft.

3.15.4 Bovendien is er sprake van andere schaalvoordelen die in het voordeel van KPN zijn en waar andere aanbieders gezien hun beperkte netwerkdekking niet van kunnen profiteren. Er is in ieder geval sprake van de volgende schaalvoordelen:

- 3.15.5 “Buying power”; de inkoopkracht op gebied van onder meer netwerkcomponenten, reclamezendtijd etc. is vele malen sterker aangezien er sprake is van grotere afnamevolumes;
- 3.15.6 “Marketing&Sales”; landelijk adverteren (tv- en radiospots) is vele malen effectiever. Partijen met een beperkte dekking adverteren op die wijze ook in gebieden waar zij hun diensten niet kunnen aanbieden, maar zijn wel genoodzaakt landelijke media in te zetten;
- 3.15.7 “Ontwikkeling innovatieve diensten”; de kosten die gepaard gaan met de ontwikkeling van nieuwe diensten kunnen worden verdeeld over een groter klantenbestand;
- 3.15.8 “Aantrekkingskracht content/toegevoegde waarde diensten”; partijen met een landelijk dekkend netwerk bieden een grotere potentie voor content aanbieders en aanbieders van andersoortige toegevoegde waarde diensten.
- 3.15.9 Voorts merkt OPTA in § 223 op dat ook concurrenten van KPN schaalvergroting realiseren en daardoor in toenemende mate profijt hebben van schaalvoordelen. Dit is onbegrijpelijk aangezien de groei van KPN juist sterker is dan die van de overige partijen (zie de grafieken bij dominantieanalyse). Volgens de redenering van OPTA dat er een “concurrentieel voordeel ontstaat voor de aanbieder met de meeste eindgebruikers (§ 221)” neemt het voordeel van KPN ten opzichte van de alternatieve partijen dus alleen maar toe.
- 3.15.10 Ten aanzien van breedtevoordelen merkt OPTA in § 225 op dat KPN wholesale-breedbandtoegang efficiënter kan produceren dan alternatieve aanbieders, aangezien KPN haar investeringen in het transportnetwerk naar en faciliteiten op MDF locaties ook gebruikt voor het aanbieden van retail telefonie en huurlijnen. KPN is op die wijze in staat deze kosten over meerdere diensten te verspreiden, hetgeen leidt tot een breedtevoordeel voor KPN. Dit laat volgens OPTA echter onverlet dat andere partijen op het moment dat zij een bredere productportefolio aan gaan, bieden ook breedtevoordelen kunnen genieten.
- 3.15.11 OPTA lijkt met deze laatste opmerking het terecht geconstateerde breedtevoordeel voor KPN volledig te onderschatten. Ten eerste is het transportnetwerk één van de grotere kostencomponenten in de dienstverlening van aanbieders. Gezien de ontwikkeling van het internetverkeer zal dit in de toekomst alleen nog maar in belangrijke mate toenemen. Ten tweede zijn alternatieve partijen niet in staat een dergelijk transportnetwerk te dupliceren en vervolgens aan te wenden voor andere diensten. Ten derde is KPN in de niet-stedelijke gebieden vooral de enige aanbieder van een transportnetwerk naar MDF centrales. Kortom, KPN behaalt hier dus een enorm voordeel ten opzichte van alternatieve aanbieders. Alternatieve aanbieders zullen nummer in staat zijn dergelijke breedtevoordelen te behalen.

3.15.12 ACT heeft in het bovenstaande gerefereerd aan een aantal criteria die OPTA niet in haar besluit heeft meegenomen. In een aantal gevallen heeft OPTA hier in de vragenlijsten wel vragen over gesteld. ACT begrijpt niet waarom deze criteria niet aan bod komen in het besluit van OPTA. Volgens ACT leidt een analyse van deze criteria ook tot nadere aanwijzingen voor een dominante positie van KPN.

### **3.16 Hefboomwerking**

3.16.1 ACT leden zijn van mening dat OPTA meer aandacht had moeten besteden aan de relatie met andere markten. OPTA besteedt geen aandacht aan het hefboom effect: de mogelijkheid voor een partij met een dominante positie in de ene markt, deze positie over te hevelen naar een andere markt.

3.16.2 In de ontwerpbesluiten van OPTA wordt KPN aangewezen als partij met aanmerkelijke markt macht op de markten voor vaste telefonie en de markt voor ontbundelde toegang. ACT is van mening dat deze markten zeer nauw verwant zijn met de markt voor wholesale breedband toegang en dat OPTA ten eerste dit hefboom effect had moeten analyseren, en ten tweede op basis daarvan – ook in combinatie met andere bijkomende factoren – KPN had moeten aanwijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht.

3.16.3 OPTA heeft op basis van haar dominante positie op de markt voor vaste telefonie een commerciële relatie met vrijwel alle Nederlandse huishoudens. KPN is daarmee het enige bedrijf met een dergelijk uitgebreid klantenbestand in de elektronische communicatiesector en zelfs in heel Nederland. Niet voor niets wordt het klantenbestand van KPN als beste basis gezien voor direct marketing activiteiten en adrescontrole. Ook indien een klant geen vaste telefonie afneemt bij KPN is hij indirect klant bij KPN doordat zijn telefoonaanbieder een volledige ontbundelde aansluitlijn afneemt. KPN heeft daarmee essentiële informatie over de klant. Ze weet bijvoorbeeld wanneer een klant zijn aansluiting opzegt en is in staat deze informatie op andere markten te gebruiken.

### **3.17 Analyse van het wegvallen van reguleringsdreiging**

3.17.1 Tot slot is ACT van mening dat OPTA in haar analyse rekening had moeten houden met het wegvallen van reguleringsdreiging. OPTA maakt in markten waar sprake is van regulering een analyse of er sprake zou zijn van een dominante positie indien er geen regulering zou zijn. ACT is van mening dat OPTA een vergelijkbare analyse ook voor de lage kwaliteits wholesale breedband toegangsmarkt had moeten uitvoeren.

3.17.2 Een bedrijf dat economisch rationeel handelt zal indien mogelijk proberen haar gedrag in de markt tijdelijk aan te passen als dat betekent dat zij regulering kan ontlopen. KPN heeft dat volgens ACT in het geval van deze markt ook gedaan. ACT

ziet hier nu al concreet bewijs van (bijvoorbeeld t.a.v. het recente wholesaleaanbod breedbandtoegang en ook t.a.v. het retailaanbod: de introductie van ADSL Only, het aanbieden van meer abonnementen onder de kostprijs, etc.).

## **4 Conclusie dominantieanalyse**

4.1.1 ACT leden zijn primair van mening dat OPTA op basis van een marktdefinitie zonder kabel tot de conclusie had moeten komen dat KPN aanmerkelijke marktmacht heeft op basis van een marktaandeel van meer dan 74%.

4.1.2 Echter ook op basis van een marktafbakening waar ook toegang tot kabel tot de relevante markt behoort, heeft KPN een marktaandeel dat tot een aanmerkelijke marktmacht aanwijzing zou moeten leiden. Zeker als alle relevante criteria voor de weging van marktaandeel en bijkomende factoren die hierboven aan de orde zijn gesteld worden meegenomen. ACT verzoekt OPTA in haar finale besluit de genoemde factoren mee te wegen en haar analyse en conclusie te herzien door KPN aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht.

### **4.1.3 Passende verplichtingen**

ACT is van mening dat KPN wel degelijk een dominante positie op de relevante markt heeft. Misbruik van die dominante positie blijkt volgens ACT bijvoorbeeld uit het stijgende marktaandeel van KPN. Zij is hiertoe in staat door haar dominante positie. Onderstaand gaat ACT nader in op de gedragingen van KPN die misbruikelijk zijn.

## **4.2 (Potentieel) mededingingsbeperkende gedragingen**

4.2.1 Aangezien KPN altijd heeft geweigerd een redelijk aanbod voor wholesale breedband toegang tot haar netwerk te doen, is het niet mogelijk alle vormen van mededingingsbeperkende gedragingen volledig te analyseren.

## **4.3 Leveringsweigering**

4.3.1 De belangrijkste mededingingsbeperkende gedraging is leveringsweigering. KPN heeft altijd geweigerd een lage kwaliteit wholesale bitstream aanbod te doen aan concurrenten. Weliswaar heeft KPN met verschillende partijen gesproken over een bitstream aanbod maar KPN heeft nooit een redelijk aanbod gedaan. In tegendeel, er zijn sterke bewijzen om aan te nemen dat KPN slechts wholesale aanbiedingen heeft gedaan om te verhinderen dat partijen een eigen DSL netwerken zouden aanleggen (zie hiervoor input van individuele ACT partijen). Volgens ACT is dit



eerder een teken van machtsmisbruik dan van het feit dat een wholesale aanbod onder concurrentiedruk tot stand zou komen.

- 4.3.2 In de ogen van ACT leden overschat OPTA de betekenis van het huidige wholesale aanbod van KPN dan ook volledig (zie ook hieronder bij strategisch productontwerp). De marktaandelen op de wholesalemarkt tonen dit ook aan. Het overgrote deel van het marktaandeel van KPN bestaat uit interne leveringen. Het marktaandeel van KPN dat bestaat uit externe wholesale leveringen is verwaarloosbaar klein en het is op dit moment niet mogelijk om te concluderen dat er enig concurrentie effect van uitgaat.

#### **4.4 Strategisch productontwerp**

- 4.4.1 OPTA constateert dat KPN recentelijk gestart is met levering van lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang. Volgens OPTA is het aannemelijk dat dit aanbod onder concurrentiedruk tot stand is gekomen (zie § 230). Een positie van aanmerkelijke marktmacht zou daarom onwaarschijnlijk moeten worden geacht.
- 4.4.2 Op geen enkele wijze onderbouwt OPTA echter dat een dergelijk aanbod onder concurrentiedruk tot stand gekomen is. ACT bestrijdt dit dan ook ten zeerste en is van mening dat dit aanbod door KPN slechts in de markt is gezet om een aanmerkelijke marktmacht aanwijzing door OPTA te voorkomen. ACT verwijst ook naar de noodzaak van een analyse van het handelen van KPN zonder reguleringsdreiging.
- 4.4.3 KPN kondigde in haar jaarcijfers over 2004 de introductie van een wholesale aanbod aan. KPN srelde hierover in haar presentatie van haar Q1 2005 cijfers het volgende:
- “In the first quarter of 2005, KPN introduced Wholesale ADSL service, an added-value service on top of local loop unbundling, which enables ISPs and telecommunication companies to add ISP specific value without the need to invest in their own ADSL network. Several major wholesale ADSL agreements were signed and other parties have expressed their interest in this service.”*
- 4.4.4 Van bovenstaande is geen enkel bewijs beschikbaar. De simpele constatering dat er een wholesale aanbod is, is niet relevant voor de analyse ervan. OPTA moet een onderbouwd oordeel vellen over de relevantie van een dergelijk wholesale aanbod voor de concurrentie omstandigheden op de markt.
- 4.4.5 ACT meent dat de introductie van dit aanbod erop is gericht om de dominante positie van KPN op de markt voor wholesale breedbandtoegang slechts te versterken.
- 4.4.6 Slechts een aantal maanden voor publicatie van de ontwerpbesluiten door OPTA introduceerde KPN het wholesale aanbod. Voor zover ACT bekend is dit wholesale

aanbod slechts geaccepteerd door Tele2 en Solcon, kleine partijen die slechts marginale marktaandeelen in dit marktsegment vertegenwoordigen. KPN wekt hiermee de indruk "vrijwillig" tegemoet te komen aan de vraag van partijen teneinde daardoor regulering te vermijden;

- 4.4.7 De voorwaarden van het aanbod zijn zeer ongunstig, zowel qua tarifiering als overige voorwaarden. Het huidige ADSL van KPN aanbod op de retailmarkt ligt onder de wholesale prijs, waardoor effectieve concurrentie op basis van dit wholesale aanbod is uitgesloten. Onderhandelingen over herziene tarieven hebben tot op heden tot niets geleid;
- 4.4.8 Onderhandelingen over aanpassing van productspecificaties leiden tot niets;
- 4.4.9 Het wholesale aanbod vormt geen alternatief buiten de netwerkdekking van alternatieve aanbieders. In het wholesale aanbod wordt een scheiding gemaakt tussen A en B gebieden. De "goedkopere" A gebieden komen voor het merendeel overeen met de dekking van de ULL netwerken van alternatieve partijen. Door de nog hogere tarifiering in de B gebieden kan het wholesale aanbod al helemaal niet tot een alternatief leiden, aangezien concurrentie met de KPN ISP's (die kennelijk geen last van hogere kosten lijken te hebben) hierdoor niet kan worden aangegaan;
- 4.4.10 ACT meent dat het aanbod voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang een vorm van strategisch product ontwerp is, bedoeld om de dominante positie van KPN op deze markt te versterken en de positie van alternatieve DSL aanbieders te verzwakken. ACT is van mening dat dit strategisch product ontwerp in de nabije toekomst mede tot uiting zal komen bij het aanbod van VDSL vanuit de subloop. Met VDSL is KPN in staat een nieuwe generatie diensten aan afnemers aan te bieden waartoe geen enkele andere aanbieder in de markt in staat is. Door het ontbreken van regulering van het aanbod lage kwaliteit wholesale kan KPN ongestoord VDSL introduceren zonder de verplichting gelijktijdig een gereguleerd wholesale aanbod te moeten doen. Dit is bij uitstek een voorbeeld van strategisch productontwerp
- 4.4.11 Een eventuele nieuwe marktanalyse door OPTA naar aanleiding van de introductie van VDSL, zo dit al mogelijk is en door OPTA opportuun geacht wordt, zal alternatieve aanbieders hoe dan ook op onoverkoombare achterstand zetten. KPN zal immers in de tussentijd in staat zijn haar klanten van ADSL(2+) naar VDSL te migreren en ook de rest van de markt naar zich toe te trekken (vgl. introductie ULL).
- 4.4.12 ACT is van mening dat er ook een concreet gevaar is op de volgende mededingingsbeperkende gedragingen op de wholesalemarkt: price squeeze, discriminatie, roofprijzen en uiteindelijk excessieve prijzen. Ook de gedragingen van KPN op het gebied van het MxStream (agentuur) model zijn door OPTA niet meegenomen als potentiële mededingingsbeperking en dienen door OPTA nader te worden onderzocht.

- 4.4.13 Tot slot wil ACT nader ingaan op het recente voorbeeld waarin KPN niet-KPN ISPs die gebruik maken van het agentuurmodel, verhindert om klanten naar hun eigen netwerk te migreren. ACT verwijst voor de beschrijving van deze praktijken naar het commentaar van ACT op de retailmarkt voor breedband. Echter, ook voor de wholesalemarkt is deze gedraging van KPN mededingingsbeperkend. Het verhindert immers zowel het afnemen van alternatieven van KPN op de wholesalemarkt als dat het investeringen in ontbundelde toegang om zelf tot de wholesalemarkt toe te treden belemmert.
- 4.4.14 ACT is van mening dat een dergelijke gedraging een schoolvoorbeeld van machtsmisbruik is. Kennelijk voelt KPN zich echter gesterkt door de analyse van OPTA dat er geen sprake is van een dominante positie van KPN op markt 12. Volgens ACT dient OPTA deze gedraging echter in samenhang tussen markt 12 en markt 11 te zien. De gedraging van KPN is evident in strijd met het kartelverbod. OPTA dient dan ook in haar definitieve besluit de mededingingsbeperkende werking van de gedragingen van KPN mee te nemen in haar motivering.

## 5 Remedies

- 5.1.1 ACT is van mening dat OPTA verplichtingen moet opleggen aan KPN om machtsmisbruik te voorkomen en infrastructuur concurrentie te bevorderen. Op basis van bovenstaand concurrentieverstorend gedrag van KPN acht ACT het opleggen van verplichtingen noodzakelijk en proportioneel.
- *Non-discriminatie.* KPN moet externe ISPs op gelijke wijze behandelen als interne ISPs.
  - *Transparantie.* wholesale breedband toegang dient te zijn gebaseerd op een referentieaanbod. Indien de interne en externe afnemers van wholesale breedband toegang hetzelfde referentieaanbod krijgen voorgelegd, kan worden voorkomen dat interne bedrijfsonderdelen van KPN een aanbod met gunstiger voorwaarden dan externe ISPs.
  - *Toegang.* KPN moet een aanbod doen voor bitstream toegang tot haar netwerk onder redelijke voorwaarden. ACT leden verstaan onder redelijke voorwaarden het volgende:
    - het bitstream aanbod moet dekking garanderen in die gebieden waar geen alternatief is voor KPN;
    - het bitstream aanbod is transparant en non-discriminair;
    - het bitstream aanbod stimuleert verdere netwerkuitrol.

- 5.1.2 KPN mag informatie die zij op basis van dit toegangs aanbod verkrijgt, niet gebruiken voor andere doeleinden. Dit vereist een afdoende scheiding van bedrijfsonderdelen, toegang tot informatie en ook scheiding van informatie;
- 5.1.3 *Kostenoriëntatie* - ACT is van mening dat zonder prijsregulering van het toegangs aanbod van KPN een toegangsverplichting geen toegevoegde waarde heeft. In de mate van prijsregulering dient echter wel het belang van infrastructuurconcurrentie en investeringsbeslissingen te worden meegewogen. Strikte prijsregulering ligt niet voor de hand.

## 6 Hoge kwaliteit wholesale breedband toegang

### 6.1 Marktafbakening

- 6.1.1 Zie eerdere opmerkingen bij de markt voor lage kwaliteit breedbandtoegangsdiensten. ACT kan zich in principe vinden in het onderscheid tussen lage en hoge kwaliteit. ACT wil echter aandacht vragen voor twee aandachtspunten. Ten eerste verschillen in geografische uitrol tussen aanbieders. Ten tweede wil ACT verwijzen naar de afbakening op de retailmarkt. ACT begrijpt niet dat OPTA het onderscheid tussen lage en hoge kwaliteit niet ook hanteert op de retailmarkt.

### 6.2 Dominantie analyse

- 6.2.1 OPTA stelt vast dat de markt voor hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang niet daadwerkelijk concurrerend is en dat KPN op die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht.

	2003	2004
KPN	51-60%	64-71%
BBNed	20-30%	20-30%
Versatel	5-10%	5-10%
Novaxess	5-10%	5-10%
MCI	0-1%	0-1%

- 6.2.2 Marktaandeel KPN is volgens OPTA de afgelopen 2 jaar gestegen tot 64% (255), dat van bbned is stabiel gebleven, en de aandelen van de andere alternatieve xDSL-aanbieders lopen enigszins terug volgens OPTA (236). Het marktaandeel van KPN is op zichzelf reeds bewijs van aanmerkelijke marktmacht, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten. Van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden is

volgens OPTA ook geen sprake. KPN is namelijk de enige aanbieder van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang die beschikt over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur; te weten een landelijk dekkend netwerk. Landelijke dekking is met name van groot belang om de markt voor datacommunicatie te kunnen bedienen. Derden partijen zijn vanwege hun beperkte dekkingsgraad afhankelijk van wholesale-breedbandtoegang van KPN om zelfstandig datacommunicatiediensten aan te kunnen bieden of om anderen daartoe in staat te kunnen stellen. Omdat datacommunicatiediensten een belangrijk deel van de afzet vormen van wholesalebreedbandtoegang worden derden partijen gemarginaliseerd indien hen deze mogelijkheid wordt onthouden, etc ... (zie § 255 e.v.)

6.2.3 ACT is eens met de conclusies van OPTA.

## 7 MEDEDINGINGSPROBLEMEN

7.1.1 OPTA concludeert dat op de wholesale markt voor hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang de volgende mededingingsbeperkende gedragingen als gevolg van de aanmerkelijke marktmacht van KPN op deze markt zouden kunnen voorkomen:

- leveringsweigering/toegangswegering;
- prijsdiscriminatie
- excessieve prijzen;
- discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie;
- vertragungstactieken en gebruik van oneigenlijke voorwaarden;
- kwaliteitsdiscriminatie;
- oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten;
- kruissubsidiëring en bundeling/koppelverkoop;
- strategisch productontwerp.

7.1.2 Aandachtspunt is dat OPTA meent dat geen sprake kan zijn van roofprijzen (272-275). ACT is van mening dat er wel degelijk een gevaar bestaat op het hanteren van roofprijzen. Dit blijkt ook in de praktijk het geval te zijn. ACT constateert dat KPN haar dominante positie tot op heden heeft misbruikt en dat het reële gevaar bestaat dat zij dit ook in de toekomst zal doen om concurrenten uit de markt te drukken. De drie belangrijkste tactieken waarmee zij dit doet is strategisch productontwerp, excessieve prijzen en roofprijzen. OPTA miskent: volgens ACT volstrekt dat KPN geen commerciële drijfveren heeft voor het doen van een toegangs aanbod. Daarmee overschat OPTA de marktwerking op deze markt en onderschat OPTA de noodzakelijke verplichtingen die moeten worden opgelegd.

7.1.3 Concreet bestaan de mededingingsbeperkende dreiging eruit dat KPN in gebieden waar concurrenten van KPN geen dekking bieden excessieve tarieven rekent voor toegang, terwijl zij in gebieden waar andere partij door middel van eigen infrastructuur diensten aanbieden dumprijzen rekent. In de praktijk zal KPN een combinatie van roof- en excessieve prijzen hanteren. Haar strategie komt er op neer om zowel investeringen in infrastructuur te ontmoedigen als om klanten te verhinderen naar concurrenten over te stappen. Dit rechtvaardigt volgens ACT striktere remedies dan OPTA oplegt: nl. onder- én bovengrensregulering.

## 8 VERPLICHTINGEN / NADERE INVULLING VERPLICHTINGEN

8.1.1 OPTA legt aan KPN verplichtingen op tot toegang, non-discriminatie en transparantie (referentieaanbod).

Mededingingsprobleem	Toegang	Transparantie	Non-discriminatie
Leveringsweigeren/toegangswegering	X		
Prijsdiscriminatie			X
Excessieve prijzen			X
Discriminator gebruik of achterhouding van informatie		X	
Verragingstacteken	X		
Oneigenlijke voorwaarden	X		
Kwaliteitsdiscriminatie			X
Oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten	X		
Kruissubsidiëring			X
Bundeling/koppelverkoop	X		
Strategisch productontwerp	X		

8.1.2 Aandachtspunt is dat OPTA - wederom - niet bereid is een verplichting tot tariefregulering (kostenorientatie) en gescheiden boekhouding op te leggen. OPTA meent dat de aanwezigheid van concurrentie in combinatie met een verplichting tot toegang en non-discriminatie voldoende is om excessieve tarieven te voorkomen. De motivatie is dun en is hieronder integraal weergegeven.

*"Afnemers van hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang zullen dan (= bij exorbitante prijzen) immers voor alle overige locaties waarvoor concurrenten van KPN wel een alternatief bieden, bijv. concurrenten inkopen. Slechts op die locaties waar concurrenten geen alternatief bieden zullen zij de hoog geprijsde hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang bij KPN inkopen. KPN zal als gevolg hiervan slechts een geringe afzet behalen, terwijl haar concurrenten die marktbreed met een lagere tariefstelling opereren hun afzet zullen zien toenemen. Een marktbreed aanbod heeft voor KPN alleen zin als haar tariefstelling competitief is. Het bestaan van de verplichting tot non-discriminatoire levering geeft KPN een economische*

*prikkel om ook daadwerkelijk op de hele markt te concurreren, en niet slechts op verzoek hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang te leveren tegen een excessief tarief. Het college acht in aanwezigheid van de verplichting toegang en non-discriminatie, een excessieve tariefstelling van KPN daarom niet waarschijnlijk, hetgeen ook door de huidige tarieven van KPN wordt bevestigd.*

*331. Het toepassen van een non-discriminatie verplichting zal derhalve bijdragen aan het opheffen van de geschetste (potentiële) mededingingsprobleem van excessieve wholesale-tarieven. Dit geldt naar het oordeel van het college naast het geconstateerde (potentiële)mededingingsprobleem van het hanteren van excessieve prijzen - ook voor het gebruik van rooftprijzen ten nadele van concurrenten. De reden hiervoor is de structuur van de markt waar zowel dienstenaanbieders met zeer beperkte netwerk-uitrol als partijen met een grotere mate van netwerkuitrol actief zijn." (329-331)*

- 8.1.3 ACT is het niet eens met deze redenering. Verplichtingen op wholesaleniveau zijn niet afdoende om ook het risico van rooftprijzen op retailniveau te ondervangen. ACT heeft hierboven bij de opmerkingen over (potentieel) mededingingsbeperkende gedragingen al aangegeven dat de huidige verplichtingen niet afdoende zijn. ACT is van mening dat OPTA ook kostenoriëntatie op basis van WPC variant 2 (in de door ACT voorgestane vorm) moet opleggen. Zowel de boven- en de ondergrens van de tarieven van KPN moeten worden gereguleerd. Zoals eerder gesteld is ACT het niet eens met de constatering van OPTA dat er geen gevaar bestaat op rooftprijzen. ACT begrijpt niet waarom OPTA excessieve prijzen wel als gevaar ziet maar niet overgaat tot het opleggen van kostenoriëntatie.
- 8.1.4 Volgens ACT biedt een toegangsverplichting zonder kostenoriëntatie niet afdoende waarborgen. Indien toegang slechts non-discriminatoire verdeling hoeft te worden, is er geen bescherming tegen strategisch productontwerp door KPN op basis van te hoge of juist te lage prijzen. Een hoge of lage toegangsprijs is immers voor de verrekening tussen bedrijfsonderdelen van KPN slechts een boekhoudkundige kwestie.
- 8.1.5 In aanvulling daarop is ACT van mening dat alleen effectief toezicht op de toegangsverplichting en kostenoriëntatie kan plaatsvinden indien er ook een verplichting tot gescheiden boekhouding wordt opgelegd.
- 8.1.6 Verder vindt ACT dat de toegangsverplichting niet voldoende wordt geoperationaliseerd. Daartoe moet het leveringsproces specifiekere worden ingevuld.
- 8.1.7 Ook begrijpt ACT niet waarom een voorbehoud wordt gemaakt bij verplichte boete in verband met te late levering. ACT is van mening dat dergelijke voorbehouden niet op zijn plaats zijn, er dient in principe automatisch een boete te worden opgelegd.

- 8.1.8 KPN dient geen oneigenlijke voorwaarden te stellen ten aanzien van het verlenen van hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang (§ 322).
- 8.1.9 KPN dient te verzekeren dat verschillende producten betreffende hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang niet onnodig gebundeld worden aangeboden, teneinde te voorkomen dat afnemers moeten betalen voor producten die niet nodig zijn om de beoogde toegang af te nemen (§ 323).
- 8.1.10 KPN mag informatie die op basis van verzoeken voor toegang betreffende hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang wordt verkregen, enkel gebruiken om die toegang te verlenen (§ 324)

## 9 Conclusie

OPTA moet haar analyse van (potentiële) mededingingsbeperkende gedragingen bijstellen. Het risico bestaat wel degelijk dat KPN rooiprijzen hanteert. Verder is ACT van mening dat een toegangsverplichting zonder strikt toezicht op de voorwaarden waaronder toezicht wordt geleverd een lege huls dreigt te worden. ACT is voorstander van prijsregulering van toegang. Ook hier dient het belang van toegang te worden afgewogen tegen het belang van infrastructuurconcurrentie.

## 10 Retailmarkt

- 10.1.1 ACT is van mening dat er in het ontwerpbesluit onvoldoende aandacht is voor de analyse van de retailmarkt. Verder verbindt OPTA onjuiste conclusies aan de vermeende daadwerkelijke concurrentie op de retailmarkt door deze te verbinden met een hypothetische onderliggende wholesalemarkt waar ook kabel deel van uit maakt.
- 10.1.2 ACT vindt deze analyse niet juist en is van mening dat er grote vraagtekens bij concurrentie op de retailmarkt kunnen worden geplaatst. Er valt nu al veel te zeggen voor het aanwijzen van KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht, maar zeker is dat gedurende de reguleringsperiode van 3 jaar een dominante positie van KPN zal ontstaan indien OPTA niet ingrijpt op de wholesalemarkt voor breedbandtoegang.
- 10.1.3 OPTA kent in haar analyse van de wholesalemarkt een zeer grote waarde toe aan (de vermeende concurrentie op) de retailmarkt. ACT is van mening dat OPTA ten onrechte tot deze conclusie komt. Ten eerste maakt OPTA zich er erg makkelijk vanaf door een erg beknopte analyse van de retailmarkt; ten tweede miskent zij een groot aantal problemen op deze markt en tenslotte heeft OPTA geen aandacht voor een *forward looking approach*.



## 11 De retailmarkt

### 11.1 Marktafbakening

- 11.1.1 OPTA gaat in de analyse van de retailmarkt voorbij aan een aantal belangrijke punten. OPTA houdt geen rekening met de positie van KPN op de wholesalemarkt en gebruikt een cirkelredenering. De retailmarkt is concurrerend en daarom is de wholesalemarkt ook concurrerend. Dit terwijl er voldoende tekenen zijn dat KPN zijn positie op de wholesalemarkt ge(mis)bruikt om zijn positie op de retailmarkt verder te versterken. Een goed voorbeeld hiervan is price squeeze bij ADSL, Tijdsurfen en ADSL Instapsurfen.
- 11.1.2 Daarnaast gaat OPTA voorbij aan de situatie dat er op de retailmarkt sprake is van een acquisitiemarkt en een overstapmarkt. Eindgebruikers zullen veelal bij de aanschaf van een breedbandverbinding een afweging maken tussen een kabel of DSL abonnement. Echter, nadat de aanschaf is gedaan zijn de overstapmogelijkheden van kabel naar DSL en vice versa zeer beperkt. Dit wordt veroorzaakt door hoge overstapdrempels.
- 11.1.3 OPTA betreft deze hoge overstapdrempels op de breedbandmarkt niet in haar analyse. ACT is van mening dat uit onderstaande analyse van de overstapkosten blijkt dat er sprake is van hoge overstapdrempels.

i) Stel dat een klant is aangesloten op het netwerk van KPN en wil overstappen naar een kabelaanbieder.

Overstap kosten: installatie	€ 39,95
Modem:	€ 45
Totale kosten	€ 84,95

Klant heeft van KPN een DSL dienst ter waarde van € 15 per maand. De SSNIP test moet de vraag beantwoorden of KPN zijn tarief met 10% kan verhogen zonder dat de klant over zal stappen.

Door over te stappen bespaart een klant € 1,50 euro per maand. Overstapkosten zijn € 84,95. In 56 maanden is de overstap door de klant terugverdiend. Dat is na 4,7 jaar.

- 11.1.4 In veel gevallen worden kortingen op aansluitvergoedingen en modems verleend zodat deze kosten door de aanbieder zelf worden gedragen. Echter, ook in dit geval

is ACT van mening dat er wel degelijk aanzienlijke overstapkosten zijn die bij de SSNIP test moeten worden meegewogen:

- installatiekosten worden veelal niet in rekening gebracht indien de eindgebruiker een doe-het-zelf pakket besteld. De praktijk leert dat eindgebruikers juist bereid zijn wel een eenmalig bedrag te betalen, en dit ook doen, om zelf het modem niet te hoeven installeren (grote aanbieders adverteren hier zelfs zeer actief mee). OPTA besteedt geen enkele aandacht aan dergelijke kosten;
- eindgebruikers kiezen in plaats van de “gratis” modems steeds meer voor meer geavanceerde modemapparatuur in verband met de uitgebreidere functionaliteiten (router om meerdere pc's aan te sluiten, wireless, ADSL2+ voorbereid etc.), waaraan wel degelijk extra eenmalige kosten aan zijn verbonden.

11.1.5 Ook als slechts een deel van deze kosten bij de klant in rekening wordt gebracht zal een overstap bij een 10% prijsverhoging zelden interessant zijn. Daarbij komt ook nog dat OPTA geen aandacht besteedt aan niet-financiële overstapdrempels. Bijvoorbeeld, klanten moeten een zelf modem installeren of een dag vrij nemen van hun werk voor installatie door een monteur.

11.1.6 Tenslotte is het zo dat bepaalde aanbieders weliswaar 100% korting verlenen op de eenmalige kosten. Dit is volgens ACT eerder een teken van marktfalen dan van concurrentie. KPN rekent haar concurrentie immers op wholesale niveau (onnodig) hoge kosten, terwijl zij haar eindgebruikers geen kosten in rekening brengt. ACT komt hier bij de mededingingsbeperkende gedragingen nader op terug.

11.1.7 Conclusie: De SSNIP test wijst uit dat het niet evident is dat kabel en DSL inderdaad onderdeel uitmaken van dezelfde retailmarkt. Weliswaar is het zo dat er bij initiële aanschaf sprake is van een 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. Uit het voorgaande blijkt immers dat een klant niet zal overstappen naar een andere aanbieder. Het biedt hem onvoldoende financieel voordeel en de lusten daarvan wegen niet op tegen de lasten.

## **11.2 Afbakening consumenten-zakelijk**

11.2.1 ACT vraagt zich waarom OPTA in de afbakening van retailmarkt niet heeft gekozen voor een onderscheid tussen consumenten en zakelijk. Dit ligt zowel voor de hand op basis van het onderscheid dat OPTA in de markt voor WBT als op basis van de sterk verschillende productkarakteristieken. Het is volgens ACT evident dat er sterke verschillen bestaan op basis van de kenmerken van de dienst. Voor zover ACT leden kunnen inschatten komt het vrijwel niet voor dat consumenten voor privé gebruik een breedbandverbinding op basis van een hoge-kwaliteits wholesale verbinding aanschaffen. In ieder geval zijn de producten onderling geen substituut van elkaar vanwege de sterk uiteenlopende productspecificaties.

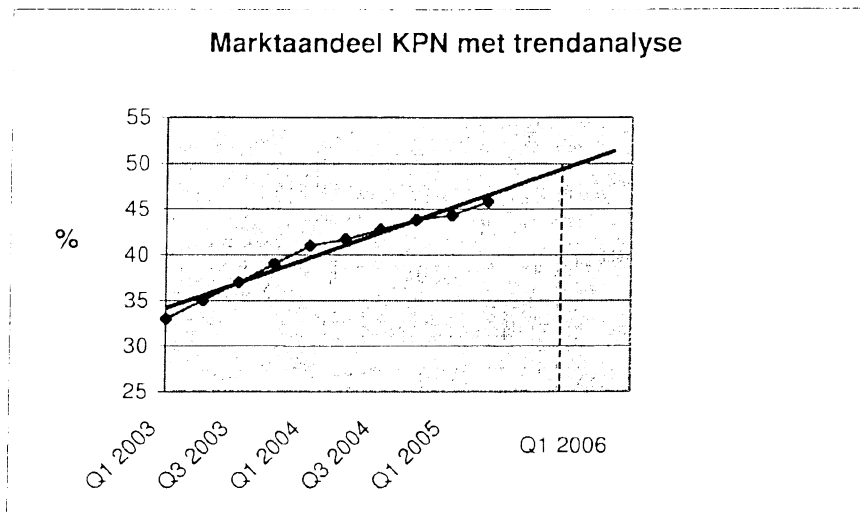
- 11.2.2 Overigens vereist dit onderscheid dat er een aanvullende analyse van de retailmarkt plaatsvindt. Met name het zakelijke deel van de markt blijft ook nu al sterk onderbelicht in de analyse van de retailmarkt.

## 12 Conclusie marktafbakening retailmarkt

- 12.1.1 ACT is van mening dat de marktafbakening door OPTA onvoldoende de economische realiteit weerspiegelt om de volgende redenen:
- er is geen reden gehouden met de geografische verschillen: in minimaal 30% van Nederland kan de consument slechts kiezen uit KPN en de lokale kabelaanbieder;
  - door aanzienlijke overstapdrempels verschilt de markt voor de initiële aanschaf van consumenten verschilt sterk van de overstap.
- 12.1.2 OPTA maakt ten onrechte geen onderscheid tussen een consumenten en zakelijk segmenten.

### 12.2 Dominantieanalyse

- 12.2.1 *Marktaandeel* - Het marktaandeel van KPN op de breedband retailmarkt ligt inmiddels tegen de 50%. In de laatste kwartaalcijfers (Q2 2005) heeft KPN aangegeven dat het retailmarktaandeel inmiddels is opgelopen tot 44%. Het marktaandeel van KPN laat een sterk stijgende trend zien. OPTA heeft deze trend niet onderkend en derhalve geen forward looking approach gehanteerd. Had zij dit wel gedaan, dan had OPTA alleen al op basis van het marktaandeel moeten concluderen dat het zeer waarschijnlijk is dat KPN een dominante partij is of dit gedurende de reguleringsperiode van drie jaar wordt.



12.2.2 Het belang van een *forward looking approach* is van zeer groot belang gezien de strategie van KPN om kleine ISPs of (een gedeelte van) hun klantenbestand over te nemen. Deze overnames vallen onder de omzeldrempels in het mededingingsrecht. Hierdoor is KPN in staat haar marktaandeel sterk te laten stijgen en nu OPTA heeft besloten KPN niet aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht, ligt het voor de hand dat KPN dit ook zal blijven doen. Recente voorbeelden van deze strategie zijn de overname van het klantenbestand van Cistron en Freeler alsmede een gedeelte van het klantenbestand van Tiscali.

12.2.3 Het grootste probleem ten aanzien van deze strategie is dat er sprake is van ongelijkheid tussen partijen. KPN is bijvoorbeeld op basis van de apertuurovereenkomst van mening dat alleen zij en niet de ISP die internettoegang verleent, klanten een aanbod mag doen om over te stappen naar een ander netwerk. Op deze manier zet KPN alle andere partijen buiten spel.

### 12.3 Kwalitatieve factoren

12.3.1 Naast marktaandeel moeten bij een dominantieanalyse ook bijkomende factoren worden betrokken. Naar de mening van ACT besteedt OPTA nauwelijks aandacht aan deze factoren. Zou OPTA op basis van het marktaandeel al tot de conclusie moeten komen dat het op zijn minst waarschijnlijk is dat KPN gedurende de reguleringsperiode een dominante positie verwerft op de retailmarkt, dan zou zij op basis van de kwalitatieve criteria voor marktanalyse zeker die conclusie moeten trekken.

- 12.3.2 *Toetredingsdrempels* - OPTA stelt dat partijen op basis van regulering van de markt voor ontbundelde toegang in staat zijn en blijven om met gebruikmaking van het gereguleerde aanbod voor ontbundeling hun eigen retail-producten in te richten en met KPN te concurreren. OPTA concludeert dat er onder de huidige regulering dan ook geen sprake is van toetredingsbarrières tot de markt voor breedband internettoegang. ACT is het oneens met deze conclusie. OPTA miskent de geografische dimensies van markt. Alternatieve DSL aanbieders van lage kwaliteit WBT zijn niet in staat in heel Nederland met KPN te concurreren. KPN biedt als enige partij landelijke dekking, terwijl alternatieve DSL tot ongeveer 70% van de Nederlandse huishoudens kunnen bereiken.
- 12.3.3 OPTA lijkt in de retailmarkt het onderscheid dat zij in de wholesalemkt maakt (lage vs. hoge kwaliteit) in de retailmarkt te negeren en op basis daarvan tot de conclusie zijn gekomen dat er alternatieven zijn voor KPN. ACT betwijfelt overigens ook of deze conclusie juist is voor de markt voor hoge kwaliteit breedbanddiensten. In ieder geval is het zo dat ACT partijen voor een landelijk dekkend aanbod afhankelijk zijn en blijven van het gereguleerde bitstream aanbod bij KPN.
- 12.3.4 OPTA miskent de hoge investeringen die nodig zijn voor ontbundelde toegang door te stellen dat er geen toetredingsdrempels zijn tot de markt. ACT begrijpt niet waarom OPTA geen rekening houdt met investeringen die noodzakelijk voor het toetreden tot de retailmarkt. Overigens zijn die niet alleen gerelateerd aan netwerkkosten maar ook marketing, distributie, etc. zijn noodzakelijke investeringen voor het toetreden tot de markt.

## 12.4 Overstapdrempels

- 12.4.1 ACT is van mening dat er aanzienlijke overstapdrempels op retailniveau zijn. Hieraan is deels al gerefereerd bij de SSNIP test. ACT wil echter ook een aantal andere belangrijke overstapdrempels onder de aandacht brengen.
- 12.4.2 *Telco-telco migratie en nummerportabiliteit* - klanten die overstappen naar een DSL-aanbieder maken gebruik van telco-telco migratie als ze al een internetverbinding bij een andere DSL-aanbieder hebben. Eventueel willen klanten ook gebruik maken van nummerportabiliteit. Deze overstapprocessen leiden beide tot een hoog aantal afwijzingen in eerste instantie en vervolgens tot vertraging of fouten in de uitvoering. Een gecombineerde proces van telco-telco migratie en nummerportabiliteit is niet eens mogelijk. Het is voor een klant dus niet eenvoudig om over te stappen naar een andere internetaanbieder.

- 12.4.3 Een eenvoudig rekenvoorbeeld toont het gevolg van hoge overstapdrempels die op wholesaleniveau worden opgeworpen:

Stel klant is aangesloten op netwerk KPN en wil overstappen op netwerk van andere DSL aanbieder. Overstapkosten zijn die van een SIP stift migratie: 39.95 Euro; Verhoging van het tarief van KPN leidt tot verhoging kosten van € 1.50 per maand.

Overstap kosten zijn € 39.95. Indien deze vergoeding ook aan de klant in rekening wordt gebracht (wat aannemelijk is in een als concurrerend veronderstelde markt) dan zal een overstap pas nu 2.2 jaar worden terugverdiend.

### **13 Conclusie dominantieanalyse**

ACT is het fundamenteel oneens met de conclusie die OPTA trekt dat de retailmarkt zeer concurrerend zou zijn. ACT is van mening dat de markt helemaal niet sterk concurrerend is. Het marktaandeel van KPN is bijna 50%, stijgt sterk en verder is ook een analyse van bijkomende factoren zoals overstapdrempels een zeer sterke aanwijzing voor een dominante positie van KPN. ACT is van mening dat OPTA haar conclusies over de retailmarkt moet herzien.

### **14 (Potentieel) mededingingsbeperkende gedragingen**

- 14.1.1 Enkele van de gedragingen van KPN op de markt voor retail breedband internettoegang zijn al impliciet aan de orde gekomen. ACT is met name van mening dat KPN in staat is zijn dominante positie op de wholesalemarkt uit te buiten. Dit zal ten koste gaan van de positie van concurrenten en zo KPN nu al niet dominant is op de retailmarkt, leiden tot een dominante positie op korte termijn. De belangrijkste vorm waarmee deze dominantie van KPN zich uit, is price squeeze.
- 14.1.2 Ondanks dat KPN altijd geweigerd heeft een wholesale aanbod te doen, zijn er toch zeer sterke aanwijzingen van machtsmisbruik door middel van price squeeze of zelfs rooftprijzen. KPN brengt haar concurrenten tarieven in rekening op 'wholesale' niveau die zij haar eigen ISPs kennelijk niet in rekening brengt op retailniveau. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de FIA overeenkomst behorende bij de ADSL van KPN agentuurovereenkomst.
- 14.1.3 KPN hanteert zeer lage prijzen bij verschillende abonnementsvormen. Bijv. ADSL Tijdsurfen en ADSL Instapsurfen van KPN ISP Het Net. Deze zijn respectievelijk €7,95 en €9,95 per maand. Niet-KPN ISPs zijn niet in staat om dit aanbod tegen gelijke financiële voorwaarden in de markt te zetten.

- 14.1.4 De aanbiedingen van niet-KPN ISPs bestaan uit 1) de DSL aansluiting (ten minste) €14,95 in rekening brengt; en 2) de internettoegang die door de ISP zelf in rekening wordt gebracht. Alleen al op basis van de vergoeding van € 14,95 die de niet-KPN ISPs aan KPN moeten betalen, wordt duidelijk dat het aanbod van KPN door de niet-KPN ISPs niet winstgevend kan worden aangeboden.
- 14.1.5 Verder brengt KPN haar concurrenten aanzienlijke vergoedingen voor migraties in rekening. ACT leden moeten een vergoeding van €39,95 betalen voor een telco-telco migratie. KPN ISPs zelf rekenen echter geen vergoeding voor eindgebruikers die naar haar netwerk migreren, terwijl zij vergelijkbare (interne) kosten doorberekend (zouden moeten) krijgen.
- 14.1.6 Bovenstaande is volgens ACT onomstotelijk bewijs van een price squeeze. Dit wordt versterkt door het feit dat ook op basis van de diensten die ISPs op basis van hun eigen netwerk aanbieden, niet in staat zijn (winstgevend) met KPN te concurreren. ACT is van mening dat hier sprake is van rooftprijzen. Ook in het zakelijk deel van deze markt hanteert KPN deze strategie. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het gratis aanbod voor internettoegang dat KPN aan scholen heeft gedaan.
- 14.1.7 Een andere vorm van machtsmisbruik is het verhinderen van migraties van klanten die op basis van het agentuurmodel zijn geworven naar het eigen netwerk. Een aanzienlijk deel van de aansluitingen van KPN zijn gebaseerd op het MxStream of agentuurmodel. Recentelijk is gebleken dat KPN oneigenlijke en misleidende barrières opwerpt om migratie van het netwerk van KPN naar andere partijen te voorkomen. Ten eerste poogt KPN met onvolledige informatie de contracten voor het netwerkgedeelte van de verbinding te verlengen. Hierdoor is het voor MxStream klanten niet meer mogelijk om over te stappen naar het netwerk van hun eigen ISP of een andere DSL aanbieder. Ten tweede verbiedt KPN in de agentuur overeenkomst ook expliciet dat niet-KPN ISPs hun MxStream klanten op enigerlei wijze benaderen. Naar de mening van ACT is deze bepaling ontoelaatbaar. Hoe het ook zij, in ieder geval zorgt deze bepaling voor aanzienlijke overstapdrempels, zowel voor aanbieders als voor klanten.

## 15 Conclusie retailmarkt

- 15.1.1 OPTA miskent de ontwikkeling in de retailmarkt. Dit geldt zowel de afbakening als de dominantieanalyse. Dit kiemt des te meer gezien het zeer zware belang dat OPTA hecht aan de mate in concurrentie bij de analyse van de wholesalemarkt. ACT is van mening dat dit een kunstmatige relatie is. Het gevolg hiervan zal zijn dat KPN haar positie op de wholesalemarkt zal kunnen blijven gebruiken om op de retailmarkt haar eveneens dominante positie verder te versterken.

- 15.1.2 ACT is van mening dat de tekenen van concurrentie die OPTA op de breedbandmarkten bespeurt, zich in ieder geval beperken tot een beperkte regio in Nederland. Dertig tot veertig procent van de Nederlandse huishoudens zal zonder meer worden geconfronteerd met een duopolie. OPTA heeft volgens ACT volstrekt miskent dat er sprake is van strategisch gedrag van KPN waardoor er in sommige gevallen sprake *lijkt* te zijn van concurrentie. Deze vorm van 'orchestrated competition' heeft tot gevolg dat KPN de komende drie jaar de markt voor breedband verder naar zich toe zal trekken als OPTA haar standpunt nu niet verandert.

## 16 Conclusie markt 12

- 16.1.1 ACT is van mening dat OPTA haar ontwerpbesluit moet aanpassen. ACT is het grotendeels oneens met de feitelijke en economische analyse van de besluiten van OPTA op het gebied van lage kwaliteit WBT en op het gebied van hoge kwaliteits WBT is zij het met name oneens met de verplichtingen die worden opgelegd. ACT verzoekt OPTA haar ontwerpbesluit te herzien. ACT meent dat het huidige besluit in strijd is met de Aanbeveling Relevante Markten, de Richtsnoeren afbakening Relevante Markten, de Telecommunicatiewet en de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur, waaronder meer in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

---//---