

ACTUALITEITEN TELECOMRECHT

# marktafbakening, aanmerkelijke marktmacht en ex ante-verplichtingen

Gerrit-Jan Zwenne & Jaap Tempelman  
28 april 2011



# agenda

## A. inleiding

- asymmetrische regelgeving

## B. marktafbakening

- relevante productmarkten

## C. marktmacht

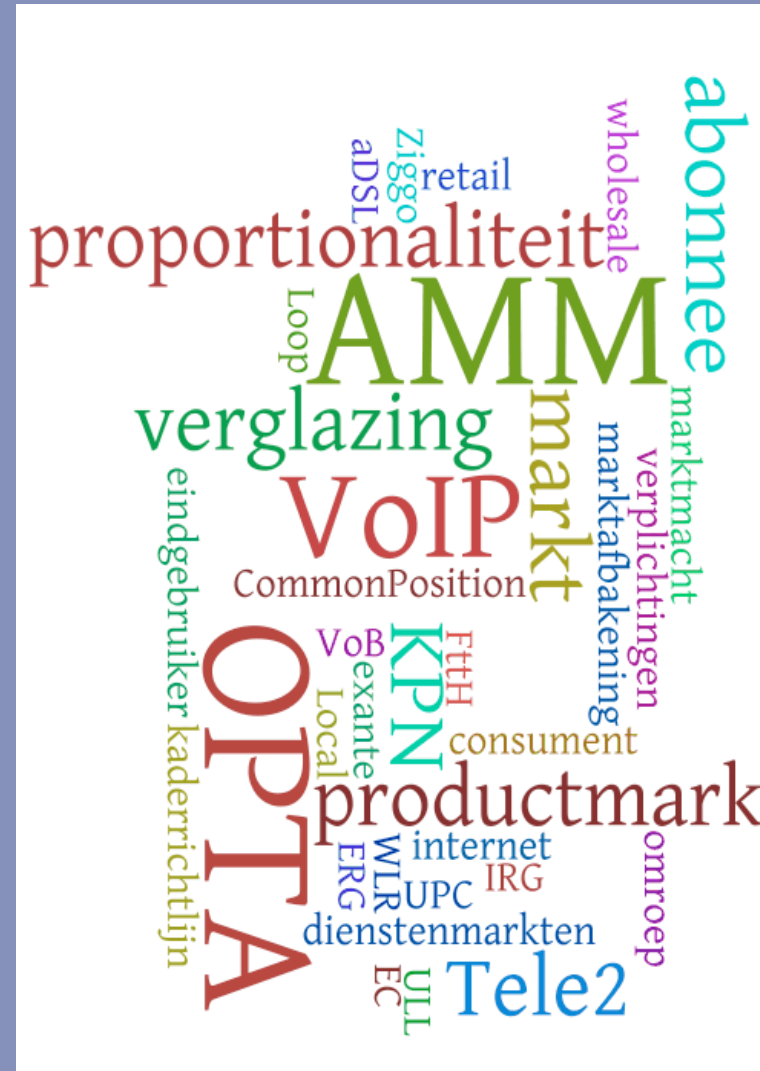
- marktaandelen en andere omstandigheden

## D. verplichtingen

- ERG Common Position
- proportionaliteit
- wholesale en retail

## E. afronding

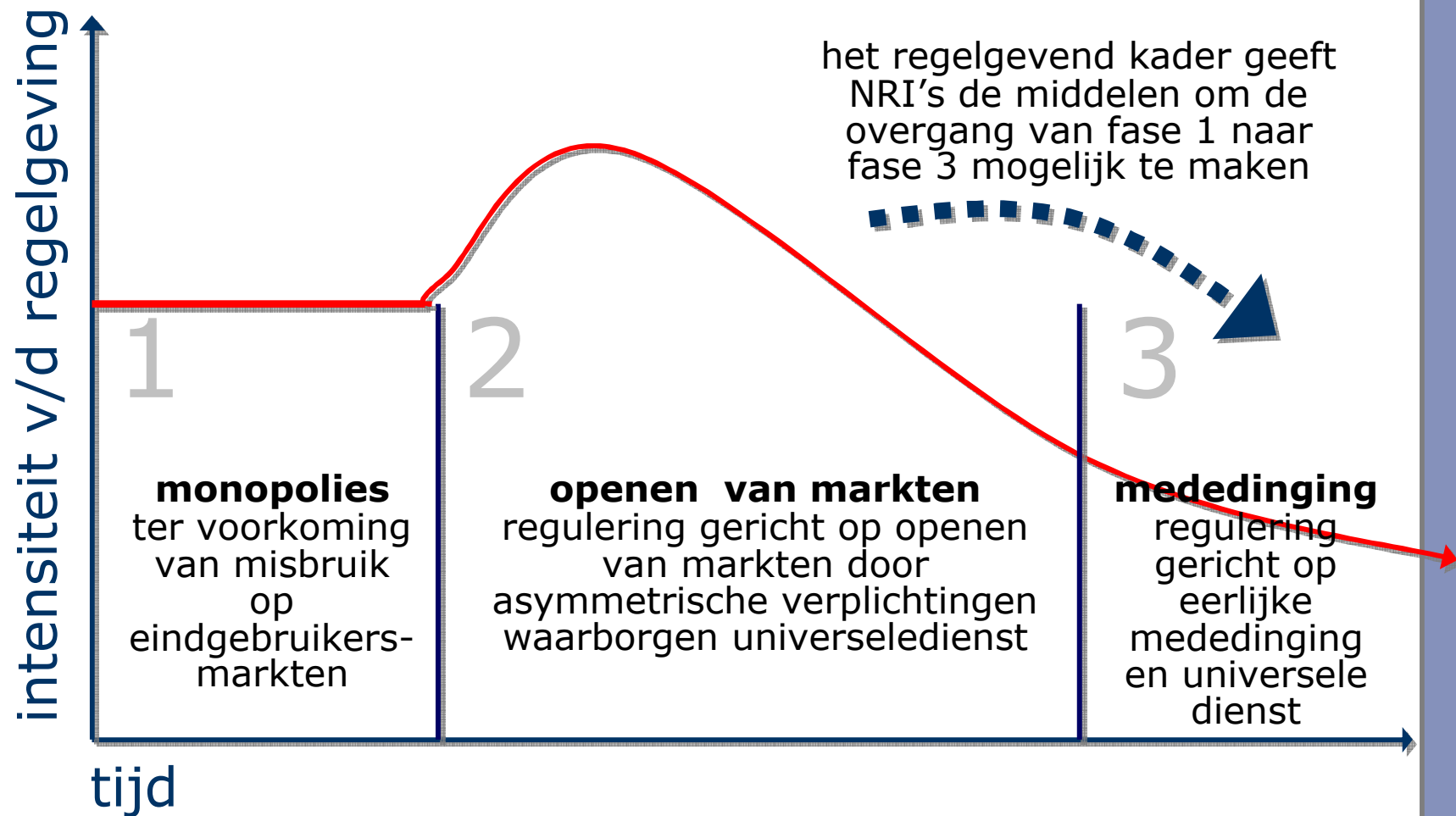
- resultaten
- lessons learned
- do's and don'ts



# A. inleidende opmerkingen



# de rol van de regelgeving



# asymmetrie

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



# structurele marktmonitoring

- actieve volgen van relevante markten
- voortdurende bevraging marktinfo - o.g.v. art. 18.7 Tw

|   |  |   |                       |
|---|--|---|-----------------------|
|  |  | Postbus 91420<br>2509 LK Den Haag<br>Telefoon: (070) 315 35 00<br>Fax: (070) 315 35 01<br>E-mail: mail@opta.nl<br>www.opta.nl |                       |
|   |  | <b>Bezoekadres</b><br>Zarichthuis<br>Muzenstraat 4*<br>2511 WB Den Haag   |                       |
| <b>Contactpersoon</b>   | <b>Ons kenmerk</b>                                     | <b>Uw kenmerk</b>   | <b>Doorkiesnummer</b> |
| Ir. J. Senior   | OPTA/BO/2007/201519                                    |   | (030) 315 35 33       |
| <b>Datum</b>  | <b>Onderwerp</b>                                       | <b>Bijlage(n)</b>   |                       |
| 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 dienen 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 overlegt 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 reactie niet



# 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

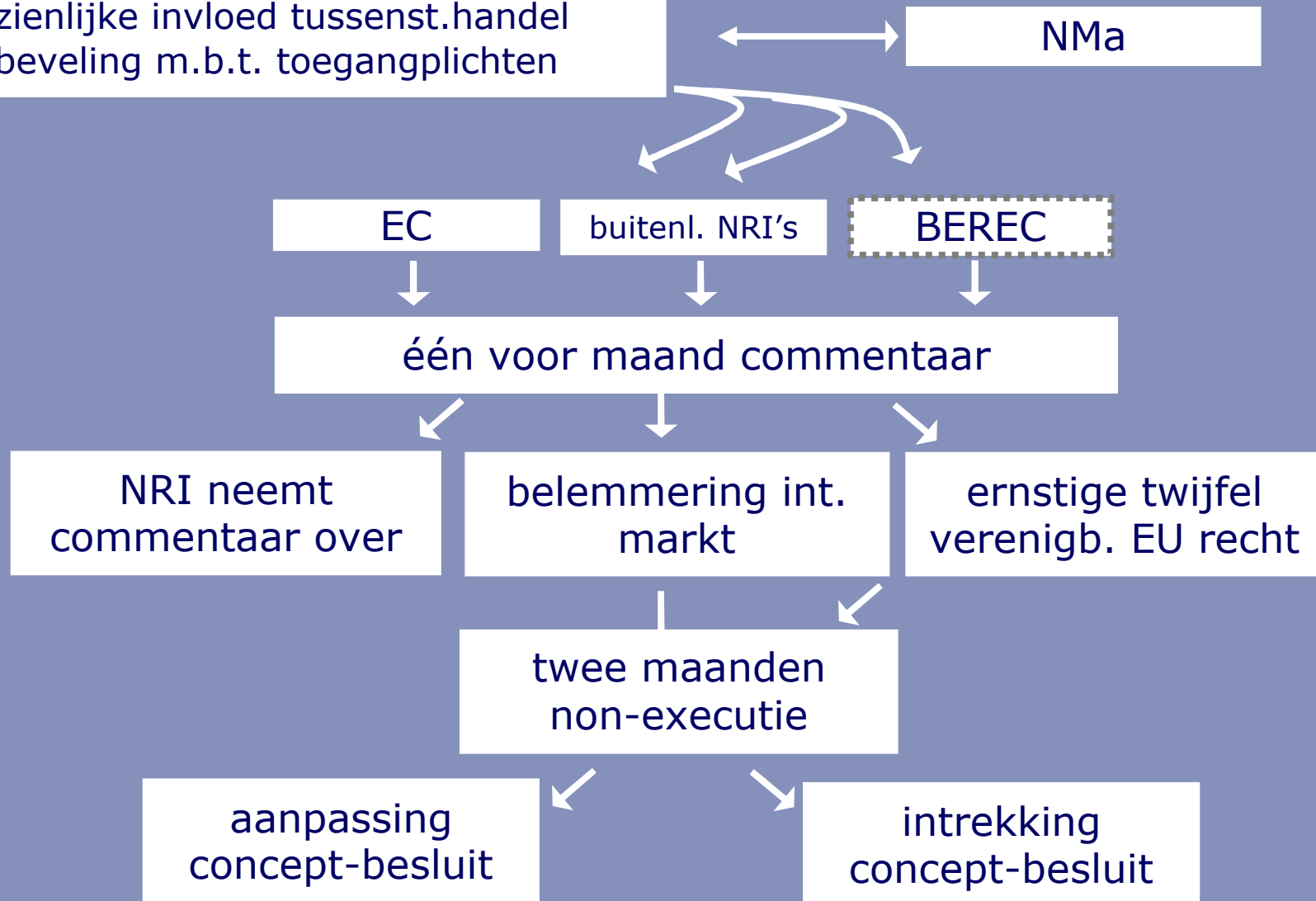
Art. 6a.4 Tw





## Notificatie OPTA concept-besluit

- afwijkende marktdefinities en AMM verplichtingen
- aanzienlijke invloed tussenst.handel
- aanbeveling m.b.t. toegangplichten



# B. marktafbakening



# 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

### 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




# 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



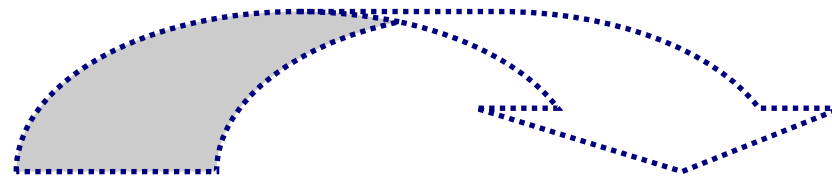
# ssnip-test

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



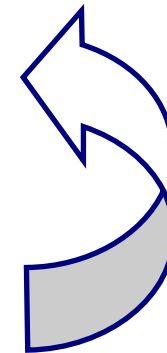
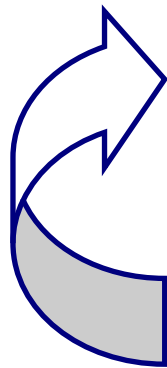
# ketensubstitutie

géén substitutie



UPC

Ziggo



*DiGiTenne*  
SLIM BEKEND

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'





# 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!**



# CBb 28 oktober 2009 LJV BK1315 - ULL

*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.*



## C. aanmerkelijke marktmacht ("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 vijftien- 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 OPTA

bewijslast bij  
marktpartij



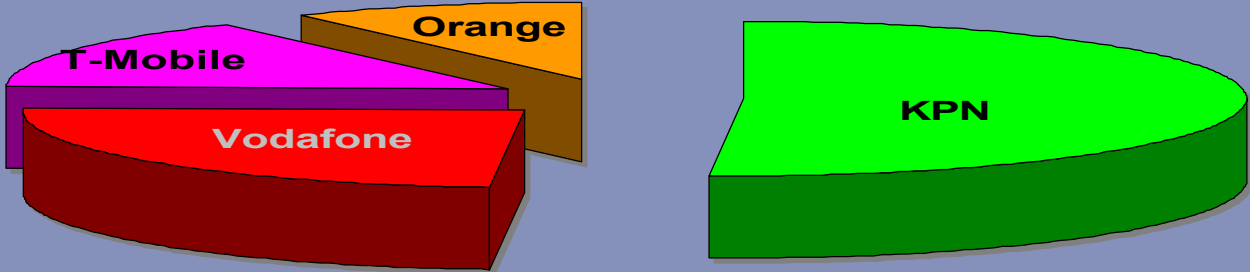
# ook relevant voor AMM

- 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.

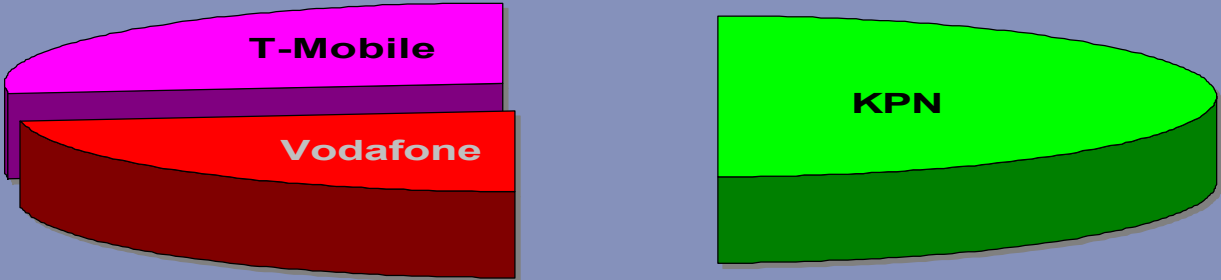


# marktaandeel mobiel

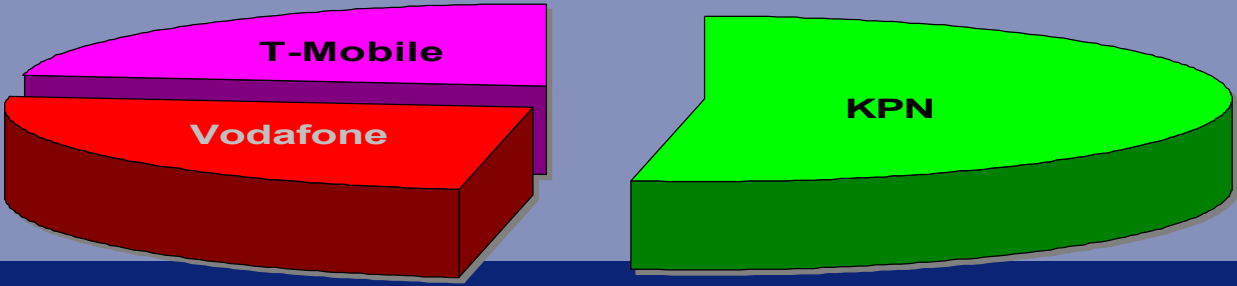
2006



2008

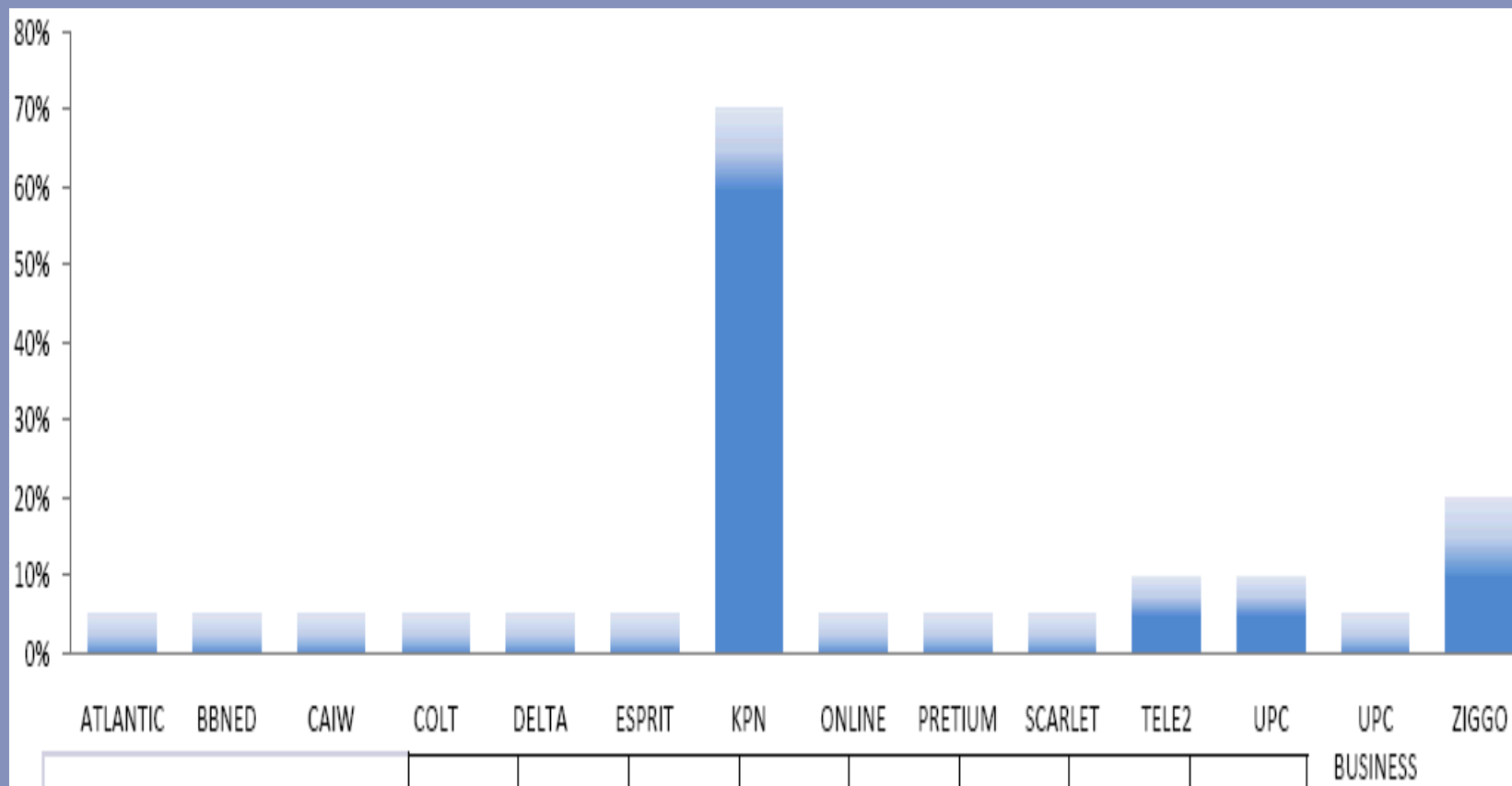


2010





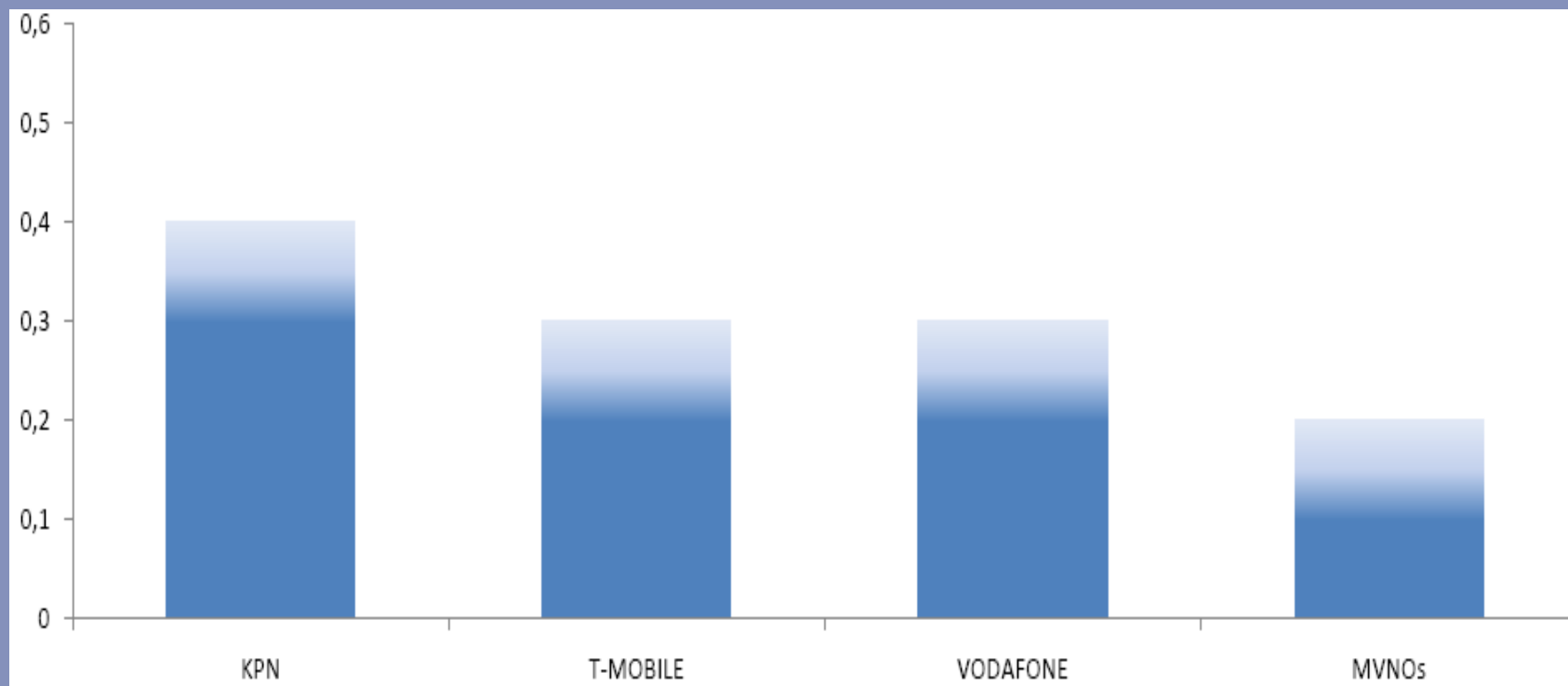
# marktaandeelen vaste telefonie



Structurele marktmonitor Q3 2010



# marktaandeelen (belminuten)



Structurele marktmonitor Q2 2010



12 x 6 weken  
uitgesteld...!

geen nieuw  
besluit!!

| marktbesluit           | besluit   | uitspraak | resultaat   |
|------------------------|-----------|-----------|---|
| Huurlijnen             | 19 dec 08 | 13 dec 10 | Beroepen gegrond, besluit vernietigd<br>LJN: BM3159 |
| WBT                    | 19 dec 08 | -         | Beroep ingesteld, nog geen uitspraak...             |
| Gespreksdoorgifte vast | 19 dec 08 | -         | Beroep ingesteld, nog geen uitspraak.....           |
| Ontbundelde toegang    | 19 dec 08 | 28 okt 09 | Beroepen gegrond, besluit vernietigd<br>LJN: BK1315 |
| Omroepdoorgifte kabel  | 5 mrt 09  | 18 aug 10 | Beroepen gegrond, besluit vernietigd<br>LJN: BJ6753 |
| Gespreksafgifte vast   | 7 juli 10 | -         | Beroep ingesteld, nog geen uitspraak....            |
| Gespreksafgifte mobiel | 7 juli 10 | -         | Beroep ingesteld, nog geen uitspraak....            |

nieuw besluit  
27 april 2010

geen nieuw  
besluit!!



# D. ex ante-verplichtingen

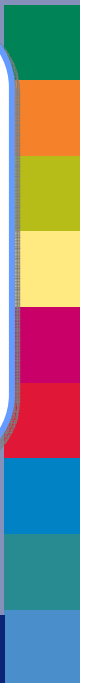


# instrumenten en documenten

- 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"



# 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 toegangsweigering                         | Toegangsverplichting;<br>Tariefregulering wholesale  |
|                            | Discriminatie; informatie achterhouden; vertraging etc. | Transparantie;<br>Non-discriminatieverplichting  |
|                            | Margin squeeze; predation                               | Tariefregulering wholesale;<br>Squeeze-test<br>Combinatorial test                                    |
| 2. Horizontal leveraging   | Bundling/tying;<br>Kruissubsidiëring                    | Ontbundeld aanbod<br>Tariefregulering;<br>Gescheiden boekhouding                                     |
| 3. Single-market dominance | Verhogen switching-kosten                               | Ontbundeld aanbod;<br>Non-discriminatieverplichting;   |
|                            | Predation   | Transparantie<br>Squeeze-test;<br>Combinatorial test   |
|                            | Excessieve tarieven                                     | Tariefregulering wholesale en/of retail  |
| 4. Terminering             | Te lage kwaliteit; te hoge kosten; geen innovatie etc.  | Kwaliteitsregulering;<br>Transparantie;<br>Tariefregulering met prikkels voor investering/efficiency |
|                            | Excessieve tarieven                                     | Toegangsverplichting;<br>Tariefregulering wholesale;<br>Gescheiden boekhouding                       |
|                            | Discriminatie   | Non-discriminatieverplichting  |

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





upstream



houtzagerij

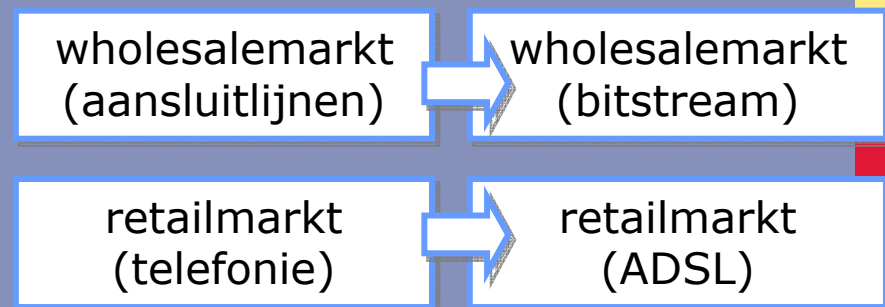


down stream



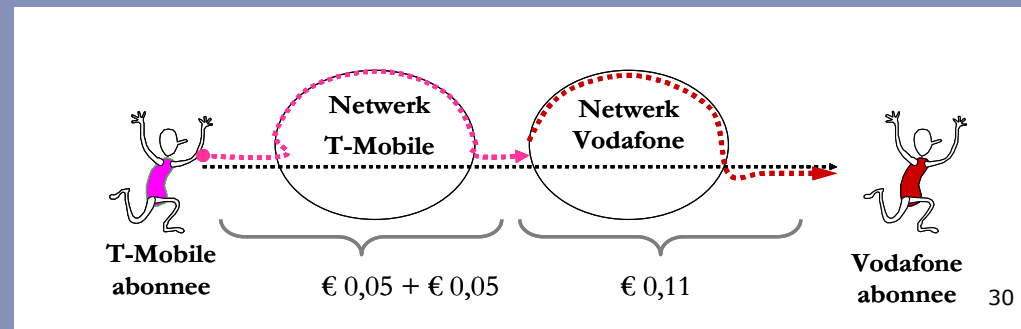
# verticale en horizontale hefboom

- 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

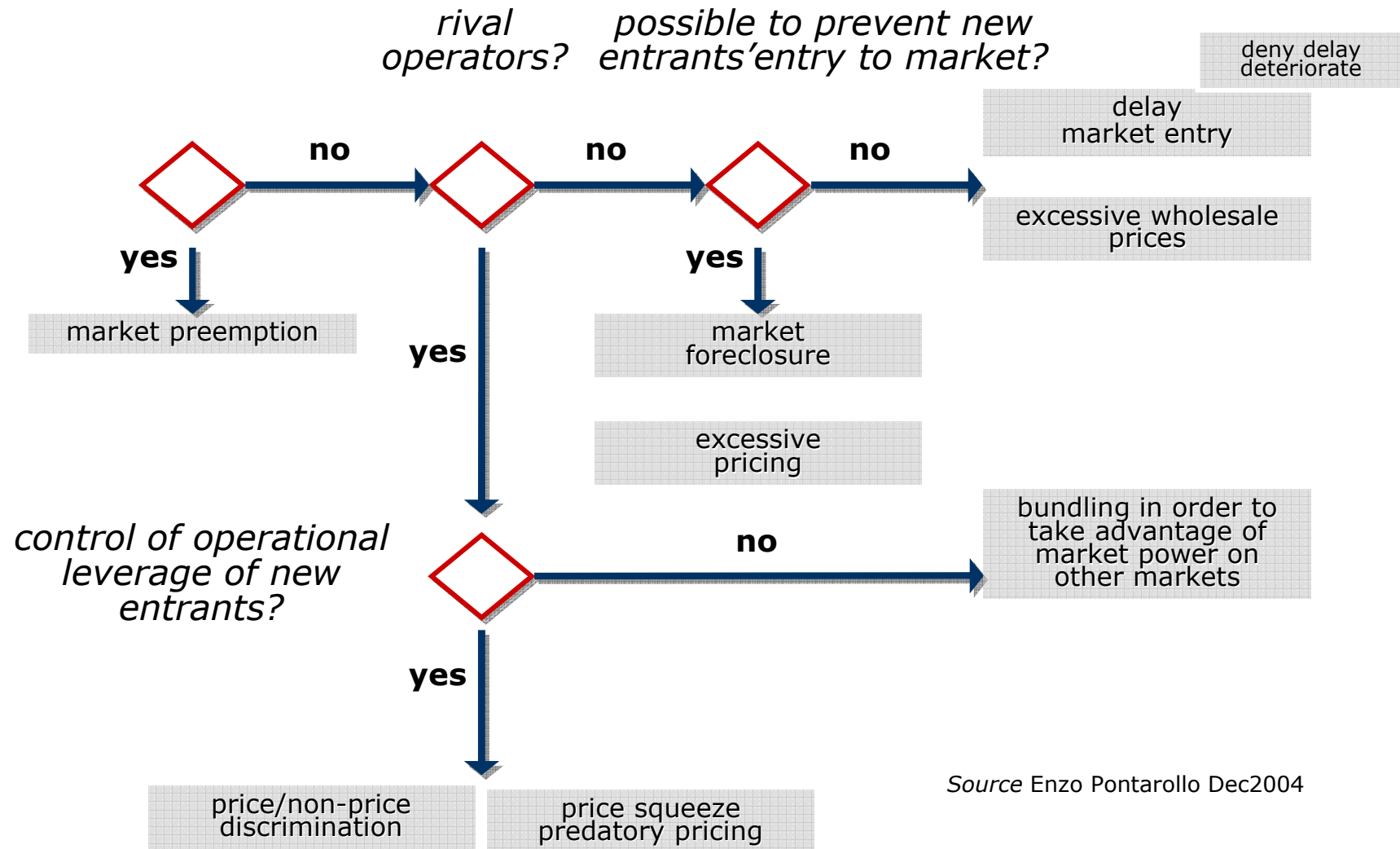


# termination

- 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

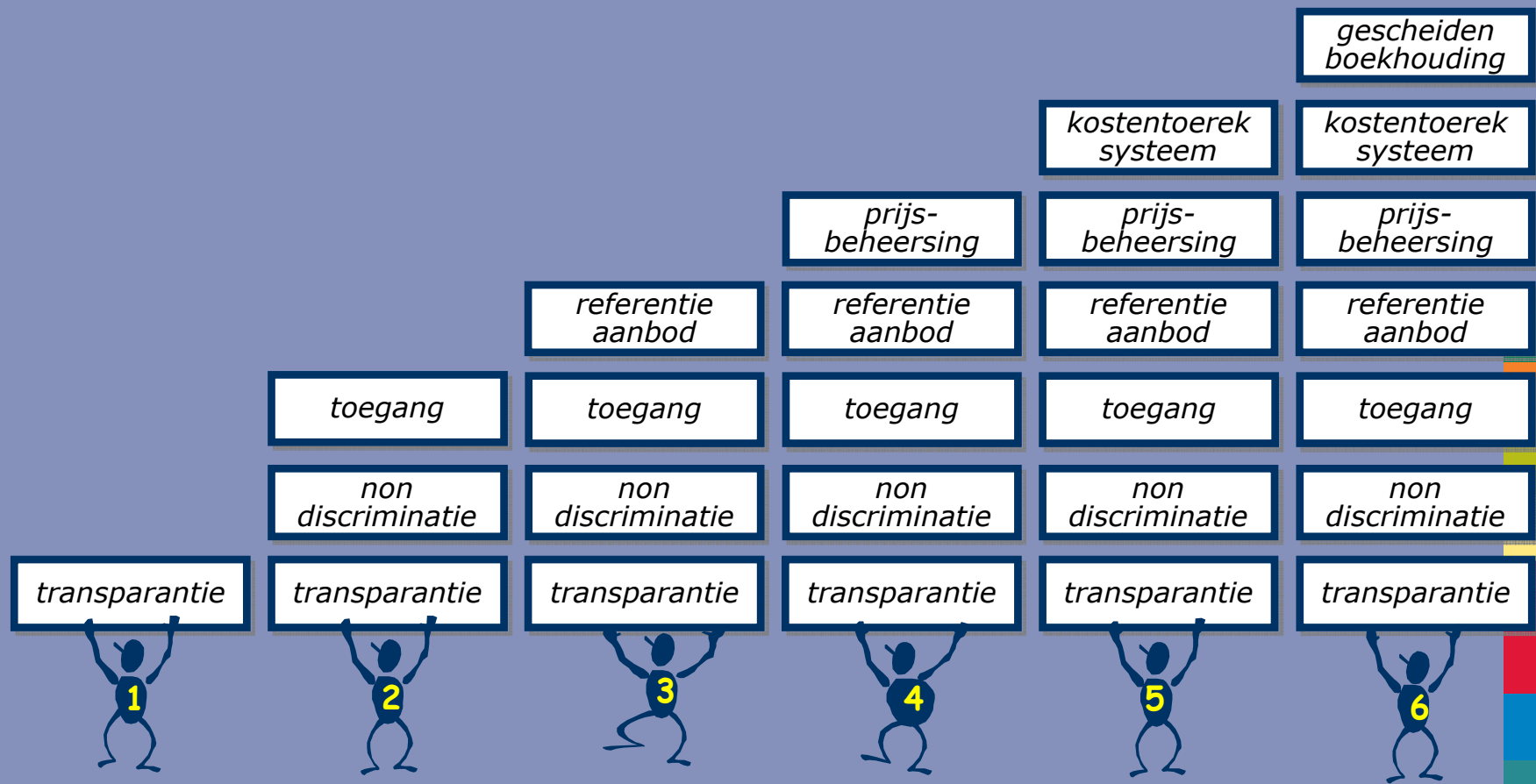


# Incumbents' Strategic Behaviour in Fixed Line Communications

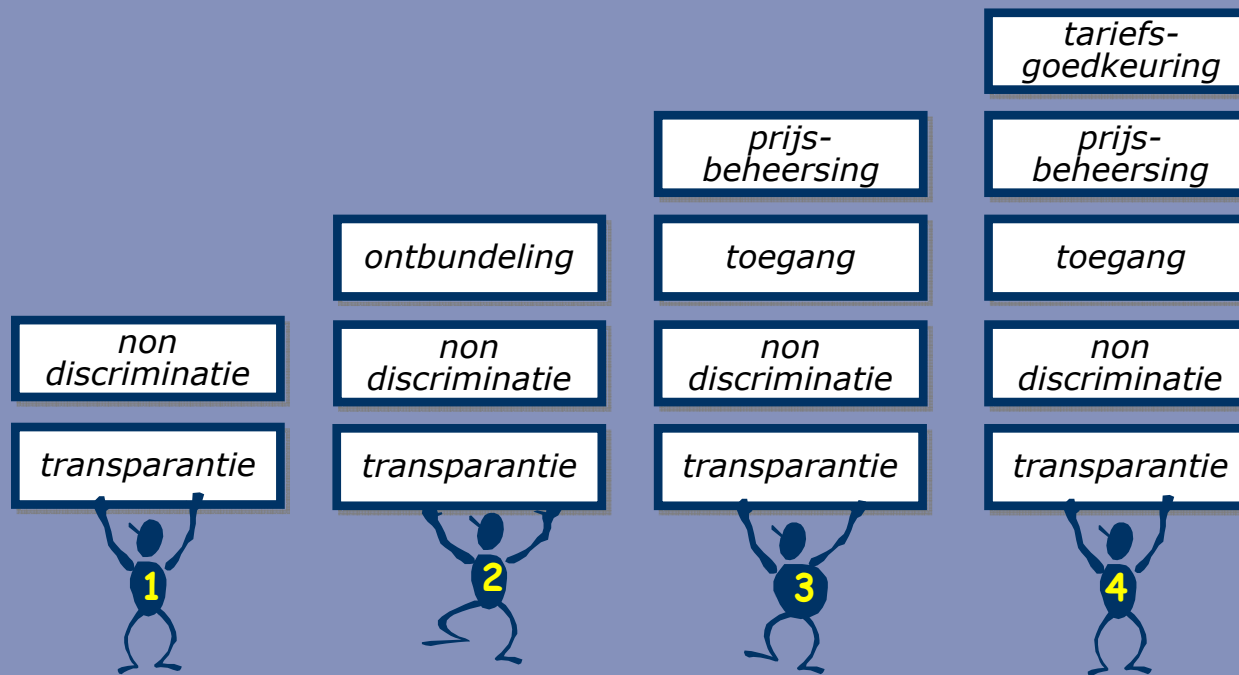


Source Enzo Pontarollo Dec2004

# wholesale-verplichtingen



# retail-verplichtingen



# 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

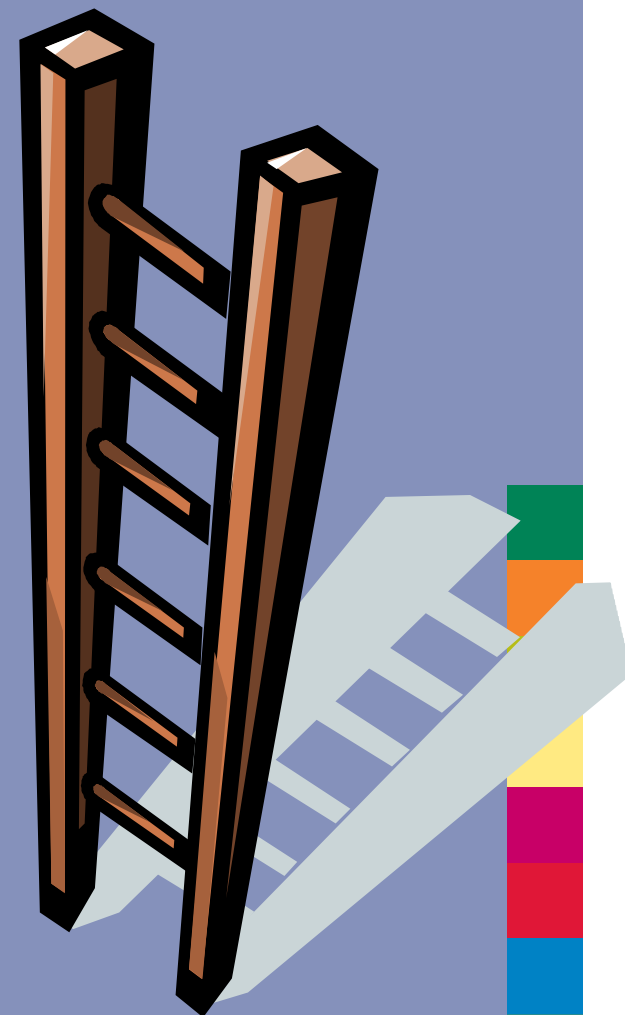
bij niet-repliceerbare infrastructuur toegangsverplichtingen t.b.v. dienstenconcurrentie (investeringsladder)

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

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



# CBb 20 maart 2007 - gespr.afgifte

*"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)*



LJN BA4880

# 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 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.)*



# 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 groothandelsniveau
- hoe dan ook heroverweging binnen drie jaar



Art. 6a.3 en 6a.4

# 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 **drie..**   
tot dusver ~~een~~ beroep afgerond en gegrond



# do's and don't

- vooruitdenken
  - bedenkingen cq zienswijze vereist i.v.m. de onderdelenfuij
- vergaand expliciteren beroep
  - tegen marktafbakening, dominantie-analyse en/of verplichtingen
- denk aan uitvoeringsbesluiten en herstelbesluiten
  - ontbundelde aansluitlijn
  - tariefregulering
- bewijs vereist
  - empirisch en/of economisch





# vernieuwd regelgevend kader

- bevoegdheid EC m.b.t. remedies
- functional separation
- bevorderen breedband
- next generation networks (NGN)
- Europese Telecom Autoriteit (BEREC)

Richtlijn 2009/140/EG  
*Kamerstukken II 32549*



vragen?

