

## DE AFBAKENING VAN DE MARKT VOOR INTERNETTOEGANG DOOR NMa EN OPTA

### Inleiding

Op 14 december 2001 publiceerde het internetteam van de NMa en OPTA het resultaat van hun marktonderzoek over internettoegang: 'Rapportage internettoegang'<sup>1</sup>. Een concept-versie van dit onderzoek was reeds op 20 maart 2001 ter consultatie aan de markt voorgelegd<sup>2</sup>. Naar aanleiding van de consultatie van marktpartijen is het document aangepast en in definitieve vorm gepresenteerd. Het is een doorwrocht stuk, waaruit blijkt hoe moeilijk het is een zo jonge en dynamische markt, als de internettoegangsmarkt, in kaart te brengen. Het doel van het onderzoek is dan ook niet een definitief oordeel over de afbakening van deze markt en de positie van de betrokken partijen te presenteren, doch een visie te geven over de "huidige" stand van zaken. Deze visie zullen OPTA en NMa betrekken bij de toepassing van het telecommunicatie- en mededingingsrecht. De afbakening van de relevante markt speelt vanzelfsprekend een rol bij de toepassing van artikel 24 Mw en het concentratietoezicht. De visie van het internetteam heeft reeds zijn doorwerking op deze terreinen. Ook OPTA zal de visie gaan toepassen bij de nieuwe regelgeving ter implementatie van de ONP review Richtlijnen<sup>3</sup> (per medio 2003). Conform deze nieuwe richtlijnen zal OPTA markten dienen af te bakenen om te kunnen vaststellen of marktpartijen een economische machtspositie (zogenaamde aanmerkelijke marktmacht) innemen. Maar reeds op de kortere termijn zal de toets een rol spelen, aangezien de telecommunicatiewetgever ervoor heeft gekozen – als interimwetgeving – de ONP review toets reeds toe te passen op de toegang tot openbare telecommunicatienetwerken en omroepnetwerken (kabelnetwerken) voor het bieden van toegang tot internet<sup>4</sup>. De relatie tussen deze nieuwe wetgeving en de rapportage van NMa en OPTA zal in dit artikel eveneens aan de orde komen.

### Definities

NMa en OPTA maken een onderscheid tussen *internettoegangsdiensten* en *netwerktogangsdiensten*. De eerste categorie diensten betreft de eindgebruikersmarkt, waarbij ISP's (Internet Service Providers) aan consumenten en zakelijke gebruikers diensten verlenen voor de toegang tot het internet (de *down stream* markt). Bij de tweede categorie gaat het om de toegang van ISP's tot netwerken, waarover zij de internettoegangsdiensten kunnen aanbieden (de *up-stream* markt). De consument kan kiezen uit verschillende mogelijkheden om de internetdiensten af te nemen. De meest bekende vorm van toegang tot het internet is het inbellen (de dial-up verbinding) via de 'gewone' telefoonlijn of via een ISDN-lijn. In beide gevallen wordt gebruik gemaakt van het geschakelde telefoonnetwerk. Als alternatief kan hij kiezen voor toegang via zogenaamde 'ontbundelde toegang tot de aansluitlijn', waardoor hij rechsreeks aan de infrastructuur van de ISP is gekoppeld, waardoor inbellen niet meer nodig is (een open verbinding). Deze dienst wordt aangeduid als de 'xDSL-toegangsdienst'. Naast toegang tot het internet via telecommunicatieinfrastructuur kan de gebruiker ook kiezen voor toegang via omroepnetwerken (via 'de kabel').

Naast het onderscheid naar *soort infrastructuur* speelt het onderscheid naar de *capaciteit* van de af te nemen dienst. Deze capaciteit wordt aangeduid door middel van het begrip *bandbreedte*. Dit begrip wordt veelal gebruikt als maat voor de hoeveelheid informatie (i.c. data) die in een bepaalde tijdseenheid via een bepaalde infrastructuur kan worden verstuurd. Het gaat daarbij voornamelijk om het aantal bits per seconde: de feitelijke

<sup>1</sup> Gepubliceerd op de websites van NMa ([www.NMa-org.nl](http://www.NMa-org.nl)) en OPTA ([www.OPTA.nl](http://www.OPTA.nl))

<sup>2</sup> [Deze versie is besproken door Machiel Bolhuis, 'Toegang tot de kabel voor ISP's: access for all?'. Mediaforum 2002-1, p. 2-6.](#)

<sup>3</sup> De zogenaamde Kaderrichtlijn (Gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 38/2001 door de Raad vastgesteld op 17 september 2001 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2001/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, PB EG 2001, C 337/34) en de zogenaamde Toegangsrichtlijn (Gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 36/2001 door de Raad vastgesteld op 17 september 2001 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2001/.../EG van het Europees parlement en de Raad van ... inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, PB EG 2001/ C 337/1). Conform deze richtlijnen zullen de nationale toezichthouders marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht dienen aan te wijzen. Dit begrip is in deze nieuwe richtlijnen nu gelijk gesteld met het begrip economische machtspositie conform het generieke mededingingsrecht. Beide concept-richtlijnen dienen nog definitief door de Raad en het Europees Parlement te worden vastgesteld.

<sup>4</sup> Wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit in verband met de invoering van een regeling voor toegang tot openbare telecommunicatienetwerken bestemd voor het bieden van toegang tot internet en een verduidelijking en een verruiming van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken (Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 203, A).

snelheid van het binnehalen c.q. verzenden van data die door de eingebruiker kan worden gerealiseerd. De snelheid hangt af van het soort netwerk dat wordt gebruikt voor de internettoegang.

### **Marktafbakening op retailniveau**

#### **Smalband vs breedband**

De NMa en OPTA maken in de eerste plaats een onderscheid tussen de smalband- en breedbandtoegang. Daarbij geldt als omslagpunt volgens de toezichhouders de (maximale) doorgiftesnelheid van de internettoegang van 128 kbit/s. Ligt de doorgiftesnelheid hoger dan is sprake van een aparte markt voor breedband internettoegang. Naast het verschil in doorgiftesnelheid, noemt het internet team nog twee andere factoren waarop het onderscheid tussen smalband internettoegang en breedband wordt gebaseerd: de prijs (een vaste prijs of niet) en de mogelijkheid van 'always on' of niet. Hoewel het internetteam aangeeft dat een zekere concurrentiedruk vanuit de smalband internettoegangsmarkt op de breedband markt lijkt uit te gaan, is deze kennelijk onvoldoende om de twee diensten volledig substitueerbaar te doen zijn. Deze afbakening is in lijn met de definitie van de markten die de Europese Commissie hanteert in de zaak AOL/Time Warner<sup>5</sup>. De smalband internettoegangsmarkt is volgens de NMa en OPTA een landelijke markt: de diensten worden door ISP's via het landelijke geschakelde telefoonnetwerk door geheel Nederland aangeboden. Ook dit standpunt is in lijn met de beslissingen van de Europese Commissie<sup>6</sup>. Een onderscheid naar de soort gebruiker (consument/grootzakelijke gebruikers) is volgens het team niet aan de orde. De ISP's bedienen in feite beide groepen gebruikers op dezelfde wijze. Reeds in het concentratiebesluit UPC-Primacom heeft de NMa de visie van het interteam (in de concept-rapportage) overgenomen en separate markten voor smalband- en breedbandinternettoegang aangenomen<sup>7</sup>

Op de smalband internettoegangsmarkt constateert het onderzoek een zeer sterke positie van KPN Telecom. KPN Telecom heeft een "aanzienlijk" aandeel van deze markt in handen. Deze positie wordt nog versterkt doordat KPN Telecom als verticaal geïntegreerde speler zowel actief is op de smalband netwerktoegangsmarkt als de smalband internettoegangsmarkt. Hoewel dit nergens met zoveel woorden in het rapport wordt vermeld, kan genoegzaam worden aangenomen dat deze positie als een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw kan worden aangemerkt.

#### **Telecommunicatienetwerk vs kabel**

Voor de breedband markt voor internettoegangsdiensten doet zich de vraag voor of de markt verder dient te worden opgesplitst naar de soort gebruikte infrastructuur. Immers, deze breedbanddiensten worden door ISP's zowel via telecommunicatieinfrastructuur (xDSL) als de kabel aangeboden. Zijn deze diensten volledig substitueerbaar of vormen zij separate markten? Uit de reactie van marktpartijen blijkt dat de meeste partijen van mening zijn dat de internettoegang via beide netwerken als substituten van elkaar worden beschouwd en tot dezelfde markt kunnen worden gerekend. De diensten en prijzen zijn in beginsel vergelijkbaar. Daarnaast zijn ook verschillen aan te wijzen, die evenwel voor het internetteam niet doorslaggevend waren. Naast de technische verschillen (de aard van de toegang), wordt geconstateerd dat de gebruiker die van de ene techniek op de andere over wenst te stappen extra kosten moet maken (de zogenaamde overstapkosten). Deze kosten dienen in de visie van het internetteam evenwel te worden "gerelativeerd". Door een steeds veranderende techniek zou de consument bereid zijn te investeren in nieuwe technieken en bovendien zouden ISP's zelf deze extra kosten kunnen betalen bij het overstappen van de consument.

De vraag is of deze relativering wel terecht is. De recente affaire rondom Mxstream (de ADSL dienst van KPN Telecom) over aanzienlijke prijsverhogingen voor deze dienst toont wel aan dat de hoge overstapkosten voor vele consumenten een *locked-in* kunnen betekenen. De Consumentenbond meent dat consumenten door deze hoge overstapkosten (en de moeilijke opzegbaarheid van een overeenkomst) in feite vastzitten aan de gekozen aanbieder<sup>8</sup>. Vooral nog lijkt in elk geval de NMa aan deze marktafbakening te willen vasthouden. Dit blijkt uit de afwijzing van de klacht van HCCnet. Deze klacht tegen KPN Telecom betrof eveneens de prijsverhoging van de Mxstream dienst. Deze klacht wordt kennelijk niet door de NMa in behandeling genomen wegens het ontbreken van een economische machtspositie van KPN Telecom op de (ruime) markt voor breedband internettoegangsdiensten<sup>9</sup>. In de reeds genoemde zaak UPC-Primacom meende de NMa nog dat moeilijk viel

<sup>5</sup> Beschikking van de Europese Commissie van 11 oktober 2000, zaak Comp/M.1845, AOL/Time Warner.

<sup>6</sup> Besluit van de Europese Commissie van 13 oktober 1999, Zaak nr. IV/M 1439, Telia/Telenor.

<sup>7</sup> Besluit van de directeur-generaal van de NMa van 7 juli 2001 als bedoeld in artikel 37, eerste lid, Mw, zaaknr. 2425, UPC-Primacom, para. 79.

<sup>8</sup> Zie onder meer de berichtgeving in De Volkskrant van 9 januari 2002, [h](#)Het NRC Handelsblad van 10 januari 2002 en [h](#)Het Financieele Dagblad van 11 januari 2002.

<sup>9</sup> Bij het te perse gaan van dit artikel waren geen details van deze zaak beschikbaar. Slechts een kort bericht van Planet Internet, waarin wordt vermeld dat de klacht door de NMa niet in behandeling wordt genomen. Het is derhalve niet duidelijk op welke gronden de klacht is afgewezen.

aan te geven of sprake was van twee gescheiden markten<sup>10</sup>. In deze analyse van de NMa werd met name gewezen op de overstapkosten: zij constateert (terecht) dat deze momenteel substantieel zijn. Een nader onderzoek (bijvoorbeeld naar de prijselasticiteit) acht de NMa noodzakelijk om de substitueerbaarheid van beide diensten definitief te kunnen vaststellen. In de Internetrapportage wordt dit niet gedaan. Het is de vraag of de NMa dergelijk onderzoek in de HCCnet-zaak wel heeft verricht. De uitkomst van deze procedure was mogelijk anders geweest, indien de telecommunicatienetwerken waren onderscheiden van de kabelnetwerken. Het moge duidelijk zijn dat KPN Telecom bij een dergelijke afbakening ook een economische machtspositie op de eindgebruikersmarkt voor breedbanddiensten via telecommunicatieinfrastructuur zou hebben ingenomen, hetgeen – bij de huidige visie van het internetteam – niet het geval is. Klagen bij OPTA heeft voor wat betreft de hoogte van de eindgebruikerstarieven voor breedbanddiensten geen zin. OPTA is (vooralsnog) niet bevoegd op deze diensten toezicht uit te oefenen.

De NMa en OPTA beschouwen overigens de internettoegangsmarkt voor breedbanddiensten als een nationale markt, hoewel de ISP's van de kabelexploitanten op landelijk niveau niet met elkaar concurreren. Hun werkgebied is immers (door de regionale infrastructuur) aan hun eigen kabelgebied gebonden. Desondanks meent het internetteam dat een “disciplinerende werking” uitgaat van het feit dat in Nederland meerdere (grote) kabelexploitanten actief zijn. Dit is slechts anders voor zover in bepaalde gebieden (nog) geen breedband internettoegang via de telecommunicatie-infrastructuur wordt geboden (geen dekking). In dat geval is de markt regionaal of zelfs lokaal.

### **Marktafbakening op whole sale niveau**

De whole sale markt betreft de inkoop van (capaciteit op) infrastructuur waarover internetdiensten kunnen worden gedistribueerd. Ook voor deze diensten wordt een onderscheid gemaakt tussen smalband en breedband. Verder beschouwt het internetteam de whole sale markt via telecommunicatieinfrastructuur en de kabel als een en dezelfde markt. Dit heeft tot gevolg dat het vaststellen van een economische machtspositie op deze markt een moeilijke aangelegenheid is. Toegang tot de betreffende infrastructuur zal dan ook niet via het generieke mededingingsrecht (artikel 24 Mw) kunnen worden afgedwongen. Dit is slechts anders indien telecomspecifieke regelgeving deze toegang als een verplichting aan de betrokken onderneming(en) oplegt. Vooralsnog is dit het geval voor de toegang tot de telecommunicatieinfrastructuur voor de xDSL aanbieders via de dienst ontbundelde toegang van KPN Telecom<sup>11</sup>. Voor toegang tot de kabel is dit niet geregeld. Toegang tot de infrastructuur van kabelexploitanten kunnen ISP's voor hun internetdiensten dus niet afdwingen. Op aandringen vanuit het parlement heeft de wetgever hiertoe nu een speciaal wetsvoorstel bij de Tweede kamer ingediend<sup>12</sup>. Het is evenwel zeer de vraag of dit voorstel tot het gewenste resultaat zal leiden. Immers, de wetgever heeft ervoor gekozen de toegangsverplichting te koppelen aan de nieuwe aanmerkelijke marktmacht-toets, die in de nieuwe ONP review richtlijnen zal worden gehanteerd. Daarbij is slechts sprake van aanmerkelijke marktmacht indien een economische machtspositie kan worden vastgesteld. En zo is de cirkel weer rond: uit de rapportage volgt dat de kabelinfrastructuur geen separate markt vormt en zal OPTA – indien zij aan haar standpunt van de rapportage vasthoudt – naar alle waarschijnlijkheid geen kabelexploitanten kunnen aanwijzen (met mogelijke uitzondering van die gebieden waar geen uitrol van telecommunicatieinfrastructuur plaatsvindt<sup>13</sup>). Het wetsontwerp schiet zo haar doel voorbij<sup>14</sup>. Indien een dergelijke aanwijzing uitblijft, kunnen de ISP's alleen bij de NMa te rade gaan en die zal (gezien het standpunt) de klacht niet in behandeling nemen bij gebreke van een economische machtspositie. Wat toegang (en de daarbij behorende kostengeoriënteerde tarifiering) tot de telecommunicatieinfrastructuur betreft biedt vooralsnog Verordening nr. 2887/2000 soelaas. Indien de werking van deze verordening evenwel zou worden opgeheven, lijkt ook het recht op (kostengeoriënteerde) ontbundelde toegang voor xDSL diensten nog moeilijk afdwingbaar. De praktijk toont aan dat aan dergelijk toezicht wel degelijk behoefte bestaat. Immers, slechts via diverse klachten en ingrijpen door OPTA heeft KPN Telecom deze toegang verleend<sup>15</sup>. De tarieven van deze dienst blijven evenwel een probleem vanwege een vermeende *price squeeze*: de tarieven voor de whole sale dienst van KPN Telecom zijn in verhouding tot de

<sup>10</sup> Besluit UPC-Primacom, para. 81-93. Vergelijk het besluit van de Europese Commissie van 24 april 2001, Zaak Nr. COMP/M.2222-UGC/Liberty Media, waarin de Commissie eveneens de marktafbakening op dit punt in het midden laat (para. 15).

<sup>11</sup> Deze verplichting vloeit per 1 januari 2002 rechtstreeks voort uit Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van de Unie van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, PB EG L 336/4. Deze verordening is in de Tw vastgelegd via de nieuwe bepaling van artikel 6.10 Tw (deze bepaling is per 5 oktober 2001 in werking getreden, *Staatsblad* 2001, 431). Deze verplichting geldt voor krachtens artikel 6.4 Tw aangewezen aanbieders. KPN Telecom is aangewezen voor de markt voor vaste opnebare telefoonnetwerken.

<sup>12</sup> Zie voetnoot 4.

<sup>13</sup> Zie Rapportage, para 189-192.

<sup>14</sup> [Vgl. Machiel Bolhuis, a.w., p. 2.](#)

<sup>15</sup> Zie het besluit van OPTA van 12 november 2001 in het geschil BabyXL/KPN Telecom (kenmerk OPTA/IBT/2001/202834), gepubliceerd op de website [www.OPTA.nl](http://www.OPTA.nl).

eindgebruikerstarieven van Mxstream te hoog om een redelijke marge te kunnen maken<sup>16</sup>. Indien een dergelijke squeeze zou kunnen worden aangetoond, kan deze slechts worden opgelost indien OPTA bereid is de whole sale tarieven op een zodanig niveau te stellen dat een voldoende marge kan worden gemaakt<sup>17</sup>. OPTA heeft geen mogelijkheid de squeeze op te lossen via hogere eindgebruikerstarieven, aangezien OPTA – zoals gezegd – geen bevoegdheid heeft deze tarieven te toetsen. Een oplossing via het generieke mededingingsrecht staat ook niet open, gezien de ruime marktafbakening door de NMa conform de rapportage van het internetteam.

De afbakening van de relevante markt voor breedband netwerktoegangsdiensten dient dan ook nog eens kritisch onder de loep te worden genomen<sup>18</sup>. De motivering in de rapportage is op dat punt<sup>19</sup> mager te noemen. xDSL aanbieders hebben op dit moment geen keuze tussen een whole sale aanbod van kabelexploitanten en diverse telecommunicatieinfrastructuur aanbieders. Kabelexploitanten bieden deze dienst vooralsnog alleen aan hun eigen ISP's aan, maar niet aan derden. Wat telecommunicatieinfrastructuur betreft is het enige aanbod in feite dat van KPN Telecom. In de rapportage wordt hierover vermeld dat een ISP "in theorie" wel bij een kabelexploitant terecht zou kunnen en dat er sprake is van "enige concurrentiedruk", waardoor het voor kabelexploitanten "aantrekkelijk" kan worden deze dienst alsnog aan derden te gaan aanbieden. Dat is nog maar de vraag en wordt ook verder niet onderbouwd. Bovendien vergeet het internetteam hier te vermelden dat het voor de betrokken onafhankelijke ISP of xDSL-aanbieder aanzienlijke investeringen vergt zijn infrastructuur op het gekozen netwerk aan te sluiten. Overstappen naar andere infrastructuur is dan ook geen eenvoudige zaak (als een overstap al mogelijk zou zijn, hetgeen vooralsnog feitelijk niet mogelijk is bij gebreke van enig aanbod door kabelexploitanten). Vooralsnog heeft de keuze van het internetteam een belemmering voor de verdere ontwikkeling van internetdiensten tot gevolg wegens het ontbreken van middelen voor het afdwingen van toegang tot de kabelnetwerken.

*Annetje Ottow, verbonden als senior onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) en advocaat-adviseur Houthoff Buruma, Den Haag*

---

<sup>16</sup> Zie het Financieele Dagblad van 11 januari 2002, 'Tarief Mxstream moet misschien verder omhoog'.

<sup>17</sup> Voor de price squeeze problematiek hebben OPTA en NMa gezamenlijk richtsnoeren ontwikkeld: Richtsnoeren Price Squeeze van 28 februari 2001, *Stert.* 2001, 44, p. 7. In deze richtsnoeren geeft OPTA evenwel aan de voorkeur te geven aan ingrijpen via de eindgebruikerstarieven, hetgeen voor ontbundelde toegang niet mogelijk is bij gebreke van enige bevoegdheid door OPTA.

<sup>18</sup> In de eerder genoemde zaak UPC/primacom laat de NMa een definitief oordeel op dit punt wijselijk in het midden: zie para. 100 van het besluit.

<sup>19</sup> Zie para. 180-188.