

# ACTUALITEITEN TELECOMRECHT

## marktafbakening, aanmerkelijke marktmacht en ex ante- verplichtingen

Gerrit-Jan Zwenne & Quinten Kroes  
11 november 2009



Universiteit Leiden

ALLEN & OVERY  
BIRD & BIRD



# Quinten Kroes

- Allen & Overy Amsterdam

**ALLEN & OVERY**

# Gerrit-Jan Zwenne

- eLaw@Leiden Universiteit Leiden
- Bird & Bird Den Haag

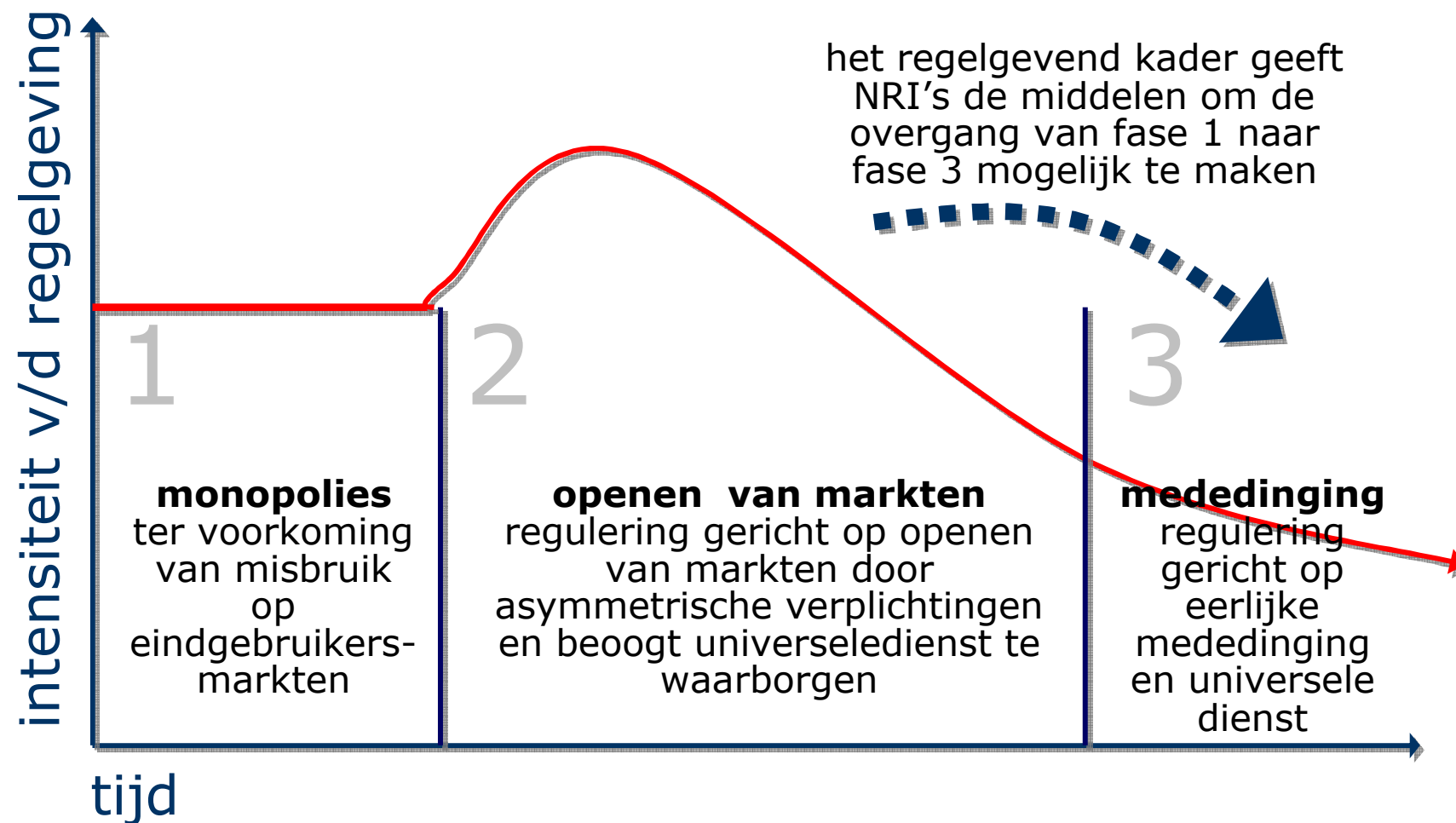
**BIRD & BIRD**



# A. inleidende opmerkingen



# rol van de regelgeving



telecom specifieke regelgeving	algemeen mededingingsrecht
relevante markten in e-communicatie-sector	relevante markten in alle sectoren
aanmerkelijke markt-macht ("AMM")	economische machts-positie ("EMP")
ex ante plichten (toegang, non-discriminatie, kosten-oriëntatie, gesch. boekh. enz)	ex post toezicht (m.u.v. concentraties)
OPTA	NMa

# asymmetrie

- aan sommige marktpartijen worden extra verplichtingen opgelegd
  - Koninklijke KPN N.V.
- omdat deze marktpartijen geen last hebben van concurrentiedruk
  - bijv. door 'bijzondere positie' in het verleden
- waardoor nieuwkomers te weinig concurrentiemogelijkheden hebben

*"De noodzaak voor [asymmetrische] regels vloeit [...] voort uit het feit dat de marktverhoudingen in segmenten van de markt dermate imperfect zijn, vanwege het in het verleden slechts beperkt door de overheid toestaan van concurrentie, dat het bereiken van een voldoende graad van mededinging te lang op zich zou laten wachten als uitsluitend het algemene mededingingsrecht zou worden toegepast"*

# drie stappen

**1**

afbakening relevante  
markten

Art. 6a.1 lid 1 en 2 jo. Aanbeveling

**2**

aanwijzing AMM  
ondernemingen

Art. 6a.2 lid 1

**3**

vaststellen passende  
verplichtingen

Art. 6a.2 lid 1 onder a



# marktinformatie

- vragenlijsten
  - vaste telefonie
  - mobiele telefonie
  - breedband
  - omroep
  - huurlijnen
  - int.roaming
- zo'n driehonderd aanbieders
  - en een dozijn belangenorganisaties

ca. 3000 vragen!

## **Art. 1.3 Tw**

*4. Indien het college een besluit neemt, dat aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt heeft, onderbouwt het college, o.a. op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve, als voor zover redelijkerwijs mogelijk in kwantitatieve zin dat de maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van de in het eerste lid genoemde doelstellingen en dat een andere minder ingrijpende maatregel niet effectief is.*

## Verzoek om informatie van het college van OPTA op grond van artikel IVa van de wet van 17 december 2003 (Stb. 2004, 23)

**De markt voor ontbundelde toegang op wholesale-niveau (inclusief gedeelde  
toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en  
spraakdiensten  
en  
de markt voor wholesale-breedbandtoegang**

Welke producten biedt u gebundeld aan met breedband internettoegang in de retailmarkt?  
Onderscheid waar van toepassing (in producten ten behoeve van het aanbod aan) particuliere en  
zakelijke klanten.

U heeft 0 karakters van maximaal 1024 gebruikt

Biedt u thans naast breedband internettoegang tevens telefoniediensten?

U heeft 0 karakters van maximaal 1024 gebruikt

Welke producten biedt u gebundeld aan in de markt voor wholesale-breedbandtoegang?  
Onderscheid waar naar uw mening relevant in zakelijke en particuliere wholesale-breedbandtoegang.

U heeft 0 karakters van maximaal 1024 gebruikt

In hoeverre zijn bitstroomtoegangsproducten ten behoeve van breedband internettoegang (dat wil  
zeggen uitgezonderd bitstroomtoegang gebruikt voor IP-VPN toepassingen), geschikt om vaste  
telefonie via Voice over DSL aan te bieden?

U heeft 0 karakters van maximaal 1024 gebruikt

# structurele monitoring markten

- actieve volgen van relevante markten
  - omroepmarkten en breedbandtoegang
  - andere markten
    - uitgangspunten van marktbesluiten
- voortdurende opvraging marktinfo
  - o.g.v. art. 18.7 Tw

Postbus 91420  
2509 LK Den Haag  
Telefoon: (070) 315 35 00  
Fax: (070) 315 35 01  
E-mail: mail@opta.nl  
www.opta.nl

**Bezoekadres**  
Zarichthuis  
Muzenstraat 4\*  
2511 WB Den Haag

Contactpersoon	Ons kenmerk	Uw kenmerk	Doorkiesnummer
Ir. J. Senior	OPTA/BO/2007/201519		(030) 315 35 33
Datum	Onderwerp	Bijlage(n)	
31 JULI 2007	Structurele monitoring markten - datacollectie Q2 2007		

Geachte mevrouw, mijnheer,

In het kader van OPTA's "Structurele Monitoring markten" ontvangt u deze brief en zoals gebruikelijk als bijlage de spreadsheet met vragen over uw abonnee- en verkoopdata.<sup>1</sup> Bijgevoegde vragenlijst betreft het tweede kwartaal van 2007 en enkele halfjaarcijfers. Deze vragenlijst en het verzoek deze in te vullen ontvangt u steeds één maand na het einde van het betreffende kwartaal.<sup>2</sup> Tevens ontvangt u als bijlage bij deze brief een toelichting op wijzigingen in het blad mobiel in de vragenlijst en zoals gebruikelijk de instructie "versleutelen van bestanden".

**Informatievordering**

Het college vordert op basis van artikel 18.7 van de Telecommunicatiewet, alsmede artikel 5.20 van de Algemene wet bestuursrecht, de informatie die in de als bijlage gevoegde vragenlijst wordt gevraagd. Het college verzoekt u de ingevulde spreadsheet binnen een termijn van één maand te retourneren, dus uiterlijk **1 september 2007**. In het introblad van de spreadsheet dient u uw omzet (in 2006) per categorie aan te geven. Aan de hand van uw omzet per categorie wordt automatisch aangegeven welk van de verschillende bladen van de spreadsheet door uw bedrijf/dieners te worden ingevuld om aan dit informatieverzoek te voldoen. In de spreadsheet wordt steeds rechts van het invulveld een toelichting gegeven op de vraag en gehanteerde begrippen (zoals overlegd tijdens de definitieessies per cluster in mei 2007).

**Toelichting informatievordering**

Bij eerdere datacollectieronden in het kader van de "Structurele Monitoring markten" heeft het college steeds gewezen op zijn bevoegdheid om de informatie te vorderen, doch heeft hij uw bestaande bijlage

Opta.nl

# rechtsbescherming

- consultaties
  - uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure
- één besluit voor alle beslissingen
  - markt-afbakening, AMM-aanwijzing en ex ante-verplichtingen
- direct beroep bij CBb
  - géén bezwaarprocedure
- na drie jaar heroverweging
  - maar zonodig eerder op verzoek

Art. 6b.1 Tw

Art. 17.1 Tw

Art. 6a.4 Tw

# Commissie & andere NRI's

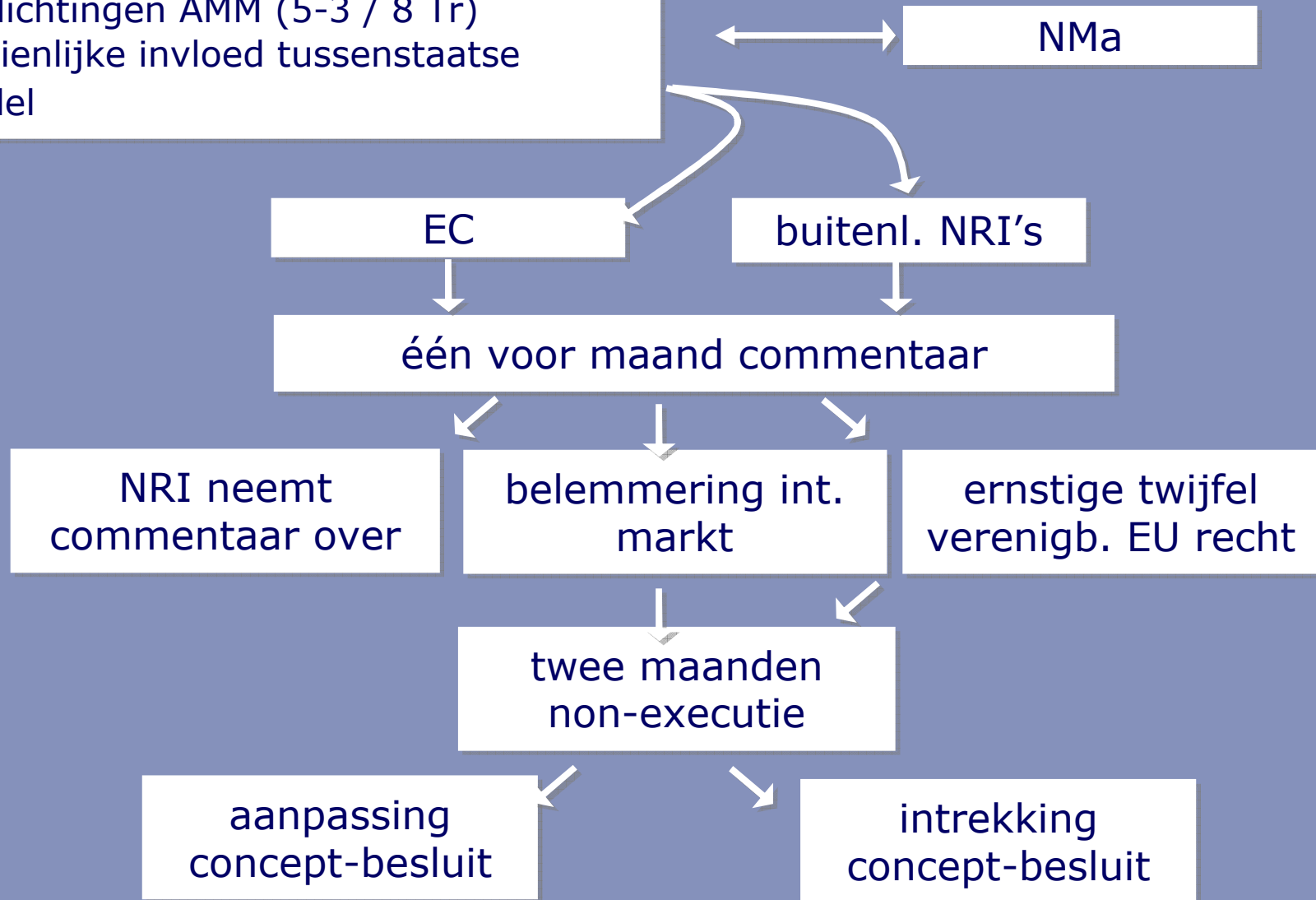
- voorgenomen besluit
  - tot het opleggen van een verplichting
  - met invloed op de interstatelijke handel
- consultatie Commissie en NRI's
  - één maand voor maken van opmerkingen
  - twee maanden na mededeling Commissie
  - Commissie heeft het laatste woord!

Art. 6b.2 Tw

Art. 6b.3 Tw

## Notificatie OPTA concept-besluit

- afwijkende marktdefinities (15-3) Kr
- verplichtingen AMM (5-3 / 8 Tr)
- aanzienlijke invloed tussenstaatse handel



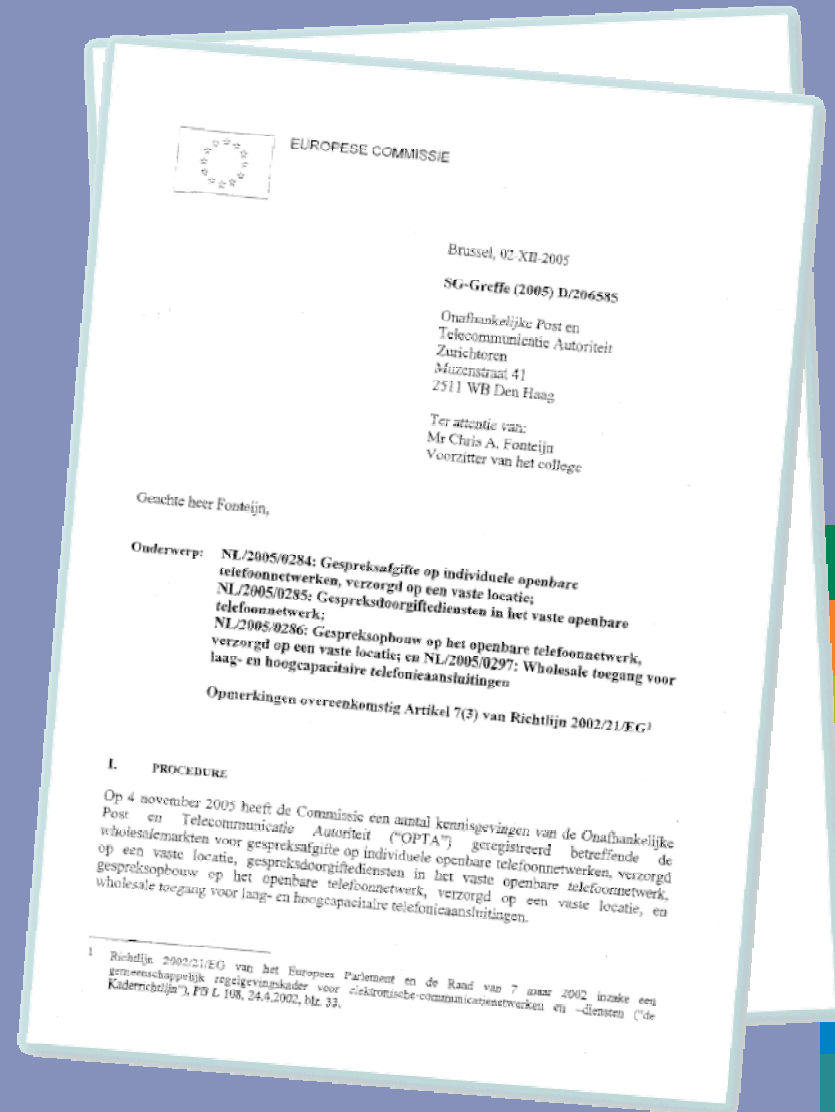
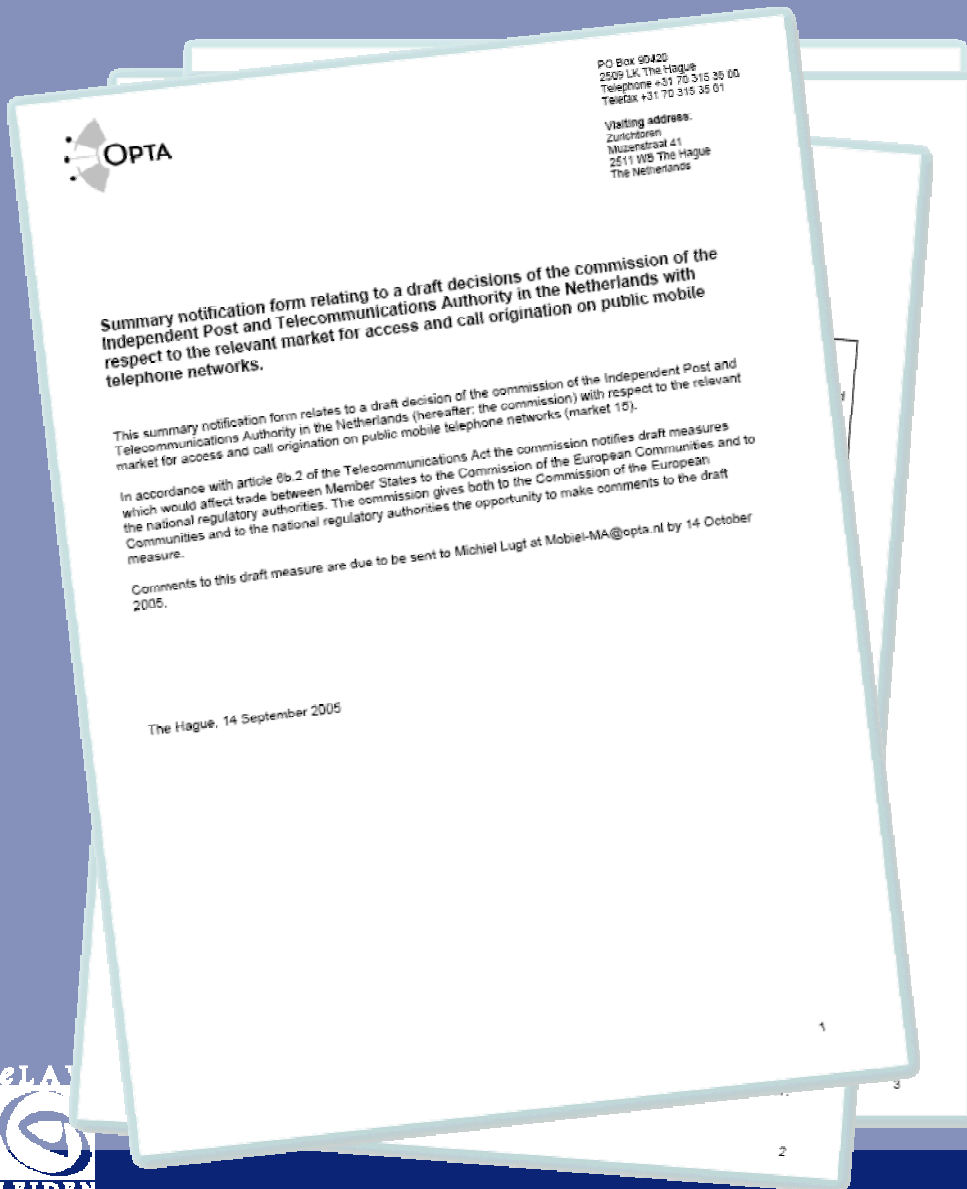
# bevoegdheden Commissie

- Richtsnoeren marktanalyse
  - moeten door NRI's in acht worden genomen
- Aanbeveling relevante markten
  - NRI's kunnen alleen afwijken als (bijzondere) nationale omstandigheden dat rechtvaardigen
- notificatie- en opmerkingenrecht
  - aanzienlijke invloed handel tussen lidstaten
- vetorecht
  - afwijkende marktdefinitie of AMM-verplichting
    - belemmering interne markt
    - ernstige twijfel verenigbaarheid EG-recht

Art. 15 Kr

Art. 7-3 en -4  
jo. 15 en 16,  
art. 6 en 6 Tr  
en 16 UDr.

# notificatie en consultatie





# B. marktafbakening



# instrumenten marktafbakening

- telecom-specifiek
  - Richtsnoeren marktanalyse
  - Aanbeveling relevante markten
    - incl. toelichting
- algemeen mededingingsrecht
  - Bekendmaking relevante markten



# relevante markt

- producten of diensten
  - die o.g.v. hun kenmerken, prijzen of gebruik waarvoor ze zijn bestemd
  - door consumenten (eindgebruikers) worden aangemerkt als
  - inwisselbaar of substitueerbaar



# geografische markt

- gebied waar de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en aanbod van diensten, én
  - waarbinnen de voorwaarden voldoende homogeen zijn, én...
  - dat van aangrenzende gebieden wordt onderscheiden door duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden



# hypothetische monopolist

- veronderstel
  - kleine maar significante duurzame prijsverhoging
    - zeg: 10-15%
    - prijzen van andere producten blijven onveranderd
  - op de kleinst denkbare relevante product/dienst resp. geografische markt
- mogelijke gevolgen
  - géén veranderingen in afname of aanbod (d.w.z. géén substitutie) conclusie: **wél aparte markt**
  - verandering in afname of aanbod (d.w.z. wél substitutie) conclusie: **géén aparte markt**

Small but Significant Non-transitory Increase in Price ("SSNIP") -test

# ssnip-test

- veronderstel
  - versturen SMS-berichten ca. 10% duurder
- mogelijke gevolgen
  - eindgebruikers stappen over naar e-mail
    - bijv. via i-mode of Vodafone Live, of Blackberry
- conclusie
  - er is wél sprake van substitutie
  - dus géén aparte SMS-productmarkt
    - maar (bijvoorbeeld) een markt voor mobiele tekst-berichten



# meer voorbeelden

- ❑ internet toegang via DSL en via kabel
- ❑ doorgifte televisie via kabel en via ether (digitenne)
- ❑ doorgifte televisie kabel en via DSL
- ❑ groothandels bitstroomtoegang en ontbundeling aansluitlijn



- veronderstelling
  - diensten worden ca. 15% duurder...
- mogelijke gevolgen
  - eindgebruikers stappen wel of niet over...
- conclusie
  - er is wél of géén sprake van substitutie...

# ketensubstitutie

géén substitutie



wél substitutie

wél substitutie





# welke markten reguleren?

- aanzienlijke en niet-tijdelijke toetredingsbelemmeringen
  - structurele belemmeringen, of
  - belemmeringen ogv wet/regelgeving
- dynamische aspecten
  - neiging naar concurrentie
- algemeen mededingingsrecht niet toereikend
  - bij afwezigheid van ex ante regelgeving

cumulatief!

'drie-criteria test'



# barriers-to-entry

- ontbreken van toetredingsbarrières is rem op AMM
- toetredingsdrempels zijn minder relevant op markten met permanente technologische vooruitgang
  - concurrentiedruk door innovatieve bedreigingen van potentiële concurrenten

*"wherever high barriers to entry exist and where the cost and demand structure is such that it supports only a limited number of firms, incumbent undertakings may have significant market power"*

# tijdshorizon

- marktafbakening vindt plaats voor de toekomst
  - anders dan in algemene mededingingsrecht
    - m.u.v. concentratietoezicht
- dus
  - rekening houden met voorzienbare economische en technologische ontwikkelingen
  - sector innoveert en convergeert voortdurend

**tijdshorizon twee tot drie jaar!**



# emerging markets

niet (snel) afgebakend vanwege...

- tijdshorizon Aanbeveling
  - en de regelmatige herziening daarvan
- dynamiek van de emerging markten
- onzekerheid t.a.v. effecten van ex ante-regulering

## ERG Common Position

*"[an emerging market must] be distinct from a market that is already susceptible to ex ante regulation **from both a demand and a supply perspective**" (p. 21)*

*"...if a failure to act will lead to the complete foreclosure of the emerging market. This can occur **where the emerging market depends upon inputs that cannot be replicated or substituted within a reasonable period of time**. In these circumstances, there may be grounds for early regulatory intervention" (p. 89)*

# CBb 28 oktober 2009 LJN BK1315

*Het College moet echter vaststellen dat het voor het [...] bestreden besluit m.b.t. [de] aanleg van en toegang tot glasvezelnetwerken op bedrijventerreinen nauwelijks concrete informatie bevat op basis waarvan de stellingen over en weer op hun economische onderbouwing kunnen worden gewogen en beoordeeld.*

*Daarbij merkt het College op dat onvoldoende indicatie bestaat dat het hier om een (deel)markt zou gaan die van een dermate beperkte omvang is dat deze reeds om die reden niet nader behoefde te worden onderzocht.*

# PSTN en VoB

*"Het college stelt vast dat de functionaliteiten van VoB diensten in beginsel dermate gelijkwaardig zijn aan traditionele vaste telefonie dat VoB als een vaste telefoniedienst in de zin van de Aanbeveling zou kunnen worden beschouwd"*

*"Het college concludeert dat er geen grote verschillen bestaan in tariefstructuren tussen VoB en traditionele telefonie. [...]. Ook op basis van tarieven en tariefstructuren kunnen VoB en traditionele telefonie als onderling uitwisselbaar beschouwd worden"*



# C. aanmerkelijke markt- macht ("AMM")



# Aanwijzing AMM

- wanneer marktanalyse uitwijst dat een markt niet daadwerkelijk concurrerend is als gevolg van **marktdominantie**
- dan moet de NRI de marktpartij met **aanmerkelijke marktmacht (AMM)** aanwijzen
- zodat aan die partij **ex ante verplichtingen** kunnen worden opgelegd



# Wat is AMM?

- economische machtspositie
  - economische kracht die een onderneming in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, klanten en consumenten te gedragen
    - d.w.z. géén last van concurrentiedruk
- collectieve marktmacht
  - “alleen of tezamen met andere ondernemingen”

Art. 1.1, onder a, Tw

Art. 82 EG en 24 Mw

HvJEG 1978 *United Brands*

# marktaandelen en AMM

- marktaandeel **vijfentwintig tot veertig** procent
  - AMM niet waarschijnlijk, maar een enkele keer wel door de Commissie vermoed
- marktaandeel ca. **veertig tot vijftig** procent
  - AMM is mogelijk
- marktaandelen ca. **vijftig** procent of meer
  - AMM aanwezig geacht, behoudens tegenbewijs

bewijslast bij NRI  
of EC

bewijslast bij  
marktpartij

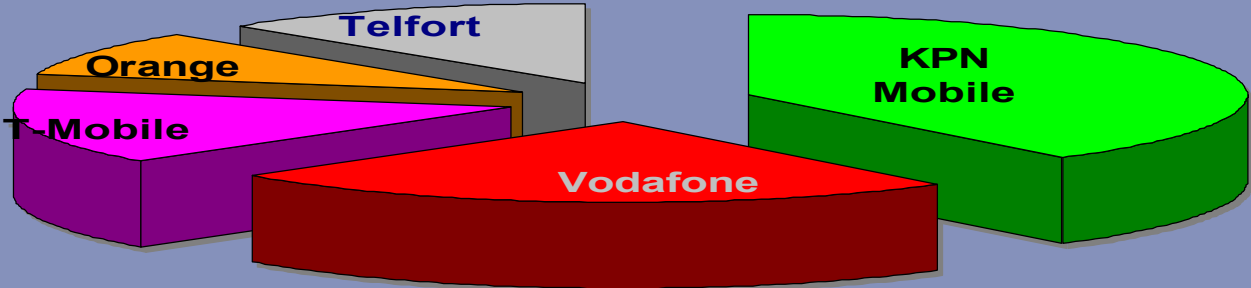
Richtsnoeren nr. 75

# ook relevant voor AMM

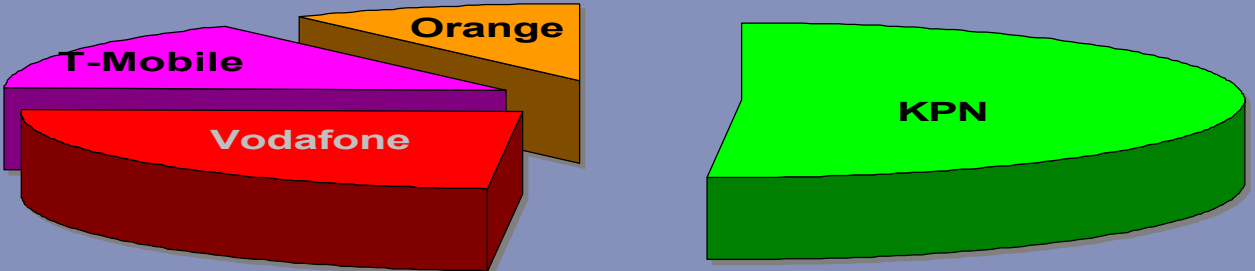
- marktstructuur
  - één aanbieder met groot marktaandeel (bijv. 30-40%) vs veel kleine aanbidders
  - of...*
  - drie aanbidders met ieder vergelijkbaar markt-aandeel (33%)
- nieuwe markt
  - mobiele data diensten (3G)
- kopersmacht
  - zakelijke klanten of consumenten
- potentiële concurrentie
- beperkingen markttoegang
  - frequentievergunningen
- replicatie infrastructuur
  - aansluitnetwerk
- toegang kapitaalmarkt
- technologische voor-sprong
- enz.

# marktaandeelen mobiel

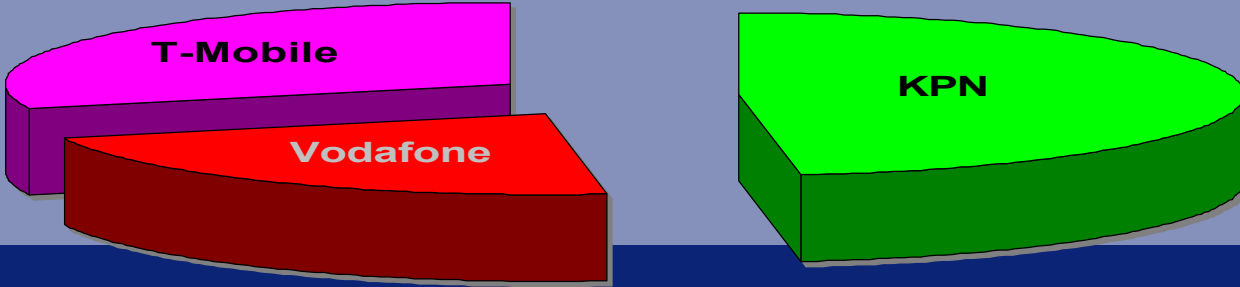
2004



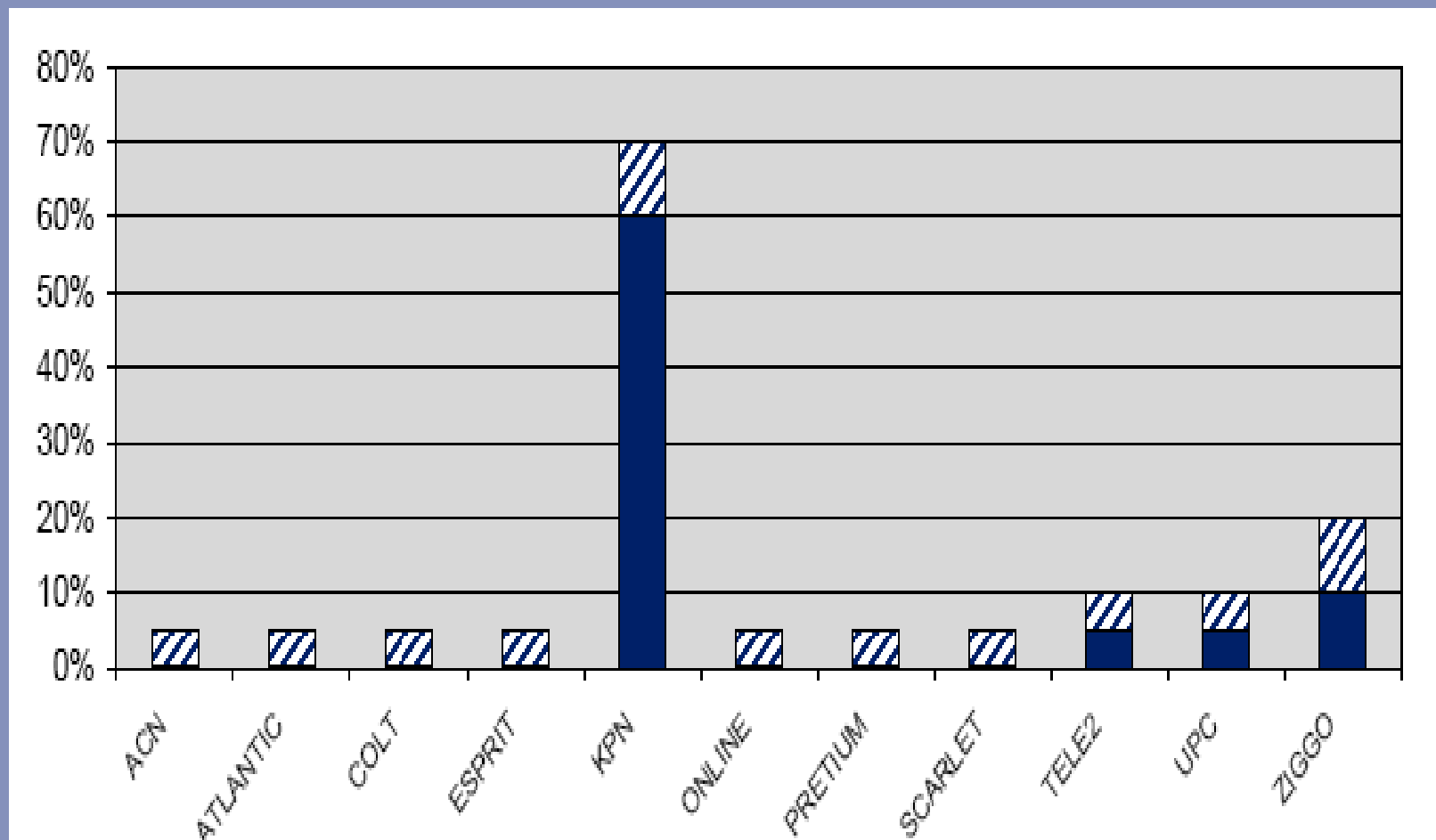
2005



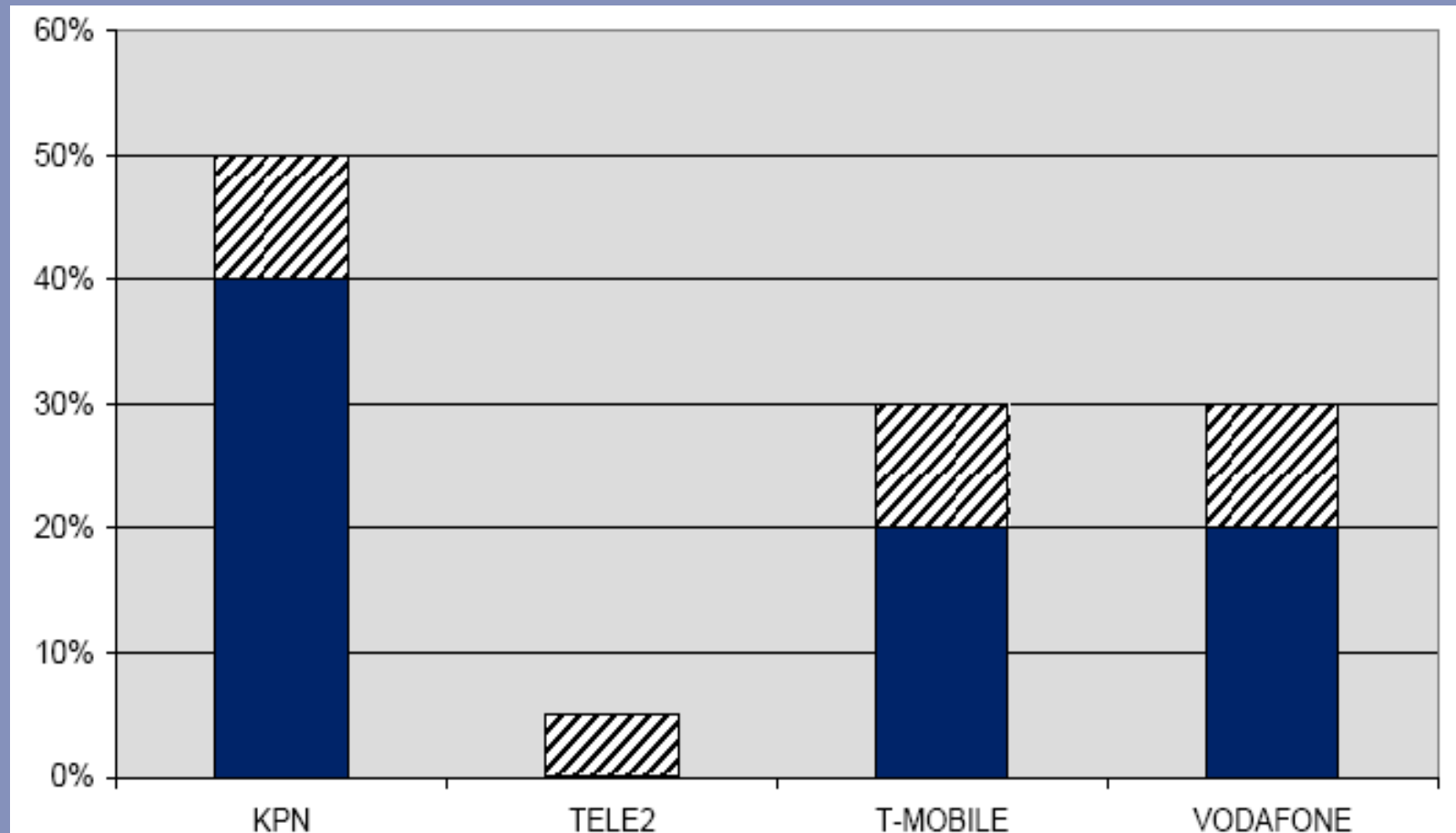
2007



# marktaandeelen vaste telefonie



# marktaandeelen (belminuten)



marktbesluit	besluit	uitspraak	resultaat
1 gespreksopbouw mobiel	14 nov 05	13 juli 06	beroepen ongegrond; besluit in stand gelaten
2 gespreksafgifte mobiel	14 nov 05	29 aug 06	beroepen gegrond; besluiten vernietigd; nieuwe markt-analyse gestart
3 wholesale line rental (WLR)	21 dec 05	30 nov 06	beroepen grotendeel ongegrond; besluiten grotendeels in stand gelaten
4 gespreksopbouw vast	21 dec 05	20 mrt 07	beroepen grotendeels ongegrond; besluit grotendeels in stand gelaten
5 gespreksdoorgifte vast	21 dec 05	20 mrt 07	beroep deels gegrond; besluit deels vernietigd (voor één relevante markt)
6 ontbundelde toegang	21 dec 05	2 mei 07	beroepen grotendeels ongegrond; besluit grotendeels in stand gelaten
7 wholesale breedband toegang (WBT)	21 dec 05	9 mei 07	beroepen ongegrond; besluit in stand gelaten
8 retailmarkt vast	21 dec 05	14 mei 07	beroepen grotendeels ongegrond; besluit grotendeels in stand gelaten
9 huurlijnen	21 dec 05	30 mei 07	beroepen grotendeels ongegrond; besluit grotendeels in stand gelaten
10 gespreksafgifte vast	21 dec 05	11 mei 07	beroepen grotendeels gegrond; deels vernietiging van het besluit
11 omroepdoorgifte kabel	17 mrt 06	24 juli 07	beroepen gegrond; vernietiging besluiten: rechtsgevolgen in stand
12 doorgifte analoge radio via ether	17 juli 06	25 sep 07	beroepen grotendeels gegrond; vernietiging van besluiten

# D. ex ante- verplichtingen



# instrumenten en documenten

- ERG Common Position Remedies
  - gemeenschappelijk standpunt m.b.t. ex-ante verplichtingen
  - opgesteld i.s.m. Commissie ter ondersteuning NRI's bij opleggen passende verplichtingen
    - 1 april 2003
- OPTA CoDo Afwegingskader proportionaliteit
  - voorgenomen benadering m.b.t. opleggen verplichtingen
    - 22 december 2004
- EZ beleidsregels

"The document does not necessarily reflect the official position of the European Commission"

"informereren over de voorgenomen benadering van het College en mogelijk maken van discussie daarover"

# opleggen ex ante plichten?

- als een onderneming aanmerkelijke marktmacht heeft, én
- andere nationale rechtsmiddelen of algemeen mededingingsrecht ontoereikend zijn

opleggen passende ex-ante verplichtingen verplicht!



# barriers-to-entry

- toetredingsbarrières de oorzaak van meeste mededingingsproblemen in e-com markten
  - structureel
  - juridisch/regelgeving
- remedies gericht op wegnemen toetredingsbarrières

*"wherever high barriers to entry exist and where the cost and demand structure is such that it supports only a limited number of firms, incumbent undertakings may have significant market power"*

# standard competition problems

- zeven-en-twintig mededingingsproblemen
- in vier situaties
  - (i) vertical leveraging
    - d.w.z. verticale hefboomwerking
  - (ii) horizontal leveraging
    - d.w.z. horizontale hefboomwerking
  - (iii) single market dominance
    - d.w.z. dominantie binnen één relevante markt
  - (iv) termination
    - d.w.z. afwikkeling of aflevering

Schematisch overzicht mededingingsproblemen en sommige mogelijke maatregelen

Situatie	Probleem	Mogelijke ex ante maatregel
1. Vertical leveraging	Leverings- of toegangswijering	Toegangsverplichting; Tarieregulering wholesale
	Discriminatie; informatie achterhouden; vertraging etc. Margin squeeze; predation	Transparantie; Non-discriminatieverplichting Tarieregulering wholesale; Squeeze-test Combinatorial test
2. Horizontal leveraging	Bundling/tying; Kruissubsidiëring	Ontbundeld aanbod Tarieregulering; Gescheiden boekhouding
	3. Single-market dominance	Verhogen switching-kosten
Predation		Squeeze-test; Combinatorial test
Excessieve tarieven		Tarieregulering wholesale en/of retail
4. Terminering	Te lage kwaliteit; te hoge kosten; geen innovatie etc.	Kwaliteitsregulering; Transparantie; Tarieregulering met prikkels voor investering/efficiency
	Excessieve tarieven	Toegangsverplichting; Tarieregulering wholesale; Gescheiden boekhouding
	Discriminatie Leverings- of toegangswijering	Non-discriminatieverplichting Toegangsverplichting; Tarieregulering wholesale

Bron: Gebaseerd op ERG.

NB: Tabel geeft geen volledig of definitief beeld van problemen en maatregelen.

**bron** OPTA Consultatiedocument  
Afwegingskader proportionaliteit van  
verplichtingen 22 dec 2004

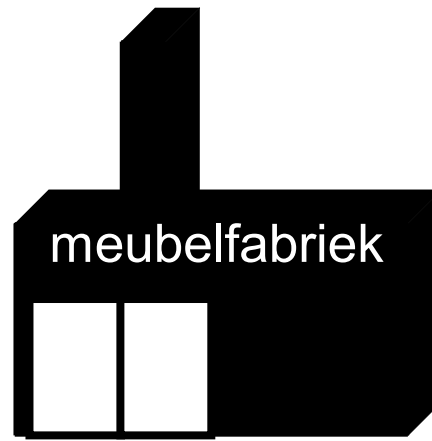
upstream



houtzagerij



meubelfabriek

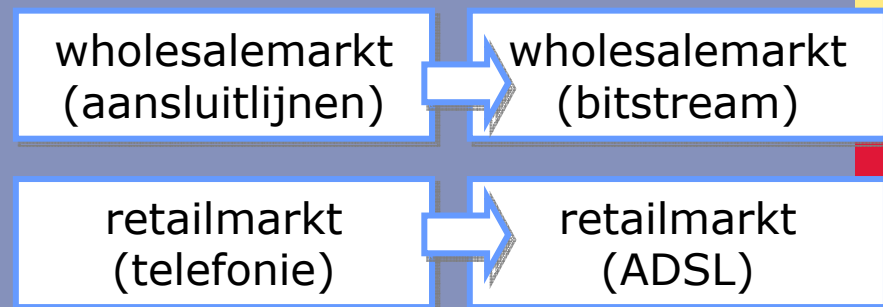


down stream



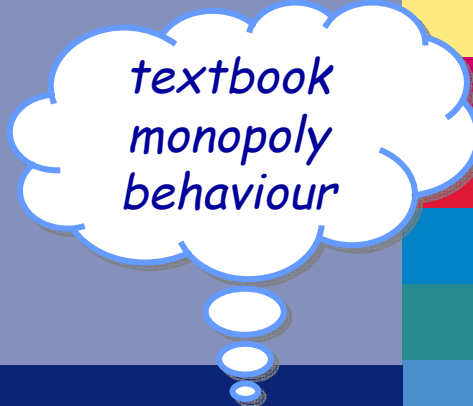

# (i) en (ii) verticale en horizontale hefboom

- weigering toegang tot essentiële faciliteit t.b.v. marktpositie op downstream markt
- strategie
  - weigering toegang
  - prijsstrategieën
  - overige strategieën
    - bijv. selectief informeren
- amm in éne markt gebruiken t.b.v. marktpositie op andere markt op zelfde niveau
- strategie
  - koppelverkoop
  - kruissubsidiëring



# (iii) single market dominance

- dominantie op één markt
- strategie
  - toegangsbelemmeringen
    - bijv. onnodig hoge overstapkosten
  - uitbuiting van klanten en/of uitsluiting van concurrenten
    - bijv. excessieve prijzen, prijsdiscriminatie
  - inefficiënties en/of te lage kwaliteit
    - bijv. geen investeringen in het netwerk of de organisatie



*textbook  
monopoly  
behaviour*

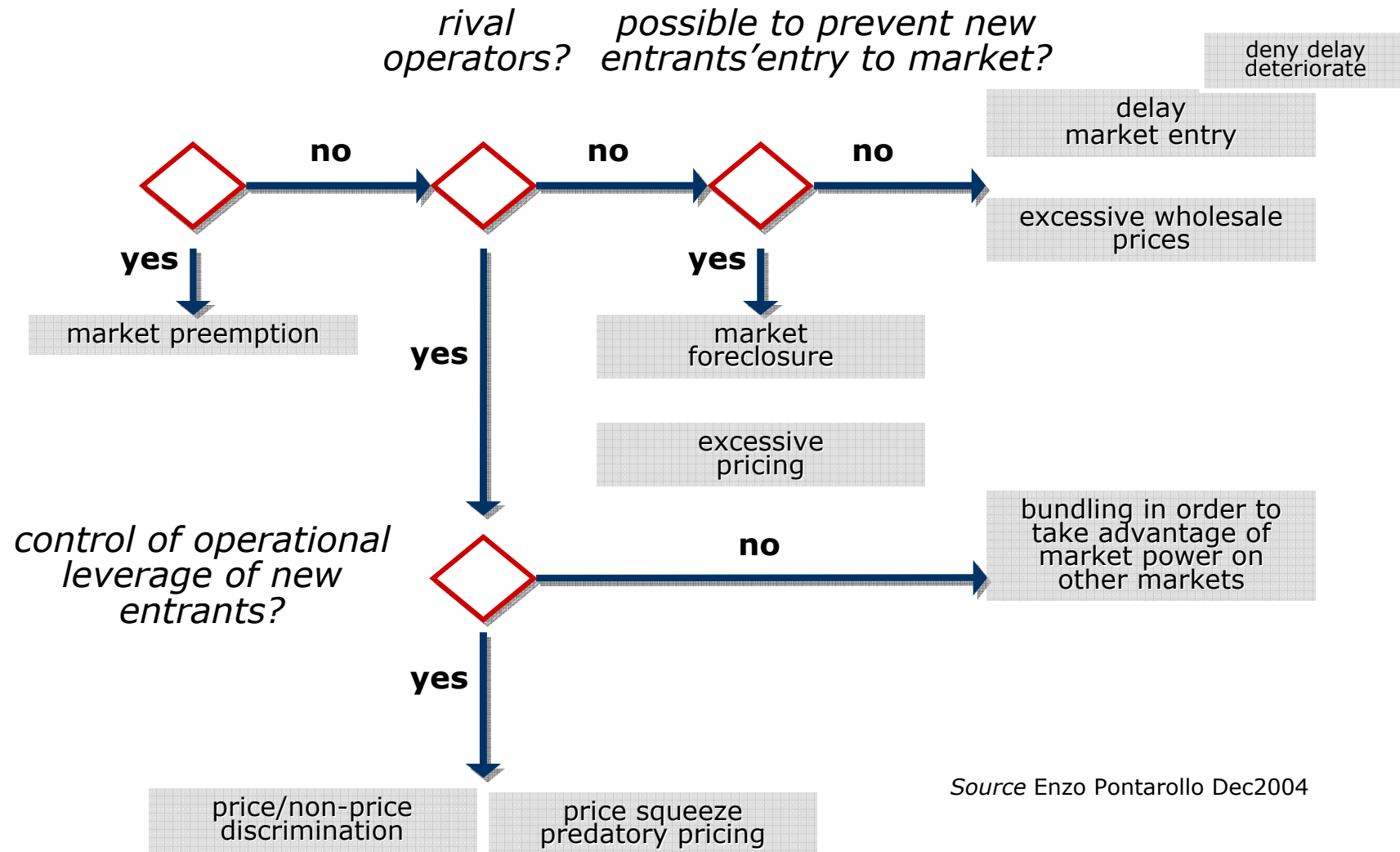
# (iv) termination

- specifieke mededingingsproblemen m.b.t. afwikkeling van diensten op mobiele of vaste netwerken
  - interconnectie tussen netwerken die concurreren op retailmarkt
    - fixed-to-fixed, mobile-to-mobile
  - afwikkeling tussen netwerken die niet concurreren op retailniveau
    - fixed-to-mobile, mobile-to-fixed
- strategie
  - tacit collusion
  - excessieve prijzen
  - prijsdiscriminatie





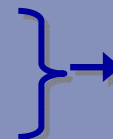
# Incumbents' Strategic Behaviour in Fixed Line Communications



Source Enzo Pontarollo Dec2004

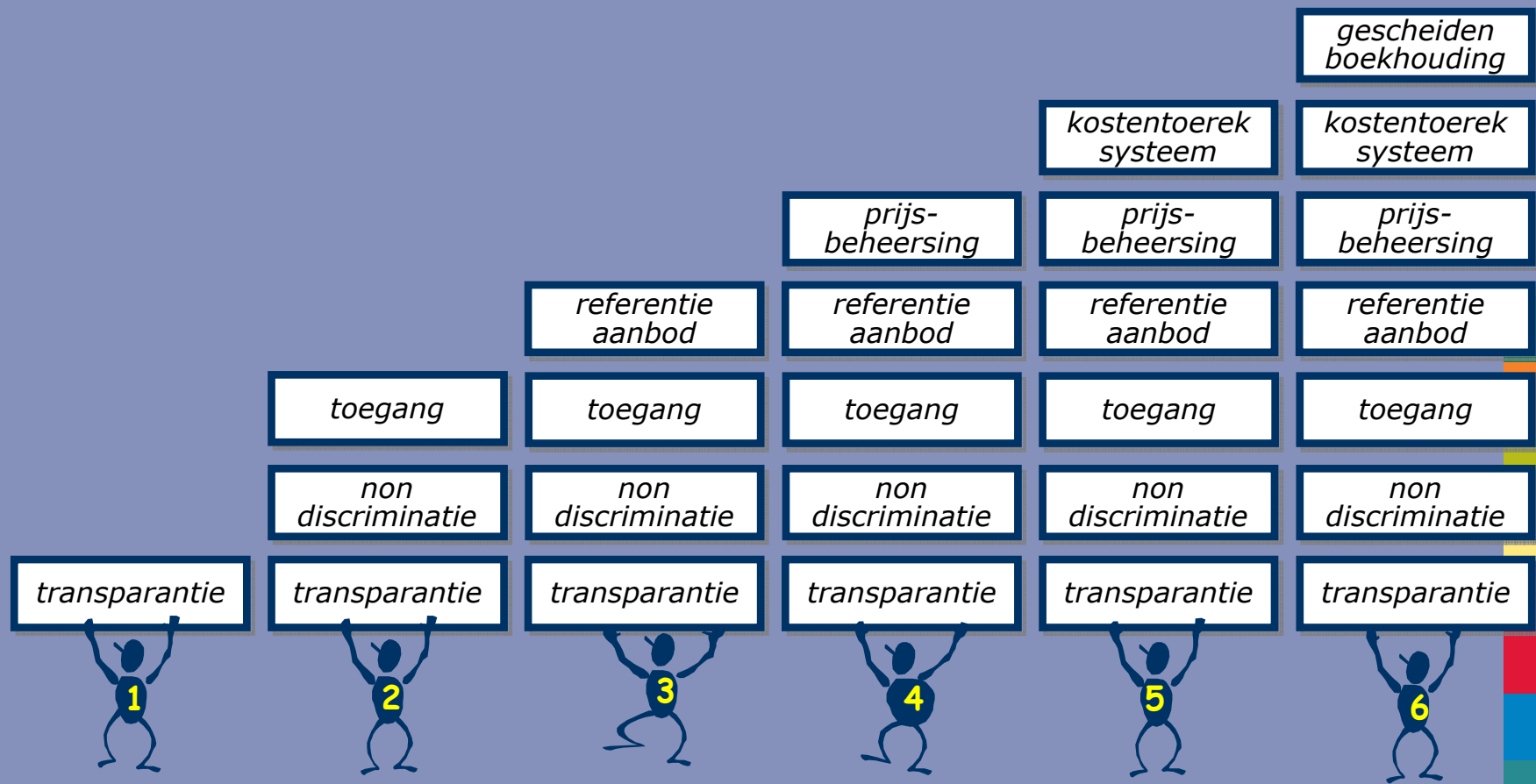
# passende verplichtingen

- beslissingen overeenkomstig taken NRI's
- gebaseerd op aard van problemen
  - proportionaliteit en subsidiariteit
- toegang als duplicatie van infrastructuur niet haalbaar is
  - als duplicatie van infrastructuur wél mogelijk is, vergemakkelijken transitie naar concurrentie
- 'incentive compatible'
  - voordeel naleving moet opwegen tegen nadeel niet naleving (d.w.z. boete enz.)

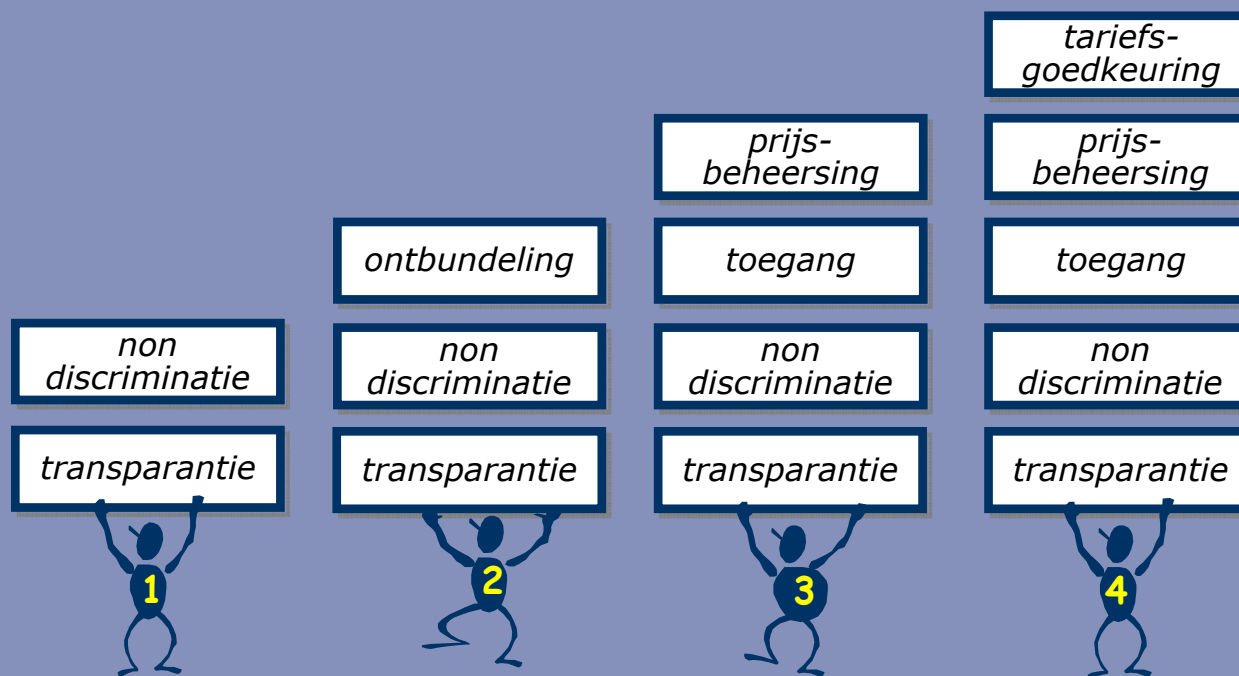


- bevordering concurrentie
  - o.m. door aanmoediging efficiënte investeringen
- ontwikkeling interne markt
- bevorderen belangen eindgebruikers
  - keuze, prijs & kwaliteit

# wholesale-verplichtingen van licht naar zwaar



# retail-verplichtingen van licht naar zwaar



# proportionaliteit

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

*met dien verstande,*

*dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel"*

# hiërarchie wettelijke doelstellingen

## uitgangspunt

eindgebruikersbelangen best gediend bij effectieve marktwerking, ofwel bij duurzame concurrentie

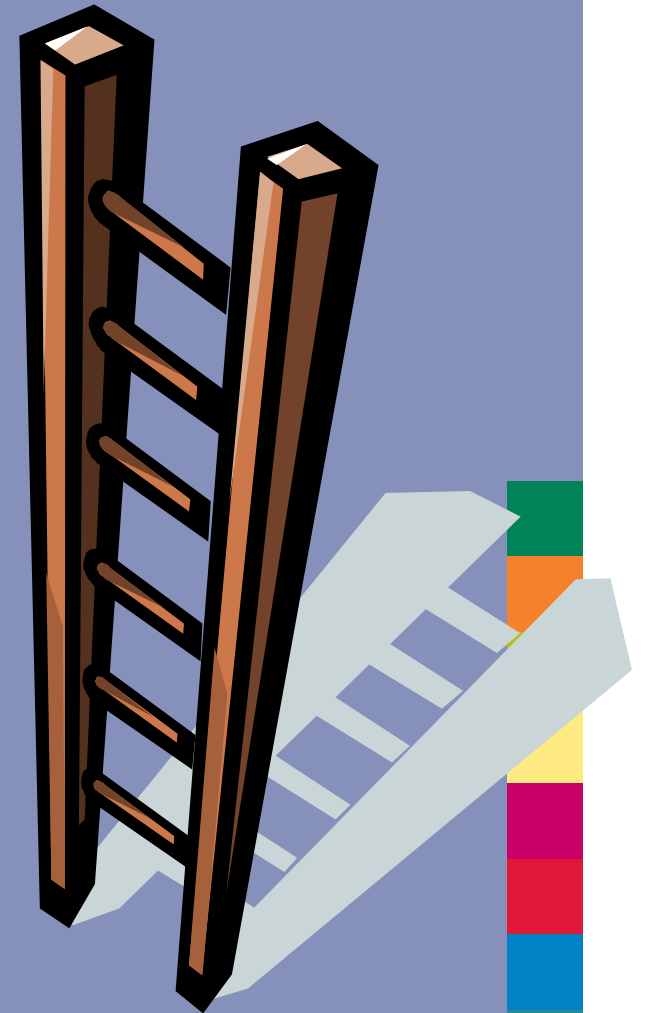
infrastructuurconcurrentie gaat voor diensten-concurrentie want is minder kwetsbaar - en dus duurzamer

bij niet-repliceerbare infrastructuur toegangsverplichtingen t.b.v. dienstenconcurrentie (investeringsladder)

bij te weinig disciplinerende werking in aanvulling daarop ook verplichtingen ter bescherming eindgebruikers

# 'ladder of investment'

- bij opbouw van klantenbestand moet een nieuwe speler gebruik maken van toegangsproducten op verschillende niveaus van de waardeketen...
  - wholesale line rental
  - bitstream access
  - local loop unbundling
- om later geleidelijk een eigen infrastructuur voor aansluiting van klanten aan te kunnen leggen



# toegangsverplichting (wholesale)

- redelijke verzoeken
  - onredelijke verzoeken mogen geweigerd
- toegang
  - ontbundelde toegang
    - incl. collocatie
  - kabelgoten
  - antenneopstelpunten
  - wederverkoop
  - interconnectie
  - roaming
  - enz
- passendheid
  - technische/economische haalbaarheid
    - in het licht van tempo marktontwikkeling
  - beschikbare capaciteit
  - investeringen AMM-partij
    - rekening houdend met risico's
  - concurrentie op lange termijn

Art. 6a.6  
(art. 12 Toegangsrl.)

CBb-uitspraken iz  
gespr.afgifte, gepr.opb.  
ontbundelde toegang



## CBb 20 maart 2007 - gespr.afgifte vt

*“Naar het oordeel van het College wijst KPN er terecht op dat de wetgever voor ogen staat dat een toegangsverplichting altijd wordt gespecificeerd.”*  
(r.o. 9.18.2)

maar op voorhand voorschrijven of uitsluiten van bepaalde vormen van toegang mag ook weer niet  
(r.o. 9.5.4 gespreksopbouw)

# kostenoriëntatie (wholesale)

- tarief gebaseerd op relevante kosten en investeringen
  - vermeerderd met redelijke winstopslag
- efficiëntiekorting
  - inadequate investeringen
- price cap
  - tariefplafond
- kostentoerekening-systeem
  - om kosten inzichtelijk te maken
    - Embedded Direct Cost (“EDC”)
    - Long Run Incremental Cost (“LRIC”)
- proportionele toerekening?

Art. 6a.7  
(art. 13 Toegangsrl.)

CBb-uitspraken iz AMM-  
doorgifte en WLR-  
tariefbesluit

# CBb 12 september 2007 – WLR

*De [...] verplichting met betrekking tot kosten en kostenoriëntatie hebben een ingrijpend karakter.*

*Prijsregulering is een vergaande vorm van regulering van de markt. Dit geldt in het bijzonder voor de hier aan de orde zijnde proportionele toerekening, die er op neerkomt dat de gereguleerde onderneming een aanzienlijk deel van de kosten die moeten worden gemaakt om anderen met haar te kunnen laten concurreren, zelf moet dragen.*

*OPTA dient bij het opleggen van een dergelijke verplichting te onderzoeken of deze geschikt is voor het bereiken van het doel en of deze niet verder gaat dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is.”*

*(r.o. 9.2.2)*

# non-discriminatie (wholesale)

- gekoppeld aan toegangsverplichting
  - “onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden”
    - anders dan richtlijn “gelijkwaardige omstandigheden en voorwaarden”
      - aansluiting bij gelijkheidsbeginsel
      - geen ruimte om gelijke gevallen ongelijk te behandelen
    - maar geen materiële beperktere betekenis beoogd

Art. 6a.8  
(art. 10 Toegangsrl.)

CBb-uitspraken iz  
gespreksafgifte vt

# CBb 11 mei 2007 gespr.afgifte vt

*OPTA [stelt] zich op het standpunt dat andere vaste aanbieders [...] een relatief gering aantal eindgebruikers hebben, zodat deze aanbieders ieder voor zich niet in staat zijn de marktwerking te verstoren door te discrimineren.*

*Naar het oordeel van het College stelt KPN zich terecht op het standpunt dat deze motivering voor het niet opleggen van een sectorspecifiek discriminatieverbod aan andere vaste aanbieders onvoldoende deugdelijk is.*

*Door de positie van andere vaste aanbieders [...] uitsluitend geïsoleerd te beschouwen, gaat OPTA voorts voorbij aan de mogelijkheid dat een groep andere vaste aanbieders onderling gunstigere afspraken maakt dan met KPN.”*

*(r.o. 9.20.1 e.v.)*

# nondiscriminatie, tarieven (retail)

- gelijke gevallen gelijk behandelen
  - géén 'ongegronde voorkeur'
- ontbundeling
  - géén koppelverkoop
- transparantie
  - m.n. als plichten o.g.v. hfdstk 7 niet werken
- prijsmaatregel
  - onder- of bovengrens
  - voorkoming
    - excessieve prijzen
    - afbraakprijzen
- kostentoerekingssysteem
  - gekoppeld aan prijsmaatregel
  - toerekeningsmodel
- goedkeuringsvereiste
  - tariefwijzigingen

Art. 6a.12 t/m 6a.14  
(art. 17 UDrl.)

CBb-uitspraken iz Retail  
Vaste Telefonie

# CBb 30 mei 2007 - huurlijnen

*“De aan KPN opgelegde verplichting om geen termijnkortingen toe te passen valt naar het oordeel van het College zeer wel aan te merken als een verplichting betreffende de hoogte van het tarief.”*

*(r.o. 7.10.1)*



## CBb 14 mei 2007 retail vt

*"het College overweegt ten aanzien hiervan dat, zoals al eerder opgemerkt, artikel 6a.14 Tw OPTA een ruime vrijheid laat om al dan niet te besluiten tot voorafgaande goedkeuring van tarieven"*



# intrekking en heroverweging

- intrekken verplichtingen
  - relevante markt is daadwerkelijk concurrerend geworden,  
*en/of*
  - aangewezen onderneming heeft niet langer AMM,  
*en/of*
  - geen noodzaak meer voor verplichtingen op eindgebruikersniveau
    - er kan worden volstaan met verplichtingen op groothandelniveau
- hoe dan ook heroverweging binnen drie jaar

marktbesluit	besluit	uitspraak	resultaat
1 gespreksopbouw mobiel	14 nov 05	13 juli 06	beroepen ongegrond; besluit in stand gelaten
2 gespreksafgifte mobiel	14 nov 05	29 aug 06	beroepen gegrond; besluiten vernietigd; nieuwe markt-analyse gestart
3 wholesale line rental (WLR)	21 dec 05	30 nov 06	beroepen grotendeel ongegrond; besluiten grotendeels in stand gelaten
4 gespreksopbouw vast	21 dec 05	20 mrt 07	beroepen grotendeels ongegrond; besluit grotendeels in stand gelaten
5 gespreksdoorgifte vast	21 dec 05	20 mrt 07	beroep deels gegrond; besluit deels vernietigd (voor één relevante markt)
6 ontbundelde toegang	21 dec 05	2 mei 07	beroepen grotendeels ongegrond; besluit grotendeels in stand gelaten
7 wholesale breedband toegang (WBT)	21 dec 05	9 mei 07	beroepen ongegrond; besluit in stand gelaten
8 retailmarkt vast	21 dec 05	14 mei 07	beroepen grotendeels ongegrond; besluit grotendeels in stand gelaten
9 huurlijnen	21 dec 05	30 mei 07	beroepen grotendeels ongegrond; besluit grotendeels in stand gelaten
10 gespreksafgifte vast	21 dec 05	11 mei 07	beroepen grotendeels gegrond; deels vernietiging van het besluit
11 omroepdoorgifte kabel	17 mrt 06	24 juli 07	beroepen gegrond; vernietiging besluiten; rechtsgevolgen in stand
12 doorgifte analoge radio via ether	17 juli 06	25 sep 07	beroepen grotendeels gegrond; vernietiging van besluiten

# E. terug- en vooruitblik



# wat het heeft opgeleverd...

2005/06

**twintig** besluiten voor **negentien** markten  
meer dan **veertig** amm-partijen aangewezen waarvan **negen** keer KPN  
**drie** voorlopige voorzieningen en **achtenzestig** beroepen  
**dertig** beroepen gegrond

2008/09

**twaalf** besluiten voor **negen** markten  
**vijfenveertig** amm-partijen aangewezen, waarvan **zes** keer KPN  
er zijn **zeven-en-veertig** beroepen ingesteld  
tot dusver **een** beroep afgerond en gegrond

*lawyers  
paradise!*

## Aanbeveling 2003

### **openbare telefonie (retail)**

- zakelijk en niet zakelijk
- toegang (aansluitingen) en gesprekken
- lokaal, nationaal/internationaal

### **openbare telefonie (wholesale)**

- gespreksopbouw
- gespreksafgifte
- gespreksdoorgifte

### **ontbundelde toegang, wholesalebreedbandtoegang**

### **huurlijnen (wholesale)**

- afgevend segmenten
- bundelsegmenten

### **mobiel**

- toegang/gespreksopbouw
- gespreksafgifte (MTA)
- nationale markt voor internationale roaming

### **omroeptransmissie**

## Aanbeveling 2007

### **openbare telefonie (retail)**

- toegang (aansluitingen), zakelijk en niet zakelijk

### **openbare telefonie (wholesale)**

- gespreksopbouw
- gespreksafgifte
- gespreksdoorgifte

### **ontbundelde toegang, wholesalebreedbandtoegang**

### **huurlijnen (wholesale)**

- afgevend segmenten

### **mobiel**

- afgifte gesprekken

# lessons learned

- marktaandeel 100% betekent nog geen amm
  - kopersmacht!
- passendheid van verplichtingen
  - kosten/baten analyse
- CBb toetst min-of-meer marginaal

*“of OPTA het nodige onderzoek verricht en met duidelijke en inzichtelijke redeneringen haar conclusie bereikt”*



# do's and don't

- ver vooruitdenken
  - bedenkingen cq zienswijze vereist i.v.m. de **onderdelenfui**k
- vergaand expliciteren beroep
  - tegen marktafbakening, dominantie-analyse en/of verplichtingen
- voorzichtig met **uitvoeringsbesluiten**
  - vertraagde reciprociteit: Annex A of Annex B van het WPC-besluit
- bewijs vereist
  - **empirisch** en/of **economisch**







# 'internet freedom provision'

*any [...] measures regarding end-users' access to or use of services and applications through electronic communications networks liable to restrict [their] fundamental rights or freedoms may only be imposed if they are **appropriate, proportionate and necessary within a democratic society**, and their implementation shall be subject to **adequate procedural safeguards** in conformity with ECHR and general principles of Community law, including effective judicial protection and due process.*

*Accordingly, these measures may **only** be taken with due respect for the **principle of presumption** of innocence and the **right to privacy**. A **prior fair and impartial procedure** shall be guaranteed, including the right to be heard of the person or persons concerned, subject to the need for appropriate conditions and procedural arrangements in duly substantiated cases of urgency in conformity with ECHR.*

***The right to an effective and timely judicial review shall be guaranteed.***

vragen?

