

# Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen



## Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen

Inleiding.....	3
1. Algemene voorwaarden voor het opleggen van AMM-verplichtingen.....	4
1.1 De relatie met de aard van het onderliggende probleem.....	4
1.2 Proportionaliteit in het licht van de doelstellingen.....	4
1.3 Gerechvaardigd in het licht van doelstellingen.....	5
1.4 Aanvullende motiveringseisen.....	5
2. Voorwaarden voor het opleggen van specifieke AMM-verplichtingen.....	6
2.1 Verplichtingen voor AMM-partijen op eindgebruikersmarkten.....	6
2.2 Toegangsverplichtingen.....	6
2.3 Kostenoriëntatie.....	6
3. Interpretatie van de proportionaliteitsnorm.....	7
4. Toetsing van proportionaliteit van maatregelen in drie stappen.....	8
5. Stap 1: Vaststellen van algemene uitgangspunten bij het opleggen van verplichtingen.....	9
5.1 De verhouding tussen de verschillende doelstellingen in de wet.....	9
5.1.1 Onderlinge verhouding tussen de doelstellingen.....	9
5.1.2 Duurzame concurrentie.....	9
5.1.3 Infrastructuurconcurrentie en repliceerbaarheid.....	10
5.1.4 Dienstenconcurrentie.....	11
5.1.5 Beschermen van consumenten.....	11
5.1.6 Bevordering van de interne markt.....	11
5.1.7 Conclusie.....	12
5.2 De te hanteren norm voor interventie.....	12
5.3 Het aangeven van een hiërarchie van verplichtingen (van licht naar zwaar).....	12
5.3.1 Algemene uitgangspunten.....	13
5.3.2 Wholesale-uitgangspunten.....	13
5.3.3 Retail-uitgangspunten.....	14
6. Stap 2: Verband leggen tussen mededingingsprobleem en verplichtingen.....	16
7. Stap 3: Proportioneel toepassen van verplichtingen in het licht van doelstellingen.....	18
7.1 Inleiding.....	18
7.2 Maatregel geschikt.....	18
7.3 Maatregel noodzakelijk.....	18
7.4 Voordelen wegen op tegen nadelen.....	19
7.5 Aanvullende eisen.....	19
7.5.1 Overwegingen bij het opleggen van tariefregulering.....	20
7.5.2 Prijsmisbruik ten nadele van eindgebruikers.....	20
7.5.3 Horizontale verplichtingen.....	21
8. Nadere uitwerking kwalitatieve en kwantitatieve onderbouwing.....	23
8.1 Wanneer is kwantificering redelijkerwijs mogelijk.....	23
8.2 Aanpak voor kwantificering.....	23
8.3 Opzet effectenrapportage.....	24
9. Conclusie.....	25

## Inleiding

In het kader van de op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) uit te voeren marktanalyses dient het college aan partijen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht passende verplichtingen op te leggen. Deze verplichtingen dienen proportioneel en gerechtvaardigd te zijn in het licht van de doelstellingen van de Telecommunicatiewet.

In het in deze notitie beschreven afwegingskader geeft het college aan hoe hij voornemens is de vereisten uit de Telecommunicatiewet met betrekking tot passendheid van op te leggen verplichtingen te interpreteren en toe te passen.

De voorgenomen benadering van het college wordt uitgewerkt op basis van de volgende stappen:

Stap 1: Vaststellen van algemene uitgangspunten bij het opleggen van verplichtingen

Deze algemene uitgangspunten hebben betrekking op de volgende aspecten:

- a. De verhouding tussen de verschillende doelstellingen van de wet;
- b. De te hanteren norm voor interventie;
- c. Het aangeven van een hiërarchie van verplichtingen (van licht naar zwaar).

Stap 2: Leggen van verbanden tussen mededingingsproblemen en verplichtingen

Hierbij zijn drie fasen te onderscheiden:

- a. Identificeren van het (potentiële) mededingingsprobleem;
- b. Bepalen wanneer dat probleem een oplossing behoeft;
- c. Bepalen van mogelijkerwijs effectieve verplichtingen die aansluiten bij de aard van het geconstateerde mededingingsprobleem.

Stap 3: Proportioneel opleggen van verplichtingen in het licht van de doelstellingen van de wet

In deze stap gaat het om de onderbouwing dat:

- a. de maatregel geschikt is voor het bereiken van de doelstellingen (relatie doel – middel),
- b. de maatregel noodzakelijk is in de zin dat een minder ingrijpende maatregel niet effectief is (keuze uit hiërarchie van verplichtingen), en
- c. dat de voordelen van toepassing van de maatregel (in termen van het bereiken van de doelstellingen) opwegen tegen de mogelijke nadelen daarvan.

Het college is voornemens de hierboven beschreven benadering toe te passen bij de beoordeling van de passendheid van verplichtingen voor AMM-partijen in het kader van de door het college uit te voeren marktanalyses. Het college merkt daarbij op dat de uiteindelijke invulling van de vereisten met betrekking tot passendheid van verplichtingen zal plaatsvinden in de besluiten op grond van hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet. De toepassing van het uiteengezette afwegingskader in de praktijk kan mogelijkerwijs aanleiding geven tot afwijkingen in specifieke gevallen.

Deze notitie heeft tot doel marktpartijen en anderen vooraf te informeren over de voorgenomen benadering van het college en daarover een discussie met marktpartijen mogelijk te maken. De uitkomsten van een dergelijke discussie kunnen aanleiding geven de voorgenomen benadering aan te passen.

## 1. Algemene voorwaarden voor het opleggen van AMM-verplichtingen

De Telecommunicatiewet stelt als belangrijke voorwaarde aan het opleggen van verplichtingen aan partijen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht dat verplichtingen “passend” moeten zijn<sup>1</sup>. De voorwaarde van passendheid is ook van toepassing op het in stand houden van verplichtingen<sup>2</sup> en het intrekken van verplichtingen<sup>3</sup>. In artikel 6a.2, derde lid, van de Telecommunicatiewet wordt het begrip passende verplichting als volgt uitgelegd:

*“Een verplichting als bedoeld in het eerste lid, is passend indien deze gebaseerd is op de aard van het onderliggende probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 proportioneel en gerechtvaardigd is.”<sup>4</sup>*

De doelstellingen van de Telecommunicatiewet zijn uitgewerkt in artikel 1.3, eerste lid, van de Tw. Dit artikel noemt drie doelstellingen in het bijzonder:

- a. Het bevorderen van concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten of bijbehorende faciliteiten, onder meer door efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen;
- b. De ontwikkeling van de interne markt;
- c. Het bevorderen van de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.

Hierna wordt kort ingegaan op de drie aspecten van passendheid:

- a. De relatie met de aard van het onderliggende probleem;
- b. De proportionaliteit in het licht van de doelstellingen;
- c. De gerechtvaardigheid in het licht van de doelstellingen.

Daarna wordt ingegaan op de aanvullende motiveringsvereisten die volgen uit artikel 1.3, vierde lid, van de Tw (het zogenaamde “amendement Blok”).

### 1.1 De relatie met de aard van het onderliggende probleem

De problemen die relevant zijn voor de toepassing van de AMM-verplichtingen zijn potentiële en feitelijke mededingingsproblemen die zijn gerelateerd aan posities van aanmerkelijke marktmacht (economische machtsposities) op de door het college afgebakende relevante markten in de sector Elektronische Communicatie. Een beschrijving van deze problemen is opgenomen in het gemeenschappelijk standpunt van de ERG over passende verplichtingen.<sup>5</sup> De AMM-verplichtingen dienen om deze problemen te voorkomen dan wel op te heffen, zodat partijen met AMM zich zoveel mogelijk gedragen als ware zij onderworpen aan daadwerkelijke concurrentie.

### 1.2 Proportionaliteit in het licht van de doelstellingen

De invulling van het begrip proportionaliteit in artikel 6a.2 komt voort uit de vereisten van de Toegangsrichtlijn en de Universele dienstenrichtlijn. Deze toets komt in grote lijnen overeen met het evenredigheidsbeginsel van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar is gedetailleerder uitgewerkt. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

---

<sup>1</sup> Artikel 6a.2, eerste lid, onder a, van de Tw

<sup>2</sup> Artikel 6a.2, eerste lid, onder b, van de Tw

<sup>3</sup> Artikel 6a.2, eerste lid, onder c, van de Tw

<sup>4</sup> Artikel 6a.2, derde lid, van de Tw

<sup>5</sup> ERG, “Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”, ERG(03)30rev1, April 2004.

### 1.3 Gerechvaardigd in het licht van doelstellingen

Het vereiste dat een maatregel gerechtvaardigd moet zijn komt overeen met het algemene motiveringsvereiste van de Algemene wet bestuursrecht. De motivering van een AMM-besluit moet afdoende zijn om de in dat besluit gemaakte keuzes te kunnen dragen.

### 1.4 Aanvullende motiveringseisen

Naast het vereiste van passendheid, dat is beschreven in de voorgaande paragrafen, worden in artikel 1.3, vierde lid, van de Tw aanvullende regels gesteld voor de motivering van maatregelen die aanzienlijke gevolgen hebben voor de desbetreffende markt.

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

Dit artikel vergt voor alle maatregelen die aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt hebben, een onderbouwing onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve, als voor zover redelijkerwijs mogelijk, in kwantitatieve zin:

- a. dat de maatregel *noodzakelijk* is voor het bereiken van de doelstellingen van artikel 1.3(1) Tw;  
en
- b. dat een andere minder ingrijpende maatregel niet effectief is.

Het college dient zelf vast te stellen of sprake is van maatregelen met een aanzienlijk gevolg voor de markt. Er wordt in deze notitie vanuit gegaan dat dit in ieder geval alle AMM-besluiten betreft.

In artikel 1.3, vierde lid, van de Tw wordt een motiveringseis gesteld die verder gaat dan wat in algemene zin geldt op basis van de Awb. Het college dient immers in zijn motivering van maatregelen te streven naar een kwantitatieve onderbouwing van beleidskeuzes en een verantwoording van de gevolgen daarvan.

## **2. Voorwaarden voor het opleggen van specifieke AMM-verplichtingen**

Naast het hiervoor beschreven algemene kader gelden voor bepaalde specifieke AMM-verplichtingen aanvullende voorwaarden. Dit betreft verplichtingen voor partijen met aanmerkelijke marktmacht op eindgebruikermarkten, verplichtingen met betrekking tot toegang en verplichtingen inzake prijsregulering. Deze voorwaarden worden hierna kort beschreven en in het vervolg van de notitie nader uitgewerkt.

### **2.1 Verplichtingen voor AMM-partijen op eindgebruikermarkten**

Op grond van artikel 6a.2, tweede lid, onder b, kan het college de verplichtingen op eindgebruikerniveau alleen opleggen indien de met toegang verband houdende verplichtingen (artikel 6a.6 tot en met 6a.11) en verplichtingen inzake carrier(voor) keuze (artikel 6a.17) ontoereikend zijn om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken of de belangen van eindgebruikers te beschermen.

### **2.2 Toegangsverplichtingen**

Op grond van artikel 6a.6 Tw (artikel 12 Toegangsrichtlijn) gelden bijzondere voorwaarden voor het opleggen van toegangsverplichtingen. Een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot bepaalde vormen van toegang kan worden opgelegd, indien het weigeren van toegang of het stellen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte eindgebruikermarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.

### **2.3 Kostenoriëntatie**

Voor het opleggen van kostenoriëntatie ten aanzien van bepaalde toegangsvoorwaarden geldt op grond van artikel 6a.7 Tw (artikel 13 Toegangsrichtlijn) als aanvullende voorwaarde dat moet worden aangetoond dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van eindgebruikers.

### 3. Interpretatie van de proportionaliteitsnorm

De hierboven genoemde voorwaarden kunnen worden samengevat onder de noemer proportionaliteit. Kort omschreven betekent proportionaliteit de toepassing van het minst ingrijpende tot het bereiken van een legitiem doel geëigende middel.

Uit de Awb en de Tw blijkt echter dat er enigszins verschillende begrippen worden gebruikt waaraan op te leggen maatregelen dienen te worden getoetst. Zo geldt op grond van de Awb het *evenredigheidsbeginsel* terwijl de Tw enerzijds vereist dat een maatregel *proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde doel* (artikel 6a.2, derde lid) en anderzijds vereist dat wordt aangetoond dat de maatregel *noodzakelijk is en dat een minder ingrijpende maatregel niet effectief is* (artikel 1.3, vierde lid). Daarnaast heeft het Hof van Justitie invulling gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel in het Europese recht.<sup>6</sup>

Naar het oordeel van het college dient het begrip "noodzakelijkheid" niet zelfstandig te worden beoordeeld, maar maakt de toets op noodzakelijkheid in wezen deel uit van de evenredigheidsstoets. Noodzakelijkheid omvat een beoordeling of een middel geschikt is en of een lichter middel niet evenzeer geschikt zou zijn.

Het college is van oordeel dat het best kan worden voldaan aan de hierboven beschreven voorwaarden door de proportionaliteitsnorm te hanteren zoals die is ingevuld door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Toepassing van deze norm ligt voor de hand om een aantal redenen. De norm is relatief duidelijk ingevuld door het Hof van Justitie, de vereisten van het artikel 6a.2. zijn gebaseerd op bepalingen in Europese richtlijnen (artikel 8 toegangsrichtlijn en artikel 17 universele dienstenrichtlijn) die expliciet spreken over proportionaliteit en de norm omvat in ieder geval het evenredigheidsbeginsel van de Awb.

Met het hanteren van de Europese proportionaliteitsnorm voldoet het college in ieder geval aan de vereisten van artikel 6a.2 en aan de *kwantitatieve* motiveringsvereisten van artikel 1.3, vierde lid. Ten aanzien van de *kwantitatieve* motivering geldt dat ter onderbouwing van de proportionaliteitstoets "*waar redelijkerwijs mogelijk*" een kwantificering van de verwachte relevante gevolgen dient plaats te vinden. Naar het oordeel van het college vormt deze aanvullende motiveringseis een integraal onderdeel van de proportionaliteitstoets.

Dit betekent dat de door het nieuwe kader voorgeschreven proportionaliteitstoets een motivatie vereist die aantoont dat het toegepaste instrument voor het bereiken van de doelstellingen van het beleid:

1. geschikt voor het bereiken van de doelstellingen van artikel 1.3(1) Tw; en
2. noodzakelijk is, dus dat
  - a. zonder aanwending van het middel het doel hetzij in het geheel niet hetzij in onvoldoende mate zou worden bereikt;
  - b. en bovendien, indien verschillende geschikte middelen bestaan, het gekozen instrument het minst zware effectieve middel is;
  - c. en de voordelen die volgen uit de toepassing van het middel in termen van het bereiken van de doelstellingen opwegen tegen de mogelijke nadelen daarvan.

---

<sup>6</sup>"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.", HvJEG, Zaak C-331/88 van 13 november 1990, FEDESA, Jur 1990 I p. 4023 (nadruk toegevoegd).

## 4. Toetsing van proportionaliteit van maatregelen in drie stappen

De in sectie 3 beschreven invulling van de proportionaliteitsnorm wordt in deze sectie uitgewerkt tot een stappenplan. Het college heeft het voornemen dit stappenplan in de praktijk toe te passen bij het opleggen van verplichtingen op basis van de marktanalyses op grond van de Telecommunicatiewet.

De proportionaliteitstoets wordt als volgt stapsgewijs opgebouwd:

### Stap 1: Vaststellen van algemene uitgangspunten bij het opleggen van verplichtingen

Deze algemene uitgangspunten hebben betrekking op de volgende aspecten:

- a. De verhouding tussen de verschillende doelstellingen van de wet,
- b. De te hanteren norm voor interventie,
- c. Het aangeven van een hiërarchie van verplichtingen (van licht naar zwaar).

### Stap 2: Leggen van verbanden tussen mededingingsproblemen en verplichtingen

Hierbij zijn drie fasen te onderscheiden:

- a. Identificeren van het (potentiële) mededingingsprobleem,
- b. Bepalen wanneer dat probleem een oplossing behoeft,
- c. Bepalen van mogelijkwerwijs effectieve verplichtingen die aansluiten bij de aard van het geconstateerde mededingingsprobleem.

### Stap 3: Proportioneel opleggen van verplichtingen in het licht van de doelstellingen van de wet

In deze stap gaat het om de onderbouwing dat:

- a. de maatregel geschikt is voor het bereiken van de doelstellingen (relatie doel – middel), en
- b. de maatregel noodzakelijk is in de zin dat een minder ingrijpende maatregel niet effectief is (keuze uit hiërarchie van verplichtingen), en
- c. dat de voordelen van toepassing van de maatregel (in termen van het bereiken van de doelstellingen) opwegen tegen de mogelijke nadelen daarvan (kosten van regulering).

Bij stap 3b vergt artikel 1.3, vierde lid, een expliciete verantwoording van de gemaakte keuze (i.e. motiveren), o.a. aan de hand van voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve als (voor zover redelijkerwijs mogelijk) in kwantitatieve zin. Kwantificering kan echter ook een belangrijke rol spelen bij de andere stappen, met name stap 2b en 3c (zie verderop in deze notitie).

Zoals reeds vermeld in sectie 2, stelt de wet bovendien eisen aan de proportionaliteitstoets ten aanzien van specifieke verplichtingen:

- a. voor toegang met nadruk op doelstellingen, duurzame concurrentie en eindgebruikerbelang;
- b. voor tariefregulering met als voorwaarden het bestaan van een risico op excessieve prijzen of marge-uitholling ten nadele van eindgebruikers.

Tenslotte geldt dat bij het opleggen van verplichtingen rekening moet worden gehouden met algemene verplichtingen die kunnen gelden ten aanzien van interoperabiliteit en ten aanzien van eindgebruikerbelangen en universele dienstverlening.

In de volgende secties van deze notitie worden de hier beschreven stappen nader toegelicht.

## 5. Stap 1: Vaststellen van algemene uitgangspunten bij het opleggen van verplichtingen

### 5.1 De verhouding tussen de verschillende doelstellingen in de wet

De proportionaliteit van een maatregel wordt bepaald door de verhouding tussen het nagestreefde doel en het ingezette middel. Dit vereist in eerste instantie dat duidelijkheid bestaat over de doelstelling en waar verschillende doelstellingen bestaan, over het antwoord op de vraag welke doelstelling wanneer voorrang geniet. Vervolgens moeten de middelen die kunnen worden ingezet (verplichtingen), worden geordend op basis van hun relatieve zwaarte. Aan de hand van de hiërarchie van doelstellingen en de rangordening van middelen kan vervolgens een proportionele keuze worden gemaakt.

In artikel 1.3, eerste lid, van de Tw worden de drie hoofddoelstellingen van de wet beschreven:

- a. het bevorderen van de concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten of bijbehorende faciliteiten, onder meer door efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen (dus geen statische maar een dynamische opvatting van mededinging);
- b. de ontwikkeling van de interne markt;
- c. het bevorderen van de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.

#### 5.1.1 *Onderlinge verhouding tussen de doelstellingen*

Het is mogelijk om op logische gronden een zekere prioriteitstelling aan te brengen tussen de drie bovengenoemde hoofddoelstellingen, die aansluit bij reeds beproefde afwegingskaders ten aanzien van de keuze tussen infrastructuur- en dienstenconcurrentie. Het uiteindelijke doel is namelijk het bevorderen van het belang van de eindgebruiker, waarbij een volgorde moet worden aangebracht tussen het bevorderen van structureel voordeel voor de eindgebruiker op de lange termijn middels concurrentie, en directe consumentenbescherming op de korte termijn.

Afgezien van de minimumgaranties die de wet biedt ten aanzien van de eindgebruikerbelangen zoals de universele dienst, geldt als algemeen uitgangspunt dat het consumentenbelang op termijn het beste wordt gediend door effectieve marktwerking, dus door concurrentie. Het bevorderen van concurrentie heeft dus voorrang boven het direct bevorderen van de belangen van eindgebruikers door middel van maatregelen die beschermen tegen de negatieve effecten van een gebrek aan concurrentie. Dit betekent dat de voorkeur wordt gegeven aan het (tot stand laten komen van een) prijsdrukkend effect van concurrentie boven directe prijsregulering.

De beschreven prioriteitsstelling is niet bedoeld als een uitsluitende keuze tussen verschillende doelstellingen. De prioriteitsstelling moet worden gezien als een voorrangsregeling die bepaalt in welke volgorde de doelstellingen worden bevorderd. De voorrang van een bepaalde doelstelling betekent dan ook niet dat andere doelstellingen in alle gevallen niet meer behoeven te worden nagestreefd.

#### 5.1.2 *Duurzame concurrentie*

Ook binnen de doelstelling van het bevorderen van concurrentie ligt het in de rede een afweging te maken. Dit betreft de afweging tussen het bevorderen van zogenaamde infrastructuurconcurrentie en dienstenconcurrentie. De sleutel in deze afweging vormt het begrip duurzame concurrentie. Het uiteindelijke doel van het reguleringskader is het tot stand brengen van een situatie van duurzame concurrentie, ofwel effectieve concurrentie die voor haar bestaan en effectiviteit niet afhankelijk is van het bestaan van sectorspecifieke regulering. Een situatie waarbij diverse ondernemingen met elkaar concurreren met gebruikmaking van eigen infrastructuur (infrastructuurconcurrentie) is zo gezien

duurzamer dan een concurrentiesituatie die afhankelijk is van het bestaan van bijvoorbeeld toegangsverplichtingen.<sup>7</sup>

Dit betekent niet dat per definitie alleen infrastructuurconcurrentie duurzaam is. Waar ondernemingen uit zichzelf bijvoorbeeld infrastructuurdiensten leveren aan dienstenaanbieders, zonder een verplichting daartoe te hebben, kan duurzame concurrentie ook zijn gebaseerd op dienstenconcurrentie, of op een mix van diensten en infrastructuur concurrentie. Dergelijke situaties zijn echter kwetsbaar voor strategische gedrag indien sprake is van verticale integratie van een partij met een economische machtspositie.

Gelet op het voorgaande is het college van oordeel dat een situatie van duurzame concurrentie het best kan worden bereikt door, daar waar mogelijk, in de keuze van verplichtingen voorrang te geven aan maatregelen die infrastructuur concurrentie bevorderen. Deze lijn wordt ook in het gezamenlijk standpunt van de ERG over verplichtingen gekozen<sup>8</sup> en wordt ondersteund door de afwegingen van de Europese Commissie in de toelichting bij de Aanbeveling over relevante product- en dienstenmarkten<sup>9</sup>:

*“Het doel van het nieuwe regelgevende kader is uiteindelijk een situatie tot stand te brengen waarbij sprake is van een volledige infrastructuurconcurrentie tussen een aantal verschillende infrastructuren. Dit kan plaatsvinden binnen of tussen platforms. Regelgeving die de verplichte toegang tot bestaande netwerken oplegt, dient als overbruggingsmaatregel om te zorgen voor concurrentie tussen diensten en keuzemogelijkheden voor de consument, totdat er voldoende infrastructuurconcurrentie bestaat. Investerings in nieuwe netwerkinfrastructuur zullen ervoor zorgen dat des te sneller regelgeving ex ante betreffende deze markt kan worden ingetrokken.”*

Het voornemen van het college is tevens in lijn met artikel 1.3, eerste lid, van de Tw waarin wordt gesteld dat concurrentie onder meer te bevorderen is “door efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen”.<sup>10</sup>

### 5.1.3 Infrastructuurconcurrentie en repliceerbaarheid

In de voorgaande sectie is gesteld dat, daar waar mogelijk, infrastructuurconcurrentie de voorkeur geniet boven dienstenconcurrentie, gebaseerd op toegangsverplichtingen. Bij de afweging tussen het bevorderen van infrastructuurconcurrentie en dienstenconcurrentie speelt het begrip repliceerbaarheid een centrale rol. Daar waar uit de marktanalyse blijkt dat het uitrollen van concurrerende infrastructuur mogelijk is, geldt een voorkeur voor maatregelen die infrastructuurconcurrentie bevorderen.

Het begrip repliceerbaarheid kan aan de hand van een aantal aspecten worden ingevuld. Repliceerbaarheid zal niet uitgelegd worden als het repliceren van een bestaand netwerk in technische en fysieke zin. Daarmee zou geen rekening worden gehouden met voortgaande en noodzakelijke innovatie. Repliceerbaarheid zal dan ook in ieder geval worden uitgelegd als functionele repliceerbaarheid. Dat wil zeggen dat eenzelfde of vergelijkbare functionaliteit is vereist die mogelijkwerwijs wordt geleverd via een andere techniek. Repliceerbaarheid wordt dus techniekneutraal uitgelegd.

Het is mogelijk dat (zeker aanvankelijk) niet een geheel netwerk wordt gerepliceerd maar slechts delen daarvan, of dat van een andere dichtheid sprake is. De vraag is dan ook of dezelfde of een vergelijkbare

---

<sup>7</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld: OPTA, “Economic considerations on balancing infrastructure and services based competition”, Economic policy note No 1, December 2003, p 8: “An alternative infrastructure tackles competitive problems at their source, i.e. the market power held by the (fixed) network owner. Therefore, competition on services resulting from competition between infrastructures is preferable to competition on services delivered over the same infrastructure.”

<sup>8</sup> ERG, “Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”, ERG(03)30rev1, April 2004, para 4.2.3, pp 66-70, “supporting feasible infrastructure investment”.

<sup>9</sup> “Toelichting bij Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten”, Publicatieblad EG 203, L114/45, p 29.

<sup>10</sup> Zo ook de MvT bij de Tw: (1) effecten van korte en lange termijn meenemen; (2) toegangsverplichtingen mogen niet leiden tot minder investeringen in alternatieven (infra v diensten). Dus: voorrang infrastructuurconcurrentie.

dekkingsgraad in de zin van geografische reikwijdte en dichtheid noodzakelijk is om van repliceerbaarheid te spreken. Het lijkt echter voldoende dat het bereik van een alternatieve infrastructuur zodanig is dat daarvan binnen de gestelde termijn een disciplinerende werking uitgaat op de eindgebruikermarkten in het gehele verzorgingsgebied van de te repliceren infrastructuur.<sup>11</sup>

Het spreekt voor zich dat van een alternatieve infrastructuur alleen een disciplinerende werking uit kan gaan indien het netwerk op langere termijn rendabel is. Daarbij speelt de minimum optimale schaal (en de daarbij behorende kosten) van een netwerk in relatie tot de omvang van de markt een belangrijke rol.

Het ERG-document stelt dat de relevante tijdsdimensie waarin repliceerbaarheid wordt gezien wordt gevormd door het tijdsbestek voor de herziening van het AMM-besluit (maximaal drie jaar) en de voorstelbare toekomst. Deze termijn houdt enerzijds rekening met de situatie dat replicatie van infrastructuur over het algemeen meer tijd vergt dan een periode van drie jaar en anderzijds met de praktische onmogelijkheid, inschattingen te maken van marktontwikkelingen op een langere termijn.

Tenslotte moet ook sprake zijn van voldoende feitelijke/potentiële concurrentiedruk van alternatieve netwerken in die zin dat er voldoende disciplinerende werking van uitgaat.

#### *5.1.4 Dienstenconcurrentie*

Alleen waar de infrastructuur waarover concurrerende diensten kunnen worden geleverd binnen de termijn van de herziening niet repliceerbaar is en waar niet spontaan wholesale-markten ontstaan, zodat op basis hiervan effectieve dienstenconcurrentie mogelijk is, wordt dienstenconcurrentie bevorderd en geïntroduceerd door middel van toegangsverplichtingen. Daarbij zijn twee situaties te onderscheiden. In de situatie waarin ook op in de voorstelbare toekomst na de termijn van de herziening de infrastructuur niet repliceerbaar zal zijn, is dienstenconcurrentie noodzakelijk om de effecten van duurzame concurrentie te helpen simuleren. In de situatie waarin in de voorzienbare toekomst na de termijn van de herziening wel sprake kan zijn van repliceerbaarheid, zullen verplichtingen als toegang en prijsregulering zodanig worden vormgegeven dat investeringsprikkels jegens marktpartijen niet negatief worden beïnvloed en zo mogelijk het beklimmen van de "investeringsladder" wordt bevorderd. In dat geval kan dienstenconcurrentie een opstap vormen naar infrastructuurconcurrentie.

#### *5.1.5 Beschermen van consumenten*

Waar infrastructuur- en dienstenconcurrentie tekort schieten in het disciplineren van de AMM-aanbieder geldt tenslotte de doelstelling van consumentenbescherming, i.e. het bevorderen van de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijzen en kwaliteit. Dit betreft die gevallen waarin infrastructuurconcurrentie noch dienstenconcurrentie afdoende zijn om te verzekeren dat consumenten de voordelen van concurrentie genieten en waarin direct regulerend ingrijpen dus optreedt als een substituuut voor marktdiscipline.

#### *5.1.6 Bevordering van de interne markt*

De ontwikkeling van de interne markt is in beginsel het meeste gediend met het slechten van toetredingsdrempels (en daarmee dus meer bij wholesale-maatregelen dan bij retail-maatregelen). De ontwikkeling van de interne markt is echter niet leidend bij de afweging voor de keuze tussen infrastructuur- en dienstenconcurrentie en/of wholesale- en retail-maatregelen. Naar het oordeel van het college vergt daarom de interne markt geen afzonderlijke maatregelen, maar de effecten daarop van de keuze tussen verschillende reguleringsmogelijkheden moeten bij de afweging wel worden meegenomen.

---

<sup>11</sup> Bijvoorbeeld in het geval van alternatieve ADSL-aanbieders die geen landelijk dekkend aanbod hebben, maar waarmee KPN wel op basis van landelijk geldende prijzen concurreert, zodanig dat consumenten in gebieden waar het concurrerende aanbod feitelijk (nog) niet beschikbaar is, toch profiteren van de uitgeoefende prijsdruk.

### 5.1.7 Conclusie

Gezien de hierboven uiteengezette overwegingen geldt ten aanzien van de afweging van de doelstellingen van artikel 1.3(1) Tw, in samenhang met de keuze tussen infrastructuur en dienstenconcurrentie, de volgende structuur:

1. voorrang voor infrastructuur/duurzame concurrentie,
2. aan de hand van criterium repliceerbaarheid:
  - a. waar replicatie mogelijk is infrastructuurconcurrentie stimuleren, rekening houdend met de feitelijke concurrentiedruk die hiervan gedurende de reguleringsperiode uitgaat;
  - b. waar replicatie binnen de termijn van de herziening zonder interventie niet te verwachten valt in beginsel dienstenconcurrentie introduceren, waarbij in het geval dat replicatie na de termijn herziening wel wordt verwacht, wordt voorkomen dat investeringsprikkel negatief worden beïnvloed en zo mogelijk het beklimmen van de "investeringsladder" wordt bevorderd;
3. alleen waar het opleggen van infrastructuur- en dienstenconcurrentie nog onvoldoende disciplinerende werking heeft, wordt ter bescherming van de belangen van eindgebruikers direct ingegrepen.

Het bevorderen van het tot stand komen van de interne markt tenslotte, vergt geen afzonderlijke maatregelen, maar de effecten daarop van de keuze tussen verschillende reguleringsmogelijkheden moet bij de afweging daarvan worden meegenomen. Bij de vertaling van deze doelstellingen naar het opleggen van verplichtingen geldt dat retail-maatregelen steeds pas kunnen worden opgelegd, indien alle beschikbare wholesale-maatregelen ontoereikend zijn.

## 5.2 De te hanteren norm voor interventie

De norm voor het opleggen van verplichtingen onder de Telecommunicatiewet is het bestaan van een positie van aanmerkelijke marktmacht. Dit staat gelijk aan het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie:

*"De conclusie dat op een relevante markt daadwerkelijk mededinging bestaat, is equivalent aan de conclusie dat geen enkele exploitant een individuele of collectieve machtspositie op die markt bekleedt. (...) Wanneer een NRI concludeert dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, zal deze de ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op die markt aanwijzen en hetzij specifieke verplichtingen opleggen of, indien zulke verplichtingen al bestaan, deze handhaven of aanpassen."<sup>12</sup>*

Indien op een relevante markt daadwerkelijke concurrentie bestaat, is per definitie sprake van effectieve marktwerking en daarmee van afwezigheid van AMM. Dit betekent dat alle ondernemingen op een markt onderworpen zijn aan zodanige concurrentiedruk dat geen van deze ondernemingen zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten kan gedragen.

Waar daadwerkelijke concurrentie bestaat in de aanwezigheid van bestaande AMM-regulering zal het college onderzoeken in hoeverre deze daadwerkelijke concurrentie duurzaam is, dat wil zeggen zal voortbestaan indien de bestaande regulering zou worden ingetrokken.

## 5.3 Het aangeven van een hiërarchie van verplichtingen (van licht naar zwaar)

Hierboven zijn de doelstellingen, hun onderlinge verhouding, en de relevante interventiedrempel gegeven. Tot slot is vereist dat het tot het bereiken van het legitieme doel noodzakelijke middel, in de zin van het lichtste effectieve middel wordt aangewend. Teneinde zo licht mogelijke effectieve verplichtingen op te kunnen leggen, moet eerst een rangorde van licht naar zwaar van de relevante mogelijke

---

<sup>12</sup> "Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten", 2002/C 165/03, Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, 11 juli 2002, para. 19.

(combinaties van) verplichtingen worden opgesteld. Hieronder worden de daartoe relevante uitgangspunten kort beschreven, onderverdeeld in algemene, wholesale- en retail- uitgangspunten.

### 5.3.1 Algemene uitgangspunten

- a. De opgelegde regulering dient zo licht mogelijke effectieve maatregelen te betreffen (relatief aan mededingingsproblemen en doelstellingen). Dit betekent feitelijk dat zij moet voldoen aan het proportionaliteitsvereiste zoals neergelegd in de Tw en verder uitgewerkt in deze notitie;
- b. De hoofdlijn bij het bepalen van de volgorde waarin verplichtingen worden opgelegd, wordt bepaald door de volgorde die is aan gebracht ten aanzien van de doelstellingen: het gaat dus in eerste instantie om verplichtingen die infrastructuurconcurrentie bevorderen, in tweede instantie om verplichtingen die dienstenconcurrentie bevorderen, en in derde instantie om verplichtingen die direct ingrijpen ter bescherming van het consumentenbelang;
- c. Wholesale-regulering is (in de meeste gevallen) lichter dan retail-regulering, daarom kan pas retail-regulering worden opgelegd indien wholesale-regulering (inclusief carrier(voor)keuze) niet toereikend is. Dit uitgangspunt volgt rechtstreeks uit artikel 6a.2(2)b Tw;
- d. Als verdere uitwerking van hetgeen op basis van de Tw geldt voor de verhouding tussen wholesale-maatregelen en retail-maatregelen, wordt het meerdere opgelegd indien het mindere niet toereikend is. In de meeste gevallen betekent dit dat het mindere ook inderdaad zal zijn opgelegd;
- e. Het opleggen/beoordelen van verplichtingen gaat vervolgens van licht naar zwaar. Mede op basis van het gezamenlijke standpunt van de ERG (zie voetnoot 8) zal, waar mogelijk, een zo directe mogelijke koppeling gelegd worden tussen de geconstateerde (potentiële) mededingingsproblemen en de verplichtingen die ter remediëring worden opgelegd. Het criterium om zwaardere en lichtere verplichtingen te bepalen, is in hoeverre beperkingen worden opgelegd aan de keuzemogelijkheden van de gereguleerde partij;
- f. Vanuit het perspectief van infrastructuurconcurrentie wordt toegang op een hoger niveau in het netwerk (waarbij de toegangsvrager relatief minder zelf moet investeren) pas opgelegd indien toegang lager in het netwerk (waarbij de toegangsvrager relatief meer zelf moet investeren) niet toereikend is om op retail-niveau effectieve concurrentie te bereiken.

### 5.3.2 Wholesale-uitgangspunten

- a. De transparantieverplichting van artikel 6a.9(1) Tw kan als afzonderlijke verplichting worden opgelegd. NRI's zijn immers verplicht om waar een AMM-positie bestaat altijd tenminste één verplichting op te leggen.<sup>13</sup> Het is dus mogelijk om deze lichtst denkbare wholesale-verplichting afzonderlijk op te leggen in gevallen waarin meer ingrijpende maatregelen niet noodzakelijk zijn. Deze maatregel zal dus worden gekoppeld aan vormen van toegang, die niet behoeven te worden opgelegd omdat de AMM-partij deze reeds vrijwillig verstrekt;
- b. De Tw vergt een specificatie van de vormen van toegang die worden opgelegd, gebaseerd op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem. Dit is noodzakelijk om aan te tonen dat de verplichting "passend" is en is in lijn met het vereiste van (risico van) AMM in de betreffende retail-markt<sup>14</sup>;

<sup>13</sup> "Richtsnoeren voor de marktanalyse en de bepaling van AMM in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten", OJ 2002, C165/6, para 14: "een NRI moet een marktpartij die is aangemerkt als een onderneming met aanmerkelijke marktmacht ten minste één wettelijke verplichting opleggen".

<sup>14</sup> "Het College zal bij het opleggen van een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken om toegang nader specificeren wat deze verplichting in concreto voor de desbetreffende onderneming betekent. Het College bepaalt dus bij het opleggen van een toegangsverplichting op welke specifieke vormen van toegang de plicht betrekking heeft. De toegangsverplichting heeft dus niet zonder meer betrekking op alle netwerkonderdelen, faciliteiten en diensten die de onderneming op de markt aanbiedt. Het specificeren van de toegangsverplichting vloeit voort uit de in artikel 6a.2 neergelegde eis dat de verplichting passend moet zijn." MvT p 118. Voorts lijken de richtlijnen zelf ook aan te geven dat dit de gewenste benadering is: artikel 12 Toegangsrichtlijn is getiteld "verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten" en lid 1 geeft NRA's de bevoegdheid AMM-partijen een verplichting op te leggen "in te gaan op redelijke verzoeken om toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten".

- c. Aan een toegangsverplichting zal normaliter ook een transparantieverplichting worden gekoppeld aangezien daarmee de werking van de toegangsverplichting wordt ondersteund. Het opleggen van een toegangsverplichting zonder dat de betrokken partij transparant moet maken wat zijn toegangs aanbod is zal veelal niet effectief zijn;
- d. Een non-discriminatie maatregel zal in de praktijk meestal niet effectief zijn indien deze niet wordt gekoppeld aan een toegangsverplichting. Anderzijds vormt non-discriminatie een belangrijke ondersteuning van een toegangsverplichting. Non-discriminatie wordt derhalve in beginsel gelijktijdig opgelegd met een toegangsverplichting;
- e. Terwijl transparantie als zodanig alleen betrekking heeft op het openbaar maken van bepaalde informatie, betreft een referentieaanbod het openbaar maken van gespecificeerde informatie over het toegangs aanbod van de gereguleerde partij. Een verplichting tot het publiceren van een referentieaanbod ondersteunt de handhaving van non-discriminatie en toegangsverplichtingen.<sup>15</sup> Gelet op de belasting die daar uit voortvloeit voor de gereguleerde partij wordt deze maatregel niet standaard gekoppeld aan toegang en non-discriminatie. De geschiktheid en de noodzaak zullen van geval tot geval worden beoordeeld;
- f. Het opleggen van een verplichting tot het hanteren van een kostentoerekeningssysteem wordt gezien als een verzwaarde invulling van een maatregel die is gericht op de beheersing van tarieven (tariefregulering);
- g. Gescheiden boekhouding is een relatief belastende verplichting die veelal als ondersteuning en ter handhaving van tariefreguleringsmaatregelen wordt toegepast. Daarom wordt deze verplichting alleen opgelegd in combinatie met tariefreguleringsmaatregelen en de geschiktheid en de noodzaak zal van geval tot geval worden gemotiveerd.

### 5.3.3 Retail-uitgangspunten

- a. Retail-regulering is van belang wanneer wholesale-regulering niet toereikend is om effectieve concurrentie en eindgebruikerbelangen te waarborgen (dus wanneer de disciplinerende werking van wholesale-maatregelen alleen daartoe onvoldoende is). Dit uitgangspunt houdt ook in dat eerst carrier(voor)keuze moet worden opgelegd, omdat dit een wholesale-maatregel is;
- b. Het opleggen van carrier(voor)keuze is een (wholesale-)verplichting die op grond van de wet moet worden opgelegd aan alle AMM-partijen op retail-markten voor vaste telefonie. Daarom wordt deze verplichting hier meegenomen bij de verplichtingen die betrekking hebben op retail-markten. Omdat deze verplichting uit de wet volgt, is het opleggen daarvan (in de relevante gevallen) het startpunt voor de beoordeling van de noodzaak tot het opleggen van retail-verplichtingen;
- c. Transparantie en non-discriminatie dienen te gelden voor elke AMM-situatie op retail-niveau waar sprake is van verticale integratie en AMM op wholesale-niveau. Transparantie dient daarbij om non-discriminatie te handhaven. Op retail-niveau ligt het niet voor de hand om alleen transparantie op te leggen, zowel omdat op retail-niveau, anders dan op wholesale-niveau, niet ten minste één verplichting hoeft te worden opgelegd en omdat reeds op grond van artikel 7.1. Tw bepaalde basisinformatie met betrekking tot tarieven door alle aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten aan hun consumenten moet worden verstrekt<sup>16</sup>;
- d. Gezien het verband dat vaak bestaat tussen bundeling en (prijs)discriminatie, ligt het voor de hand om verplichtingen die zijn gericht op het voorkomen van negatieve vormen van bundeling en prijsdiscriminatie gelijktijdig op te leggen (wel wordt daarbij rekening gehouden met het feit dat bundeling soms om andere redenen gerechtvaardigd zou kunnen zijn, ook waar discriminatie dat niet is)<sup>17</sup>;

<sup>15</sup> Artikel 9(2) Toegangsrichtlijn bepaalt ook dat de verplichting om een referentieaanbod bekend te maken “in het bijzonder wanneer voor een exploitant verlichtingen inzake non-discriminatie gelden” kan worden opgelegd.

<sup>16</sup> Op wholesale-niveau bestaat geen wettelijk verplicht minimum aan informatie. Bovendien is het daar bestuurlijk wenselijk om deze lichte verplichting afzonderlijk op te kunnen leggen, aangezien de Europese Commissie eist dat waar AMM bestaat tenminste een verplichting wordt opgelegd. Voor retail-verplichtingen stelt artikel 6a.2(2)b Tw daarentegen eenduidig dat deze alleen worden opgelegd indien de reeds opgelegde wholesale-maatregelen ontoereikend zijn.

<sup>17</sup> Zie OPTA, “Bundling: The economic theory and a framework for ex-ante regulatory assessment”, Economic policy note No. 4, september 2004.

## OPENBARE VERSIE

- e. Artikel 6a.13 Tw verplicht om wanneer tariefregulering wordt opgelegd ook de verplichting op te leggen om een kostentoerekeningssysteem te hanteren. Er is alleen keuze mogelijk tussen het goedkeuren of het opleggen van een dergelijk systeem. Het opleggen van een systeem aan een onderneming wordt gezien als een zwaardere verplichting dan de verplichting tot het hanteren van een door de onderneming opgesteld en door het college goedgekeurd systeem;
- f. Wanneer tariefregulering wordt opgelegd, kan op grond van de wet ook voorafgaande, tarieftoetsing worden opgelegd. Dit moet als een verzwaring worden gezien ten opzichte van de situatie waarin tariefregulering wordt opgelegd die op een andere wijze wordt gehandhaafd.

## 6. Stap 2: Verband leggen tussen mededingingsprobleem en verplichtingen

Vervolgens dienen de mogelijke mededingingsproblemen te worden vastgesteld, dient te worden bepaald wanneer een probleem oplossing behoeft en moeten verplichtingen worden gekozen, gebaseerd op de aard van het geconstateerde mededingingsprobleem. In deze stap kan het ook van belang zijn om, waar mogelijk, de omvang van het probleem te kwantificeren (in elk geval in termen van orde van grootte). Een dergelijke kwantificering zal bij stap 3 een extra houvast kunnen bieden voor de beoordeling van de gekozen maatregel (zie verderop in deze notitie).

Stap 2 is met name van belang, omdat niet elke vorm van AMM leidt tot dezelfde mededingingsproblemen:

- a. Ten eerste is marktmacht zelf een kwestie van gradatie. AMM zal bijvoorbeeld in het algemeen problematischer zijn, wanneer geen vooruitzicht bestaat op toetreding door (nieuwe) concurrenten of wanneer een partij met AMM in een wholesale-markt ook actief is in een gerelateerde retail-markt;
- b. Ten tweede zijn er verschillende soorten AMM (die elkaar overigens niet uitsluiten), namelijk (1) AMM die kan leiden tot problemen van het overhevelen van marktmacht naar andere markten (verticaal of horizontaal); (2) AMM waarmee directe concurrentie in diezelfde markt kan worden uitgeschakeld of consumenten in diezelfde markt kunnen worden uitgebuit; en (3) AMM in gespreksafgifte-markten, hetgeen leidt tot specifieke problemen.

De problemen die door het nieuwe kader kunnen worden geadresseerd op basis van de AMM-regels zijn feitelijke en potentiële mededingingsproblemen, gerelateerd aan economische machtsposities op de door OPTA afgebakende relevante markten voor elektronische telecommunicatienetwerken en diensten. Het gemeenschappelijk standpunt van de ERG over verplichtingen geeft een raamwerk om veel voorkomende mededingingsproblemen en mogelijke oplossingen daarvoor in kaart te brengen.<sup>18</sup> Daarnaast heeft OPTA via een aantal policy notes en externe studies de mogelijke problemen en oplossingen onderzocht.<sup>19</sup>

Het ERG standpunt over verplichtingen onderscheidt vier situaties aan de hand waarvan specifiek marktgedrag door dominante marktpartijen en de potentiële mededingingsproblemen die daaruit voortvloeien, worden beschreven. Enige overlap tussen deze vier situaties is niet uitgesloten. Deze situaties zijn:

- a. het overhevelen van marktmacht in een wholesale-markt naar een verticaal gerelateerde wholesale-markt of retail-markt ("vertical leveraging"): problemen kunnen ontstaan door gedrag dat de kosten van concurrenten opdrijft en/of de verkoopmogelijkheden van concurrenten inperkt, met als doel de concurrentie op de betreffende wholesale- of retail-markt uit te sluiten ("foreclosure");
- b. het overhevelen van marktmacht naar een – niet verticaal gerelateerde – andere markt ("horizontal leveraging"): problemen die ontstaan uit gedrag dat er op gericht is concurrentie op de betreffende markt uit te sluiten;
- c. het gebruik van enkelvoudige marktdominantie ("single market dominance") *in de AMM-markt zelf*. Problemen kunnen ontstaan door gedrag, gericht op het belemmeren van markttoetreding, door het gebruik van uitbuitingsprijzen en door het bestaan van productieve inefficiënties, in de betreffende AMM-markt;
- d. specifieke situatie van "two-way access" oftewel afwikkelen van verkeer: problemen kunnen ontstaan doordat (1) netwerken, als de facto monopolies voor het afwikkelen van verkeer op hun

<sup>18</sup> ERG, "Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework", ERG(03)30rev1, April 2004. Zie ook Oxera, "Analysis of competition problems and ex ante regulatory instruments under the EC Electronic Communications Directives", report prepared for OPTA, February 2003.

<sup>19</sup> Zie, naast de policy notes waarnaar elders in deze notitie is verwezen, ook bijvoorbeeld OPTA, "Vertical integration: efficiency and foreclosure", Economic policy note No. 3, mei 2004.

OPTA, "Price discrimination", Economic policy note No. 2, januari 2004; OPTA, "Strategic behaviour and foreclosure on telecommunications markets", Regulatory policy note No. 1; en Oxera, "Types of price control on electronic communications services", report for OPTA, December 2003.

## OPENBARE VERSIE

eigen netwerk, buitensporige prijzen hanteren; (2) wederzijds afhankelijke partijen samenspannen ten koste van eindgebruikers (negatieve welvaartseffecten); of (3) door uitsluitinggedrag.

Het probleem behoeft oplossing als het gedrag kan leiden tot uitsluiting van concurrentie in de markt en uitbuiting van eindgebruikers.

De onderstaande tabel geeft een schematisch (en vrij abstract) overzicht van de verschillende mededingingsproblemen die zich voor kunnen binnen deze vier situaties en met het type maatregel waarmee deze problemen mogelijk zijn te bestrijden. Deze tabel dient slechts ter illustratie en is niet bedoeld om een volledig en definitief beeld te geven van de problemen en maatregelen.

**Tabel 1**

### Schematisch overzicht mededingingsproblemen en sommige mogelijke maatregelen

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

Bron: Gebaseerd op ERG.

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

## 7. Stap 3: Proportioneel toepassen van verplichtingen in het licht van doelstellingen

### 7.1 Inleiding

Op basis van de eerder in deze notitie gegeven analyse vergt het proportioneel toepassen van verplichtingen in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3(1) Tw het doorlopen van drie stappen: i.e. het onderbouwen dat maatregel (1) *geschikt* en (2) *noodzakelijk* is voor het bereiken van deze doelstellingen en (3) *dat de daardoor veroorzaakte nadelen in verhouding staan tot het nagestreefde doel*.

Dit betekent dus primair dat moet worden gemotiveerd dat aanwending van het middel het mogelijk maakt om de doelstellingen te bereiken (dus het middel geschikt is), en dat dit zonder aanwending van het middel hetzij in het geheel niet, hetzij in onvoldoende mate, zou gebeuren (en het gebruik daarvan dus noodzakelijk is).

Wat betreft de verhouding tussen de doelstellingen geldt hetgeen hierboven onder stap 1a is vastgesteld: voorrang voor infrastructuur/duurzame concurrentie en daarom aan de hand van het criterium repliceerbaarheid waar mogelijk repliceerbaar, infrastructuurconcurrentie stimuleren. Waar infrastructuurconcurrentie binnen de termijn van de herziening zonder interventie naar verwachting niet repliceerbaar is, dienstenconcurrentie introduceren, waarbij in het geval dat replicatie na de termijn herziening wel wordt verwacht, wordt voorkomen dat investeringsprikkel negatief worden beïnvloed en zo mogelijk het beklimmen van de "investeringsladder" wordt bevorderd. Waar het opleggen van dienstenconcurrentie ook nog onvoldoende disciplinerend werkt om eindgebruikerbelangen te beschermen en effectieve concurrentie af te dwingen, is directe regulering op eindgebruikersniveau geschikt. Het bevorderen van het tot stand komen van de interne markt vergt tenslotte geen afzonderlijke maatregelen, maar de effecten daarop van de keuze tussen verschillende reguleringsmogelijkheden moeten bij de afweging daarvan worden meegenomen.

Wat de noodzakelijkheid betreft, moet waar er meerdere middelen bestaan die ieder voor zich geschikt zouden kunnen zijn het lichtste van deze middelen gebruikt worden dat nog effectief is. Als sluitstuk geldt de eis dat de voordelen van dit lichtste effectieve middel dienen op te wegen tegen de nadelen daarvan.

De criteria geschiktheid, noodzakelijkheid, en proportionaliteit tussen voor- en nadelen worden hieronder afzonderlijk verder toegelicht.

### 7.2 Maatregel geschikt

Door toepassing van het middel moet het relevante doel dichterbij worden gebracht – dit volgt uit de identificatie van het geconstateerde mededingingsprobleem, waarbij mede aan de hand van het gemeenschappelijke standpunt van de ERG het geschikte middel wordt geïdentificeerd. Of het middel hiertoe geschikt is, kan prima facie worden beoordeeld aan de koppeling tussen mededingingsproblemen en verplichtingen die volgt uit stap 2. Eventueel kunnen meerdere middelen geschikt worden bevonden, waaruit in een volgende stap het lichtste effectieve middel wordt geselecteerd.

### 7.3 Maatregel noodzakelijk

In aanvulling op de redenering dat de maatregel geschikt is voor het bereiken van de doelstellingen (relatie tussen doel en middel) dient te worden gemotiveerd dat toepassing van het middel noodzakelijk is: zonder het toepassen van de gekozen maatregel persisteert of verergert het mededingingsprobleem zodanig dat de doelstellingen van artikel 1.3(1) Tw in gevaar komen. Hierbij kan aan drie aspecten worden gedacht:

- a. De voorvraag is die naar de geschiktheid van het middel: is het middel geschikt om een doel dichterbij te brengen?

- b. Daarnaast zegt de noodzakelijkheid iets over de ernst van het probleem: het moet gaan om een probleem dat zo serieus is dat het ook een oplossing behoeft. Er moet dus sprake zijn van een probleem dat gedurende de looptijd van het besluit niet reeds door marktwerking of door andere reeds opgelegde verplichtingen wordt opgelost. Deze vraag wordt overigens al deels beantwoord onder stap 2 waar de ernst van het probleem kwalitatief kan worden beredeneerd en de omvang soms kwantitatief kan worden geschat.
- c. Bovendien dient waar meerdere middelen in beginsel geschikt zouden zijn (keuze tussen verschillende middelen), aannemelijk te worden gemaakt dat een andere minder ingrijpende maatregel niet voldoende effectief en de gekozen maatregel daarom dus noodzakelijk is.

Over het algemeen zal deze toets het afwegen van (onzekere) lange en (relatief minder onzekere) korte termijn voordelen kunnen vergen. Omdat is gekozen voor een voorrang voor infrastructuurconcurrentie op basis van het criterium van repliceerbaarheid, zal deze toets meestal in het voordeel van de lange termijn uitvallen. Binnen bepaalde maatregelen (voorbeeld: prijsmaatregel) kan vanzelfsprekend ook uit verschillende opties worden gekozen op basis van enerzijds, zwaarte, en anderzijds, effectiviteit. Waar dat redelijkerwijs mogelijk is zal deze motivering mede zijn gebaseerd op kwantitatieve gegevens. Wat de mogelijkheden tot kwantificering betreft, is op basis van een workshop van OPTA met een viertal externe economen die op 20 februari 2004 plaatsvond, vastgesteld dat de invulling van de effectentoets op dit punt betrekking zou kunnen hebben op het monitoren van parameters als prijzen, kosten, marges, afzet (volumes), investeringen en de kosten die gepaard gaan met regulering als zodanig. In de verzoeken om inlichtingen is informatie hierover gevraagd. Verder kan een meer kwalitatieve afweging worden gemaakt op basis van een zo kwantitatief mogelijke schatting van de effecten van regulering op prijzen, volumes, investeringen en economische ontwikkeling (zie verder sectie 8).

#### 7.4 Voordelen wegen op tegen nadelen

Aannemelijk zou moeten worden gemaakt dat de maatregel per saldo een positief effect oplevert: dat de voordelen opwegen tegen de nadelen. Bij nadelen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de nadelen voor de onderneming waaraan de betreffende verplichtingen worden opgelegd, of aan eventuele negatieve effecten op investeringsprijken. Bij voordelen moet worden gedacht aan voordelen die relevant zijn in termen van het bereiken van de doelstellingen van artikel 1.3(1) Tw. Deze staan verder uitgewerkt in sectie 8.

Hoewel deze analyse niet expliciet valt onder de onderbouwing van de voorzienbare relevante gevolgen die wordt geleverd door artikel 1.3(4) Tw, is duidelijk dat de voordelen die volgen uit de toepassing van het middel in termen van het bereiken van de beoogde doelstellingen in ieder geval zodanig duidelijk moeten zijn en in kaart moeten kunnen worden gebracht, dat kan worden beoordeeld of zij opwegen tegen de kosten van regulering.

Het is van belang om naast de korte termijn effecten op consumenten (bijvoorbeeld door een uitbreiding van keuzemogelijkheden of verlaging van prijzen) ook de lange termijn effecten op consumenten (bijvoorbeeld bij een keuze tussen diensten en infrastructuurconcurrentie) mee te wegen in termen van voor- en nadelen. Dit voorkomt dat een dominante focus zou kunnen ontstaan op de korte termijn kosten voor de gereguleerde onderneming, terwijl er dus meer soorten relevante kosten (en baten) van maatregelen zijn op de langere termijn (zie verder sectie 8).

#### 7.5 Aanvullende eisen

Voor twee verplichtingen stelt de wet specifieke eisen aan de proportionaliteitstoets:

- voor toegang, met nadruk op doelstellingen duurzame concurrentie en eindgebruikerbelang;
- voor tariefregulering, het risico op excessieve prijzen of marge-utholling ten nadele eindgebruikers.

Wat betreft toegang heeft OPTA reeds uitgebreid uiteengezet wat de belangrijkste criteria en overwegingen zijn bij het opleggen van toegangsverplichtingen. Hier kan dan ook worden volstaan met een verwijzing naar OPTA, "Imposing access obligations", Regulatory policy note No.3, augustus 2004.

Hieronder wordt nader ingegaan op een aantal overwegingen die een rol spelen bij het opleggen van tariefregulering.

#### 7.5.1 Overwegingen bij het opleggen van tariefregulering

Artikel 6a.7 lid 1 Tw bepaalt dat verplichtingen met betrekking tot tariefbeheersing of kostentoerekening voor door het college te bepalen vormen van toegang kunnen worden opgelegd:

“indien uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van de eindgebruikers.”

Deze expliciete verwijzing naar buitensporige prijzen en marge-utholling is bij een amendement van het kamerlid Blok vastgelegd, met de volgende toelichting:

*“voor het opleggen van prijsreguleringverplichtingen aan marktpartijen is het niet voldoende om aanmerkelijke marktmacht te constateren, maar dient het college tevens vast te stellen dat de exploitant in staat is daadwerkelijk buitensporig hoge prijzen te hanteren of aan andere ondernemingen prijzen in rekening te brengen die de marges van die andere ondernemingen kunnen uithollen waardoor zij geen reële mogelijkheid hebben een machtspositie [lees: “marktpositie”] te verwerven en dat in beide gevallen de eindgebruikers daarvan de dupe zijn.”<sup>20</sup>*

Zowel uit de wijze van formulering van artikel 6a.7 Tw, als uit de toelichting blijkt dus dat OPTA voor het opleggen van een wholesale-prijzmaatregel niet hoeft aan te tonen dat ook feitelijk reeds sprake is van buitensporige prijzen dan wel van marge-utholling. Een formele misbruiktoets zoals door de Europese Commissie en de NMa wordt toegepast in mededingingszaken is dus niet noodzakelijk.<sup>21</sup> Dit is ook in lijn met het algemene principe van het nieuwe regelgevingkader dat verplichtingen kunnen worden opgelegd, wanneer wordt vastgesteld wanneer een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, d.w.z. wanneer er ondernemingen op die markt zijn die een machtspositie hebben, zonder dat misbruik van die machtspositie moet worden aangetoond.

Wel wordt in de toelichting expliciet gesteld dat het niet voldoende is om alleen het bestaan van AMM vast te stellen. In dit opzicht onderscheidt de positie van OPTA zich mogelijksterwijs van andere NRI's die wellicht rechtstreeks uit het bestaan van AMM het bestaan van risico's van prijsmisbruik kunnen afleiden. OPTA zal zoveel mogelijk aangeven waarom een reëel risico bestaat dat de geconstateerde AMM zal worden uitgebuit in de vorm van excessieve prijzen of marge-utholling.

De norm die wordt gehanteerd ten aanzien van het opleggen van tariefregulering dient verder aan te sluiten bij de toets waarom de opgelegde maatregelen proportioneel zijn, dus de minst ingrijpende effectieve middelen betreffen. Hierbij zal ook de omvang van het te adresseren probleem een rol spelen.

#### 7.5.2 Prijsmisbruik ten nadele van eindgebruikers

Artikel 6a.7 Tw vergt niet alleen dat sprake is van een reëel risico op buitensporige prijzen en/of van marge-utholling, maar ook dat dit ten nadele van eindgebruikers is. De omvang van dit mogelijke nadeel zal eveneens een rol spelen bij de proportionaliteitstoets. Het mededingingsrecht kent een dergelijke expliciete eis niet: er wordt immers vanuit gegaan dat deze gedragingen misbruikelijk zijn en daarom per definitie ten nadele van eindgebruikers kunnen uitwerken.

Bij de motivering hiervan zal in de eerste plaats worden ingegaan op economisch theoretische argumenten (vermindering keuzevrijheid, risico's op uitbuiting van een retail-machtspositie op termijn). Daarbij dient met name ten aanzien van marge-utholling in aanmerking te worden genomen in hoeverre

---

<sup>20</sup> Tweede Kamer, 2003-2004, 28 851, nr. 39 met een cruciale aanpassing van het oorspronkelijke amendement nr 10, waar in de toelichting nog werd geveerd dat zou worden aangetoond dat daadwerkelijk dergelijke prijzen werden gehanteerd.

<sup>21</sup> Zie hierover ook: Tweede Kamer, Handelingen nr.14, 22 oktober 2003, p. 791

het waarschijnlijk is dat de AMM-partij, na zijn concurrenten uit de markt gedreven te hebben, zijn retail-prijzen naar een buitensporig niveau verhoogt. Er kan daarbij onder andere worden gekeken of dit door nieuwe toetreding zou kunnen worden voorkomen. In de economische theorie bestaan modellen die een indicatie geven van de mate waarin wholesale tariefsverhogingen worden doorgegeven aan eindgebruikers. Deze doorgifte is met name afhankelijk van de elasticiteit van de vraag en de mate van concurrentie op de eindgebruikersmarkt.

Deze analyse kan verder worden aangevuld met de argumenten die in het kader van de proportionaliteitstoets moeten worden geleverd over voorzienbare effecten van maatregelen en waarbij prijsmaatregelen, bijvoorbeeld de positieve effecten voor consumenten, ook kwantitatief in kaart kunnen worden gebracht.

### 7.5.3 Horizontale verplichtingen

Bij de afwegingen ten aanzien van het opleggen van AMM-verplichtingen moet tenslotte eveneens rekening worden gehouden met de verplichtingen die onafhankelijk van AMM gelden. Het gaat hier met name om de verplichtingen die gelden met betrekking tot interoperabiliteit en met betrekking tot de universele dienst en eindgebruikerbelangen.

#### 7.5.3.1 Artikel 6.1 tot en met 6.5 Tw: interoperabiliteit

Interoperabiliteit heeft betrekking op het tot stand brengen van eind-tot-eindverbindingen. Aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten die de toegang tot eindgebruikers controleren hebben op basis van artikel 6.1 Tw een onderhandelingsplicht ten opzichte van iedere aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten. OPTA kan op aanvraag regels stellen met betrekking tot deze onderhandelingen, en kan op basis van artikel 6.2 Tw zowel in een geschil als op eigen initiatief verplichtingen opleggen met betrekking tot interoperabiliteit. In het eerste geval is een belangenafweging tussen partijen leidend, in het tweede geval moet dit gerechtvaardigd worden door de doeleinden van artikel 1.3 (1) Tw.

Op grond van artikel 2 Besluit interoperabiliteit is de openbare telefoondienst bovendien bij AMVB aangewezen als een categorie van openbare elektronische communicatiediensten in de zin van artikel 6.3(1) Tw waarvan de aanbieders een resultaatsverplichting hebben.

De reikwijdte van al deze verplichting is nog onderwerp van consultatie. Mede als gevolg van deze consultatie is onzekerheid ontstaan over de juistheid van de implementatie van artikel 4 en 5 van de Toegangsrichtlijn in hoofdstuk 6 Tw. De consultatie zal worden stilgelegd totdat daarover meer duidelijkheid is ontstaan.

Het lijkt evenwel duidelijk dat de verplichting tot het afwickelen van verkeer en tot het aankiesbaar maken van nummers uit het nationaal nummerplan, en uit de Europese nummerruimte ten behoeve van telefonie mede onder interoperabiliteitsverplichtingen zullen kunnen vallen. Hiertoe kunnen in beginsel zowel op wholesale als op retailniveau tarieven door OPTA worden vastgesteld. Het college zal hier terughoudend mee omgaan, zeker voor tarieven op retailniveau.

Dit betekent dat deze verplichtingen mede moeten worden betrokken in de afweging van de proportionaliteit van AMM maatregelen met een vergelijkbare strekking. Het heeft echter de voorkeur om interoperabiliteitsverplichtingen zoveel mogelijk als toegangsverplichting op basis van artikel 6a.6(2) onder g, Tw aan AMM partijen op te leggen. Het ligt voor de hand dat zware interoperabiliteitsverplichtingen (zoals vormen die betrekking hebben op toegang in plaats van interconnectie, en op eind-tot-eind verbindingen tussen gebruikers in plaats van eindgebruikers), en verplichtingen die tegenover eenieder dienen te gelden, voor AMM partijen in een AMM besluit worden opgelegd.

Voor zover interoperabiliteitsverplichtingen voor AMM partijen mede betrekking hebben op eindgebruikersbelangen kan hiermee bij het bepalen van de vraag of retailverplichtingen worden opgelegd mede rekening worden gehouden.

*7.5.3.2 Artikel 7.1 tot en met 7.8 Tw: eindgebruikerbelangen*

Artikel 7.1 Tw verplicht aanbieders van de openbare telefoondienst onder meer om aan consumenten informatie te verstrekken over de geldende tariefstructuur, de belangrijkste tarieven en de wijze waarop informatie verkregen kan worden over de geldende tarieven en onderhoudskosten. Met deze verplichting moet rekening worden gehouden bij het beoordelen van de proportionaliteit van het opleggen van transparantieverplichting van artikel 6a.12(c) Tw.

Artikelen 2.4 tot en met 2.5 van het Besluit universele dienstverlening (Besluit UD)<sup>22</sup> bepalen voor de eerste aansluiting op het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie en de toegang tot de openbare telefoondienst zoals bedoeld in artikel 9.1 Tw de toegestane tariefvormen, en de hoogte van de daarvoor geldende tarieven als niet hoger dan redelijk. Op grond van artikel 2.8 en 2.9 van het Besluit UD geldt voor een aanbieder met een universele dienstplicht dat deze de diensten ontbundeld aanbiedt en tegen dezelfde vormen van tarifiering, inbegrepen uniforme tarifiering voor de aansluiting op het openbare telefoonnet. Op grond van artikel 2.11 van het Besluit UD geldt voor deze aanbieder dat hij bij ministeriële regeling nader te bepalen faciliteiten moet bieden, zoals genoemd in Bijlage I onder A van de UD Richtlijn, dwz. met betrekking tot gespecificeerde rekeningen, kostenloze selectieve nummerblokkering, vooruitbetalingsystemen, termijnbetaling van aansluitkosten en wanbetaling.

Voorts dient een bereikbaarheidsabonnement te worden geboden tegen prijzen die zijn vastgesteld bij Ministeriële regeling (Regeling UD).<sup>23</sup> De Regeling UD specificeert ook de faciliteiten die de aanbieder van de universele dienst moeten bieden zoals genoemd in Bijlage I onder A van de UD Richtlijn.

Artikel 3.5 van het Besluit UD bepaalt voorts dat bij ministeriële regeling aan aanbieders van carrierdiensten (i.e. carrier (pre)select diensten) verplichtingen kunnen worden opgelegd om informatie over hun tarieven en andere bij die regeling te bepalen onderwerpen bekend te maken aan consumenten.

Ook met deze verplichtingen zal het college zoveel mogelijk rekening houden bij de overwegingen ten aanzien van de proportionaliteit van regulering voor deze diensten.

---

<sup>22</sup> Besluit universele dienstverlening en eindgebruikerbelangen, Staatsblad 2004, nummer 203.

<sup>23</sup> Regeling universele dienstverlening en eindgebruikerbelangen, Staatscourant 14 mei 2004, p 11.

## 8. Nadere uitwerking kwalitatieve en kwantitatieve onderbouwing

### 8.1 Wanneer is kwantificering redelijkerwijs mogelijk

Bij het opleggen, handhaven of intrekken van remedies door OPTA dient een kwalitatieve en voor zover redelijkerwijs mogelijk kwantitatieve proportionaliteitstoets met betrekking tot de effecten van regulering te worden uitgevoerd. Zoals eerder in deze notitie is aangegeven vormt, naar het oordeel van het college, deze aanvullende motiveringseis in artikel 1.3(4) Tw een integraal onderdeel van de proportionaliteitstoets.

In de hierboven beschreven benadering is een aantal stappen mogelijk geschikt voor een meer kwantitatieve onderbouwing, mits voldoende informatie beschikbaar is (zie verder hieronder). Het gaat dan met name om:

- a. Stap 2 (leggen van verband tussen mededingingsproblemen en verplichtingen), waar de omvang van het probleem soms kan worden gekwantificeerd (in termen van ordes van grootte). Deze schattingen geven een beeld van de relatieve ernst van het probleem. Daardoor kan ook onder stappen 3b en 3c van de proportionaliteitstoets beter worden ingeschat of de baten van de betreffende maatregel opwegen tegen de kosten;
- b. Stap 3b (minder ingrijpende maatregel niet effectief), waar met name (sommige van) de kosten van de verschillende maatregelen kunnen worden gekwantificeerd. In eerste instantie kan worden gedacht aan de directe (incrementele) kosten gemaakt door OPTA en de ondernemingen met AMM, maar mogelijk kunnen andere kosten (zoals negatieve marktimpact) ook worden gekwantificeerd;
- c. Stap 3c (voordelen ingrijpen wegen op tegen nadelen), waar (sommige van de) overige kosten en de baten van de betreffende maatregel kunnen worden gekwantificeerd.

Hierbij zij opgemerkt dat een groot deel van de vereiste kwantitatieve analyse overlap vertoont met de eerste stappen van de marktanalyse, namelijk marktafbakening en bepaling van AMM. Dit onderstreept het belang van een geïntegreerde aanpak van de verschillende stappen in de marktanalyse.

### 8.2 Aanpak voor kwantificering

Op basis hiervan kan aan de effectentoets als volgt invulling worden gegeven:

- a. Het verzamelen van gegevens van marktpartijen en consumenten. De vraagstelling is daarbij zowel retrospectief en prospectief van aard. Waar mogelijk is naar kwantitatieve data gevraagd, maar een aantal vragen is ook kwalitatief van aard;
- b. Identificeren van eventuele nadere kwantitatieve analyse die is vereist voor specifieke aspecten die cruciaal zijn voor de onderbouwing van de beslissing. De noodzaak hiertoe zal afhangen van geval tot geval. Te denken valt aan nader consumentenonderzoek om na te gaan hoe consumenten reageren op prijsveranderingen (dit is van belang voor het bepalen van effecten van maatregelen, maar uiteraard ook voor het bepalen van AMM zelf); of hoeveel waarde consumenten hechten aan bepaalde doelstellingen (bijvoorbeeld een bepaalde kwaliteit van dienstverlening en hoe zij deze afwegen tegen de prijs);
- c. Identificeren van de verschillende effecten die tegen elkaar moeten worden afgewogen. Hieraan kan invulling worden gegeven in de vorm van een tabel (zie verder hieronder).

In de vragenlijsten die het college in het voorjaar van 2004 heeft uitgestuurd, is een aantal specifieke vragen opgenomen ten behoeve van de kwantificering van marktontwikkelingen en de effecten van regulering.

### 8.3 Opzet effectenrapportage

Het college is voornemens, in de effectentoets de voor- en nadelen van het op te leggen pakket aan verplichtingen op grond van de volgende categorisering van effecten te wegen:

- a. Directe reguleringskosten (incrementele kosten OPTA, incrementele kosten ondernemingen met AMM);
- b. Statische markteffecten (prijs-effecten, volume effecten, kwaliteitseffecten);
- c. Dynamische markteffecten (toetredingsprikkels, investeringsniveau, technologische ontwikkeling);
- d. Indirecte reguleringskosten (reguleringszekerheid, afschrikeffecten op ander partijen);
- e. Maatschappelijke effecten (welvaartstransfers, leverings(on)zekerheid, bescherming kwetsbare consumenten).

Daarbij kan mogelijkwerwijs een onderscheid worden gemaakt naar welke partijen deze effecten ondervinden. Het gaat hier om afnemers, ondernemingen met AMM, overige ondernemingen en overige partijen in de maatschappij (waaronder OPTA en de overheid). Een en ander dient ertoe inzicht te krijgen in welke effecten vanuit maatschappelijke welvaart "zero sum" zijn en welke effecten leiden tot een netto maatschappelijk welvaartseffect. Bijvoorbeeld, lagere prijzen zijn negatief voor ondernemingen met marktmacht en positief voor afnemers en deze kunnen in principe tegen elkaar worden weggestreept voor zover het een pure herverdeling van surplus betreft, maar een netto welvaartswinst kan wel overblijven indien sprake is van een "deadweight" welvaartswinst (hogere output) of wanneer groter gewicht wordt toegekend aan het belang van consumenten (consumentensurplus)<sup>24</sup> dan aan producenten. Niet al deze effecten zullen altijd relevant zijn, en niet alle relevante effecten zullen te kwantificeren zijn. Het college acht het echter nuttig om in elk geval expliciet na te gaan welke effecten een rol spelen bij de maatregel en zo mogelijk deze effecten te kwantificeren.

---

<sup>24</sup> Het *consumentensurplus* is een economische term die staat voor het verschil tussen het totaal van wat de (alle) consumenten gezamenlijk bereid zijn te betalen voor een bepaald product en wat zij daarvoor daadwerkelijk betalen. Consumenten in economische zin zijn alle eindgebruikers (dus niet alleen particuliere gebruikers, maar ook zakelijke en grootzakelijke gebruikers).

## 9. Conclusie

Op basis van het proportionaliteitsbegrip, zoals dit wordt gehanteerd door het HvJEG, is het mogelijk om een proportionaliteitstoets in drie stappen toe te passen die aan de voorwaarden van artikel 6a2.(1)a Tw en artikel 3:4(2) AWB voldoet. Teneinde eveneens te voldoen aan de aanvullende voorwaarden die worden gesteld door artikel 1.3(4) Tw, dienen bovendien bij de derde stap van deze toets (bepaling van de lichtste effectieve maatregel) keuzes zoveel mogelijk te worden onderbouwd op grond van kwantificering. Hoewel dit niet wettelijk verplicht is, zal ten behoeve van de versterking van de motivering van de besluitvorming ten aanzien van proportionaliteit, ook de omvang van mededingingsproblemen en de verhouding tussen kosten en baten van ingrijpen zoveel mogelijk worden gekwantificeerd. Dit betekent tevens dat geen aparte "effectentoets" plaatsvindt: de relevante gegevens worden zoveel mogelijk geïntegreerd in de proportionaliteitstoets zelf.

Het eerste uitgangspunt bij deze proportionaliteitstoets is een bepaalde volgorde in de doelstellingen die worden nagestreefd, met een nadruk op bevordering van de lange termijn belangen van consumenten door middel van concurrentie, op basis van infrastructuur waar deze replicerbaar is. Tweede uitgangspunt is een rangordening van de voor AMM-partijen in aanmerking komende verplichtingen, waarbij de mate waarin de keuzevrijheid van de AMM-partij wordt beperkt, bepalend is om een verplichting als lichter of zwaarder aan te merken. Bij de toets wordt in eerste instantie bekeken of een lichtere verplichting volstaat, voordat het opleggen van een zwaardere verplichting wordt overwogen. Bovendien worden steeds eerst de beschikbare wholesale-maatregelen opgelegd, voordat retail-maatregelen worden overwogen. Voor wat betreft het koppelen van verplichtingen aan mededingingsproblemen kan worden aangesloten bij het voorwerk dat de ERG op dit punt heeft gedaan. Mogelijk bestaat aanleiding om dit onderdeel verder uit te werken.

Ten aanzien van toegang en tariefregulering op wholesale-niveau gelden aanvullende voorwaarden. Hierbij staat het eindgebruikerbelang steeds centraal: zo is de vraag of in retail-markten een (risico) op AMM en derhalve van uitbuiting van eindgebruikers bestaat, bepalend voor de vraag of toegang wordt opgelegd en is de mate waarin eindgebruikers nadelige gevolgen kunnen ondervinden van buitensporige wholesale-prijzen of marge-utholling bepalend voor de vraag of, en zo ja, welke vorm van tariefregulering kan worden opgelegd.

Ook bij het kwantificeren van de effecten van maatregelen zal in laatste instantie het effect op het consumentensurplus bepalend zijn. Hieraan gaan echter de eerder aangegeven keuzes met voorrang voor bevordering van het consumentenbelang op de langere termijn, met nadruk op infrastructuurconcurrentie, vooraf.