

BESLUIT inzake geschil TISCALI B.V. en KPN Telecom B.V.

Kenmerk: OPTA/IBT/2003/201727

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) op grond van artikel 6.9, juncto artikel 6.3, eerste lid van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) in het geschil tussen:

De besloten vennootschap TISCALI B.V. (hierna: TISCALI), gevestigd te Utrecht
gemachtigden: mrs. G.J. Zwenne en W.A.R.D. Homminga, beiden advocaat te 's
Gravenhage, aanvrager,

en

De besloten vennootschap KPN Telecom B.V. (hierna: KPN), gevestigd te Den Haag,
gemachtigden: mrs. J. Erwtelman en Q.R. Kroes, beiden advocaat te Amsterdam,
verweerder.

TISCALI heeft aan KPN verzocht haar een bitstroomtoegangsdienst te leveren waarmee zij in staat is eigen diensten te ontwikkelen ten behoeve van de consumentenmarkt en de klein zakelijke markt. Ondermeer wil TISCALI de concurrentie aan gaan met *ADSL van KPN*, de dienst die KPN aan consumenten aanbiedt. De bitstroomtoegangsdienst is de benodigde onderliggende dienst van *ADSL van KPN*. KPN heeft geweigerd deze dienst te verschaffen onder herhaalde verwijzing naar het wel beschikbare aanbod van KPN (hierna: *BSA van KPN*) bestaande uit een bitstroomtoegangsdienst voor de grootzakelijke markt. Dit aanbod voldoet echter niet aan de wensen van TISCALI. TISCALI heeft daarop het onderhavige geschil aanhangig gemaakt, stellende dat bitstroomtoegang een vorm van bijzondere toegang is en dat KPN verplicht is deze aan haar te bieden.

Het college stelt vast dat de door TISCALI gevraagde dienst een vorm van bijzondere toegang is, die door KPN geleverd dient te worden. Het betreft een redelijk verzoek. Daarbij dient een tarief te worden gehanteerd dat kostengeoriënteerd is. Nu nog geen volledige EDC-beoordeling gemaakt kan worden stelt het college voorlopig een tarief vast op basis van een retail-minus benadering.

A HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Periode voorafgaand aan de aanvraag om geschilbeslechting

1. Op 21 augustus 2002 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden tussen KPN en TISCALI met als doel het vaststellen van de noodzakelijke specificaties voor de dienst bitstroomtoegang. Hiervan heeft KPN een gespreksverslag gemaakt (email d.d. 26 augustus 2002, bijgevoegd aan document TISCALI, kenmerk TISBV\0009\C\00016-gjz.bo).
2. Bij brief d.d. 30 augustus 2002 heeft TISCALI bij KPN een verzoek ingediend tot levering tegen kostengeoriënteerde tarieven van de volgens haar specificaties ingerichte bitstroomtoegangsdiensten.
3. Op 20 september 2002 heeft het college het besluit genomen tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN, inzake Bitstroomtoegang (kenmerk: OPTA/IBT/2002/202894; hierna het Besluit LOD). Hierin wordt KPN ondermeer verplicht een aanbod voor Bitstroomtoegang te publiceren voor 18 oktober 2002.

4. Op 9 oktober 2002 heeft KPN op het verzoek van 30 augustus 2002 van KPN schriftelijk gereageerd. Hierin geeft KPN aan dat zij voornemens is uiterlijk op 18 oktober 2002 een aanbod voor bitstroomtoegang te publiceren.
5. Op 18 oktober 2002 heeft KPN een aanbod voor Bitstroomtoegang (versie 1.0) aan de markt gedaan (kenmerk: R/02/U/0193). Dit aanbod heeft KPN op haar wholesale website¹ op 18 oktober 2002 gepubliceerd.
6. Op 21 oktober 2002 heeft er een gesprek plaats gevonden tussen TISCALI en KPN, waarin (naar zeggen TISCALI) uitgebreid is ingegaan op de dienst zoals TISCALI die wenst af te nemen en de tarieven die KPN daarvoor in rekening brengt. TISCALI en KPN zijn in dit gesprek niet tot elkaar kunnen komen.
7. Bij brief d.d. 22 oktober 2002 heeft TISCALI nogmaals haar verzoek aan KPN uiteengezet.
8. Op 8 november 2002 heeft KPN een schriftelijke reactie gestuurd. Hierin stelt KPN dat naar de mening van KPN het dienstenaanbod van KPN (zijnde *BSA van KPN* (versie 1.0, oktober 2002), Local Loop Services, en *ADSL van KPN* in combinatie met de dienst FIA voldoet aan de wensen van TISCALI.
9. Bij brief d.d. 10 december 2002 verzoekt TISCALI voor de laatste maal dat KPN aan TISCALI een aanbod doet dat aan haar specificaties voldoet en dat hiervoor kostengeorienteerde tarieven in rekening dienen te worden gebracht, althans in elk geval niet meer dan voor de vergelijkbare retail-dienst van KPN (*ADSL van KPN*) in rekening wordt gebracht. Hierin stelt TISCALI dat wanneer KPN dit niet doet zij zich genoodzaakt ziet een aanvraag tot geschilbeslechting bij OPTA in te dienen.
10. Bij brief van 13 december 2002 reageert KPN op het laatste verzoek van TISCALI. Hierin geeft KPN aan dat de dienst *BSA van KPN* (versie 1.0, oktober 2002) naar de mening van KPN lijkt te voldoen aan de door TISCALI gewenste specificaties.
11. Op 8 januari 2003 dient TISCALI een aanvraag tot geschilbeslechting in (kenmerk: TISBV/0009/0005-war-ontvangst).
12. Op 15 januari 2003 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen TISCALI en medewerkers van het bureau OPTA. Hierin geeft TISCALI een toelichting bij haar verzoekschrift.
13. Bij brief d.d. 17 januari 2003 (kenmerk: OPTA/IBT/2003/200217) verzoekt het college TISCALI de aanvraag aan te vullen. De reden hiervan was dat de aanvraag onvoldoende gegevens bevatte voor het college om deze goed te kunnen beoordelen. Dit is ondermeer gebleken uit de toelichting die TISCALI heeft gegeven in het gesprek met OPTA d.d. 15 januari 2003. In afwachting hiervan wordt de behandeltermijn tot 3 februari 2003 opgeschort.
14. Op 30 januari 2003 heeft een aanvullend gesprek plaatsgevonden tussen TISCALI en medewerkers van bureau OPTA. Hierin heeft TISCALI toelichting gegeven met betrekking tot de huidige netwerktopologie van TISCALI en de wijze waarop zij momenteel interconnectie heeft met KPN.

¹ www.kpn-wholesale.com / documents / bitstream access

15. Op 30 januari 2003 ontvangt het college via de e-mail van KPN (zogenaamd: Forward mail) een afschrift van een email-mededeling aan de verkooporganisatie van BU-Carrier Services. Deze email bevat een mededeling dat het commerciële aanbod *BSA van KPN* door KPN is aangepast en dat deze kan worden doorgestuurd aan de (potentiële) klanten van *BSA van KPN*. Een nieuwe tarief annex is hiervoor bijgevoegd.

16. Op 1 februari 2003 heeft KPN op haar website een aantal wijzigingen in het aanbod *BSA van KPN* doorgevoerd, waaronder een aanpassing van de snelheden in combinatie met overboekingsfactoren en een aanpassing van de tarieven.

17. Op 3 februari 2003 heeft het college de aanvulling op de aanvraag ontvangen van TISCALI (kenmerk: TISBV\0009\C\00008-gjz.bo). Hierin wordt ondermeer aangegeven door TISCALI dat de precieze tariefberekeningen later worden opgeleverd.

18. Op 6 februari 2003 heeft het college de aanvullende tariefberekeningen ontvangen van TISCALI (kenmerk: TISBV\0009\C\00012-gjz.bo). Hierin geeft TISCALI ondermeer aan dat ze tevens aan het werk is een internationale benchmark samen te stellen op basis van de Europese afname van dergelijke diensten in Europa door TISCALI.

19. Op 7 februari 2003 heeft het college deze aanvraag in behandeling genomen en hiervan TISCALI schriftelijk op de hoogte gesteld (kenmerk: OPTA/IBT/2003/200524). Tevens heeft het college KPN schriftelijk op de hoogte gebracht van de geschilaanvraag en het in behandeling nemen hiervan door het college (kenmerk: OPTA/IBT/2003/200513). Tevens heeft het college KPN in de gelegenheid gesteld haar zienswijze schriftelijk in te dienen binnen een termijn van 10 werkdagen.

Periode na de geschilaanvraag inzake kosten-informatievergaring van het college aan KPN.

20. Bij brief d.d. 7 februari 2003 (kenmerk: OPTA/IBT/2003/200518) heeft het college KPN een verzoek gedaan tot oplevering van een uitsplitsing van de kosten van de dienst *BSA van KPN*, onder gebruik making van de EDC-beginselen. Het verzoek bevatte eveneens een dergelijk verzoek voor de dienst *ADSL van KPN*, en dan in het bijzonder de onderliggende wholesaledienst-componenten. Tenslotte is gevraagd de architecturen van beide netwerkrealisaties van *ADSL van KPN* en *BSA van KPN* te verschaffen.

21. Bij brief d.d. 12 februari 2003 (kenmerk: R/03/U/0042) heeft KPN een reactie gegeven op bovenstaande verzoek van het college. Ondermeer geeft KPN aan dat kosten-informatie over de diensten *ADSL van KPN* en FIA geen onderdeel zijn van de onderhavige geschilaanvraag.

22. Bij brief d.d. 18 februari 2003 (kenmerk: OPTA/IBT/2003/200611) heeft het college zijn reactie gegeven op het antwoord van KPN op het initiële verzoek om kosteninformatie.

23. Bij brief d.d. 24 februari 2003 geeft KPN een eerste summier overzicht van de kosten die gemaakt zijn voor de realisatie van de dienst *BSA van KPN*.

24. Bij brief d.d. 4 maart 2003 (kenmerk: OPTA/IBT/2003/200816) reageert het college op de overlegde informatie. Hierin constateert het college dat er sprake is van zeer summier informatie. Daarnaast wordt KPN verzocht een volledige EDC-rapportage voor de dienst *BSA van KPN* op 1 mei 2003 aan het college ter beschikking te stellen. Tevens stelt het college aanvullende vragen over enerzijds de netwerk-realiserings van *BSA van KPN*, en anderzijds de netwerkrealisatie van *ADSL van KPN* en FIA, alsmede de relatie tussen deze beide realisaties.

25. Op 6 maart 2003 geeft KPN een presentatie aan OPTA, daarbij gebruikmakend van een sheetpresentatie, van de business case bitstroomtoegang. Het betreft hier enkel de business case voor de huidige dienst *BSA van KPN*. Het bevat geen enkele informatie over *ADSL van KPN* en FIA en de kosten die hiervoor gemaakt zijn. Tijdens de presentatie komt voor het eerst naar voren dat er grote overlap bestaat tussen het gebruik van de verschillende bouwstenen van *ADSL van KPN* en de bouwstenen van *BSA van KPN*.

26. Bij brief d.d. 20 maart 2003 geeft KPN antwoord op de gestelde vragen in de brief van het college d.d. 4 maart 2003, voor zover deze niet al beantwoord zijn tijdens de business case presentatie van 6 maart 2003. Tevens geeft KPN een overzicht van de locaties waar sprake is van gemeenschappelijk gebruik, de door KPN genaamde "ADSL Combi-locaties".

27. Bij brief d.d. 26 maart 2003 geeft KPN, in de vorm van een sheet-presentatie, een voorlopige kostprijsberekening van de huidige dienst bitstroomtoegang. Titel van de presentatie is "Methodiek en bijbehorende uitkomst voor een berekening van de huidige kostprijs van bitstream als bouwsteen Ecapacity IP VPN diensten op de zakelijke markt". Op basis hiervan komt KPN tot een uitkomst van een kostprijs per lijn (ongeacht snelheid en kwaliteit) van [REDACTED].

28. Bij fax d.d. 25 maart 2003 stelt het college nogmaals de vraag om een overzicht te verschaffen van de feitelijke realisaties van *BSA van KPN*, *ADSL van KPN* en FIA en de relatie hiertussen. Dit vanwege het ontbreken hiervan in de beantwoording van KPN d.d. 20 maart 2003.

29. Gedurende de hoorzitting (op 28 maart 2003) heeft KPN de ontbrekende informatie opgeleverd, voor wat betreft de fysieke netwerkrealisatie van *ADSL van KPN*, FIA en *BSA van KPN*, en de relatie hiertussen.

30. Bij brief d.d. 27 maart 2003 (welke tevens via de email gestuurd is aan het college op 27 maart 2003), geeft KPN aan dat wat KPN betreft de gevraagde informatie reeds in het bezit is van het college. Alsnog worden een aantal documenten bijgevoegd. De nog niet eerder aan het college verstrekte informatie betreft een lijst van de *ADSL van KPN* nummercentrales welke op 27 maart 2003 gerealiseerd zijn. Deze lijst is echter ook via het publieke domein beschikbaar. Gezien het feit dat alle informatie reeds in het bezit is van het college en de overige informatie publiek beschikbaar is wordt deze brief niet door het college gebruikt in de besluitvorming van het onderhavige besluit.

Periode van in behandelingname geschil tot aan hoorzitting

31. Op 24 februari 2003 heeft het college het verweerschrift van KPN ontvangen.

32. Op 25 februari 2003 heeft het college een e-mail ontvangen van TISCALI met daarin de resultaten van de uitgevoerde Europese benchmark.

33. Bij brief d.d. 27 februari 2003 heeft het college de aanvullende tariefberekeningen zoals door TISCALI aangeleverd op 6 februari 2003 en de resultaten van de Europese benchmark, beide afkomstig van TISCALI, opgestuurd aan KPN.

34. Bij fax d.d. 4 maart 2003 (kenmerk: TISBV\0009\00016-gjz.bo) heeft TISCALI opnieuw haar verzoek nader aangevuld en verduidelijkt. Hierin stelt TISCALI expliciet dat haar verzoek niet (uitsluitend) betrekking heeft op de bitstroomtoegangsdienst waar het aanbod van KPN aanvankelijk betrekking op had.

35. Bij brief d.d. 4 maart 2003 (kenmerk: OPTA/IBT/2003/200847) heeft het college KPN alsnog in de gelegenheid gesteld zich te verweren tegen het verzoek van TISCALI voor het verkrijgen van een aanbod bitstroomtoegang. Hierin wordt gesteld dat het verzoekschrift van TISCALI dus niet beperkt blijft tot het verkrijgen van een op kosten georiënteerd tarief van het huidige bitstroomtoegang aanbod. Hiervoor wordt een termijn van 10 werkdagen gesteld.

36. Op 5 maart 2003 heeft het college een brief ontvangen van KPN (kenmerk: AMCP:16635.1) met daarbij gevoegd de van bedrijfsvertrouwelijke gegevens geschoonde versie van het verzoekschrift van KPN.

37. Bij brief d.d. 5 maart 2003 (kenmerk: OPTA/IBT/2003/200861) heeft het college een van bedrijfsvertrouwelijke gegevens geschoonde afschrift van het verzoekschrift van KPN aan TISCALI verzonden.

38. Bij brief d.d. 12 maart 2003 heeft het college TISCALI en KPN uitgenodigd voor de hoorzitting, die in overleg met TISCALI en KPN is vastgesteld op 28 maart 2003.

39. Bij brief d.d. 18 maart 2003 (kenmerk: TISBV\0009\00016-gjz.bo) heeft het college van TISCALI een overzicht ontvangen van de email correspondentie tussen KPN en TISCALI van voor 30 augustus 2002 en een overzicht van de uitspraken van de Franse telecom toezichthouder (ART). Een afschrift hiervan is op 21 maart 2003 (kenmerk: OPTA/IBT/2003/201179) aan KPN gestuurd.

40. Bij brief d.d. 18 maart 2003 heeft KPN een aanvulling op zijn verzoekschrift ingediend bij het college. Een afschrift hiervan is op 21 maart 2003 doorgestuurd naar TISCALI (kenmerk: OPTA/IBT/2003/201180).

41. Op 28 maart 2003 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Hierin heeft TISCALI haar verzoekschrift toegelicht (pleitnotitie TISCALI, en sheet-presentatie) en heeft KPN haar verweer gevoerd (pleitnotities KPN). Tevens heeft het college vragen gesteld aan TISCALI en KPN. Beide partijen hebben in een bedrijfsvertrouwelijk gedeelte vragen beantwoord en/of een toelichting gegeven bij het verzoekschrift (sheet-presentatie TISCALI/bedrijfsvertrouwelijk). De hoorzitting is op band opgenomen en hiervan is een verslag gemaakt.

42. Op 28 april 2003 is het verslag van de hoorzitting verstuurd aan TISCALI en KPN.

B DE FEITELIJKE GRONDSLAG VAN HET GESCHIL

43. TISCALI is een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk en een aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst in Nederland in de zin van artikel 6.1 Tw.

44. KPN is een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk en een aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst in de zin van artikel 6.1 Tw. KPN is ingevolge het "Besluit tot aanwijzing van Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, als een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor vaste telefonie op grond van artikel 6.4 van de Telecommunicatiewet" van het college d.d. 15 november 2000, aangewezen als een aanbieder van een vast openbaar telefoonnetwerk, een vaste openbare telefoondienst en huurlijnen in geheel Nederland die beschikt over aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6.4, eerste lid, en artikel 7.2, eerste lid, Tw. Bij brief van 10 december 2001 (kenmerk OPTA/EGM/2001/203016) heeft het college de aanwijzing van KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht ex artikel 6.4 Tw gecontinueerd.

Aanbod BSA van KPN

45. KPN levert de dienst Epacity Office aan (groot)zakelijke eindgebruikers en Epacity for ISP's (hierna: *Epacity*) aan ondermeer Internet Service providers (hierna: ISP). Een van de bouwstenen van deze Epacity-diensten is de groothandelsdienst Bitstream Access (hierna: *BSA van KPN*). KPN biedt de dienst *BSA van KPN* aan andere aanbieders aan, dus ook aan TISCALI. De voorwaarden onder welke KPN deze dienst aanbiedt zijn beschreven in het aanbod voor de dienst *BSA van KPN*. Op 1 februari 2003 heeft KPN een aantal aanpassingen van het aanbod doorgevoerd, waaronder een aanpassing van de tarieven en een uitbreiding van de snelheden in combinatie met overboekingsfactoren.

46. *BSA van KPN* is een bitstroomtoegangsdienst die aangeboden wordt door KPN als dienst ter ondersteuning van een grootzakelijke markt internet-dienstenaanbod. Het aanbod bestaat uit ADSL en SDSL capaciteiten, een set van gegarandeerde capaciteiten (overboeking 1:1, 1:4, 1:10 en 1:20), snelheden tussen 128kbit/s tot 2300 kbit/s en gegarandeerde service levels. KPN levert voorsnog deze dienst slechts op 4 regionale uitkoppelpunten (Utrecht, Rotterdam, Amsterdam, Den Haag). De dienst *BSA van KPN* heeft momenteel een geografische dekking in Nederland van 497 nummercentrales². De planning van KPN is ■■■ nummercentrales te leveren vanaf medio 2003.

47. KPN biedt voorsnog geen bitstroomtoegangsdienst aan ten behoeve van consumentendiensten. TISCALI heeft in de periode tussen 20 augustus 2002 tot 13 december 2002 met KPN onderhandeld over het gewenste aanbod bitstroomtoegang voor consumentendiensten, maar kon niet tot overeenstemming komen met KPN.

48. Op 20 september 2002 heeft het college een besluit genomen tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN, inzake bitstroomtoegang (kenmerk: OPTA/IBT/2002/202894, hierna: het Besluit LOD). In het Besluit LOD wordt de dienst *BSA van KPN* gekenmerkt als een bijzondere toegangsdienst op het telefoonnetwerk van KPN en tevens als een (interconnecterende) huurlijn.

49. Op 22 januari 2003 heeft het college een beslissing op bezwaar genomen (kenmerk: OPTA/JZ/2003/200024) naar aanleiding van het bezwaar dat door KPN tegen het Besluit LOD is ingediend. Hierin wordt door het college het Besluit LOD in stand gehouden. Op 7 februari 2003 heeft KPN beroep ingesteld tegen de beslissing op bezwaar.

Levering ADSL van KPN

50. KPN levert de dienst *ADSL van KPN*, voorheen 'Mxstream' (hierna: *ADSL van KPN*). Deze retail-dienst bestaat uit een breedbandige internettoegang tot het netwerk van de ISP. Deze internettoegang tot een ISP is geen op zichzelf staande dienst. Deze breedband toegang heeft slechts waarde wanneer een eindgebruiker naast deze internettoegang tot een ISP ook internet diensten afneemt bij een ISP.

KPN heeft voor het gebruiken van de internet-toegang, alsmede het verkopen van de internet-toegang gekozen voor een 'open ISP model'. Dit houdt in dat elke ISP de *ADSL van KPN* internet toegangsdienst kan verkopen. Eén van de voorwaarden voor het verkopen van *ADSL van KPN* is dat deze ISP verplicht is de wholesale dienst Fast IP Access (hierna: FIA) van KPN af te nemen. Daarnaast dient de eindgebruiker te beschikken over een telefonie abonnement (PSTN of ISDN) bij KPN.

51. De Business Unit IPS (hierna: BU IPS) is het bedrijfsonderdeel van KPN dat voor de diensten *ADSL van KPN* en FIA de business verantwoordelijkheid heeft.

² zie hiervoor www.kpn-wholesale.com / documents / bitstream access / Annex 5 Coverage and Locations ATM handover

52. *ADSL van KPN* bestaat uit een ADSL aanbod met 3 mogelijke abonnementen: Lite, Basic en Extra. De dienst is een zogenaamde best-effort dienst, waar geen garanties worden gegeven over de beschikbare capaciteit. De snelheden (upstream/downstream) zijn respectievelijk voor Lite (64kbps/256kbps), voor Basic (128kbps/768kbps) en voor Extra(256kbps/1536kps). De dienst *ADSL van KPN* heeft een geografische dekking van 525 nummercentrales.

53. *ADSL van KPN* is een dienst van KPN aan de eindgebruiker. De eindgebruiker heeft dus een contract met KPN. De eenmalige installatie vergoeding en de maandelijkse vergoedingen worden op de telefoniefactuur van KPN in rekening gebracht. KPN draagt zelf zorg voor de incasso van deze vergoedingen. Een ISP kan gebruik maken van deze *ADSL van KPN* internet toegangsdienst voor het koppelen van de eindgebruiker aan het netwerk van de ISP. Hiervoor dient de ISP tevens de dienst FIA van KPN af te nemen. Met behulp van de dienst FIA wordt het internetverkeer tussen de DSLAM (in de nummercentrale) en het FIA-uitkoppelpunt afgewikkeld door KPN.

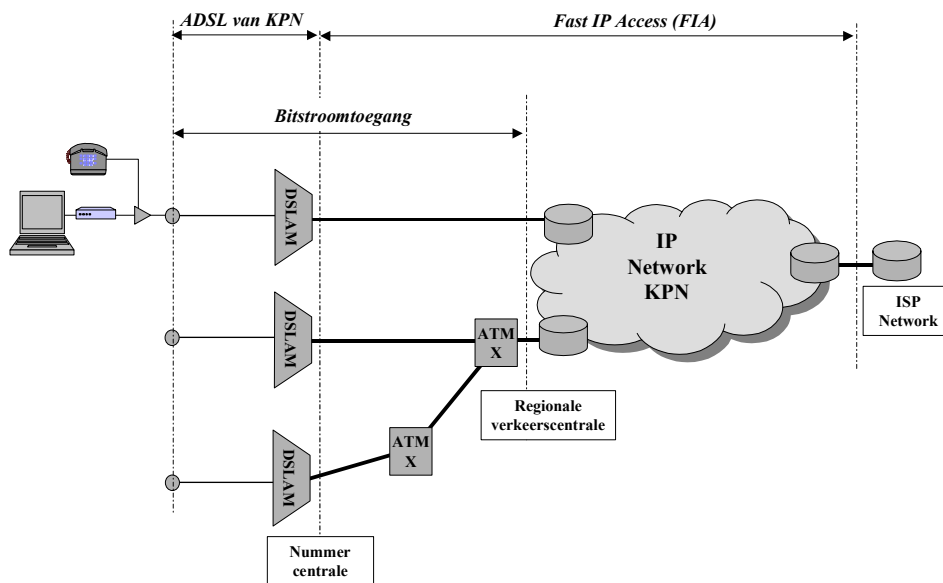
54. Het gebruik van de *ADSL van KPN* internettoegang is niet exclusief voor de ISP die aan de betreffende eindgebruiker *ADSL van KPN* heeft verkocht. Alle ISP's die een mantelovereenkomst hebben gesloten met KPN voor de verkoop van *ADSL van KPN* en de afname van FIA kunnen in beginsel gebruik maken van een dergelijke *ADSL van KPN* toegangsdienst.

55. [REDACTED]

KPN levert zichzelf bitstroomtoegang ten behoeve van de dienst ADSL van KPN

Netwerkrealisatie ADSL van KPN en FIA

56. In onderstaande figuur is schematisch aangegeven op welke wijze KPN de internet toegangsdienst ADSL van KPN in combinatie met de dienst FIA heeft gerealiseerd. Hierin is gemarkeerd tussen welke aansluitpunten de functionaliteit (of de dienst) bitstroomtoegang wordt geleverd ten behoeve van de internet-toegangsdienst ADSL van KPN. Het aansluitpunt aan de eindgebruikerzijde is de standaard telefonie aansluiting³ (PSTN of ISDN). Het aansluitpunt in het netwerk van KPN betreft een bijzonder aansluitpunt in de regionale verkeerscentrale van KPN.



Figuur 1: Schematische weergave Netwerkrealisatie ADSL van KPN en FIA

57. Het college sluit aan bij de definitie van bitstroomtoegang die hij in zijn consultatiedocument 'Collocatie en eenmalige kosten met betrekking tot toegang tot de aansluitlijn' d.d. 2 oktober 2000 heeft gegeven. Er kan van bitstroomtoegang gesproken worden "wanneer KPN, onder gebruikmaking van eigen modems, een breedbandige verbinding realiseert tussen de centrale en de eindgebruiker, en deze verbinding vervolgens (eventueel partieel) ter beschikking stelt aan derden om breedbanddiensten over aan te bieden. Een dergelijke verbinding zal in de praktijk veelal gebaseerd zijn op xDSL-technologieën. Daarbij is het denkbaar dat KPN ook zorg draagt voor het transport van de data van een andere aanbieder naar een hoger punt in het netwerk van KPN, waar vervolgens de overdracht van de data aan de andere aanbieder kan plaatsvinden. "

³ dit scheidingspunt tussen de infrastructuur en de randapparatuur wordt door KPN het ISRA-punt genaamd

58. In het geval van *ADSL van KPN* wordt door KPN, onder gebruikmaking van een eigen modem (in de DSLAM), een breedbandige verbinding ter beschikking gesteld tussen de centrale en de eindgebruiker. Deze verbinding wordt partieel ter beschikking gesteld aan een bedrijfsonderdeel van KPN, namelijk BU-IPS. Deze verbinding is gebaseerd op ADSL-technologie. KPN draagt ook zorg voor het transport van de data van de eindgebruiker naar een hoger punt in het netwerk (namelijk de regionale verkeerscentrale), waar de overdracht van deze data aan BU-IPS plaatsvindt.

59. De algemene definitie van bitstroomtoegang, zoals door het college gehanteerd, geeft de specifieke karakteristieken voor de bitstroomtoegangsdienst ten behoeve van *ADSL van KPN* niet aan, maar slechts de algemene karakteristieken. Ook de specifieke karakteristieken zijn van belang in het onderhavige besluit. Het college dient ondermeer vast te stellen welke *specifieke* bitstroomtoegangsdienst KPN zichzelf ter beschikking stelt.

60. Een groot aantal van de specifieke karakteristieken van de bitstroomtoegangsdienst ten behoeve van *ADSL van KPN* zijn één op één af te leiden uit de karakteristieken van de retail dienst *ADSL van KPN*. Deze karakteristieken zijn:

- a. Geografische dekking (525 nummercentrales)
- b. Type DSL: ADSL
- c. Type telefoonaansluiting: standaard analoge telefoonlijn⁴ of ISDN-2
- d. Type MDF Access: ASL⁵
- e. Snelheden (upstream/downstream): 64k/256k, 128k/768k, 256k/1536k

61. Zoals door KPN aangegeven betreft de dienst *ADSL van KPN* een zogenaamde best-effort dienst, waarbij geen garantie wordt gegeven op het beschikbaar zijn van een minimale capaciteit voor de eindgebruiker.

62. Deze eindgebruikers-karakteristiek wordt ondermeer bepaald door de wijze waarop KPN in het ATM-netwerk de bitstroomtoegang heeft ingesteld.

63. Voor het transport van de data van de eindgebruiker naar het uitkoppelpunt in de regionale verkeerscentrale wordt gebruik gemaakt van ATM⁶. Tussen de DSLAM (in de nummercentrale) en de IP-edge router⁷ (in de regionale verkeerscentrale) wordt een vaste ATM-capaciteit ingesteld. Dit wordt een Virtual Path (hierna: VP) genaamd. De VP wordt met een vaste capaciteit⁸ per nummercentrale door KPN ingesteld. De capaciteit van deze VP staat volledig ter beschikking aan alle aangesloten eindgebruikers van *ADSL van KPN* op deze nummercentrale.

64. Daarnaast wordt voor elke eindgebruiker een zogenaamde Virtual Circuit (VC) gecreëerd en deze wordt gekoppeld aan de VP. In het geval van *ADSL van KPN* betreft dit een standaard instelling die gelijk is voor alle aangesloten eindgebruikers.

⁴ Ook wel genaamd POTS (Plain Old Telephony Service)

⁵ Zie MDF Access service description van KPN op www.kpn-wholesale.com / documents / MDF Access

⁶ Asynchronous Transfer Mode

⁷ De interface waarop de koppeling met de "IP edge router", zoals KPN deze noemt, bestaat uit een zogenaamde ATM-STM1 interface (155Mbps). De term "IP edge router" suggereert onterecht dat deze router slechts IP-functionaliteit bevat. Deze router bevat ook (bepaalde) ATM functionaliteit voor het koppelen van (ondermeer) DSLAM's.

⁸ 80 Mbps

65. De wijze waarop een dergelijke instelling van een VC wordt gerealiseerd wordt in ATM-terminologie een ATM Service Klasse genoemd. De ATM Service klasse die KPN voor de bitstroomtoegangsdienst gebruikt betreft de service klasse UBR⁹.

66. Een van de opties van de UBR service klasse is het kunnen instellen van een zogenaamde MDCR¹⁰. Door het instellen van de MDCR wordt er een bepaalde minimale bandbreedte voor de betreffende VC gegarandeerd. Op basis van de karakteristieken van de eindgebruikersdienst heeft het college afgeleid dat er geen gebruik gemaakt wordt van deze optie.¹¹

67. Tenslotte worden alle VC's in een betreffende DSLAM aan dezelfde VP gekoppeld.

68. Het gevolg van bovenstaande standaard instelling voor alle eindgebruikers is dat de vast ingestelde capaciteit (de VP) wordt gedeeld door alle aangesloten eindgebruikers, zonder dat individuele eindgebruikers de beschikking krijgen over een minimale gegarandeerde bandbreedte.

69. Met de door KPN ingestelde VP-capaciteit van 80Mbps kunnen per nummercentrale ongeveer █████ LITE gebruikers worden aangesloten of █████ EXTRA gebruikers¹². Op basis van de huidige installed base ADSL van KPN en de geografische dekking leidt het college af dat de VP's die in gebruik zijn voor de bitstroomtoegangsdienst ten behoeve van ADSL van KPN ruim voldoende gedimensioneerd zijn, hetgeen tot gevolg heeft dat de bitstroomtoegangsdienst zich gedraagt als een non-blocking¹³ service.

70. Tenslotte levert KPN zichzelf deze bitstroomtoegangsdienst met regionale uitkoppelpunten op 14 regionale verkeerscentrales en nationale uitkoppelpunten op 4 regionale uitkoppelpunten. De uitkoppelwijze betreft een zogenaamde ATM-handover, waarbij gebruik gemaakt wordt van een 155Mbps¹⁴ interface.

71. In onderstaande tabel is de bitstroomtoegangsfunctionaliteit nogmaals schematisch weergegeven:

| Tabel 1: Bitstroomtoegangsfunctionaliteit ten behoeve van ADSL van KPN | |
|--|--|
| Geografische dekking | 525 nummercentrales (dekking ADSL van KPN) |
| Type xDSL | ADSL |
| Type MDF Access | ASL |
| Type telefoonaansluitingen | POTS, ISDN-2 |
| Snelheden (upstream/downstream) | 64k/256k, 128k/768k, 256k/1536k |
| VP per nummercentrale | 80 Mbps |
| Dimensionering VP | Non blocking |
| Instellingen VC per eindgebruiker (ATM Service klasse) | UBR |
| Regionale uitkoppelpunten | 14 |
| Nationale uitkoppelpunten | 4 |

⁹ Unspecified Bit Rate

¹⁰ Minimum Defined Cell rate

¹¹ ofwel wordt de MDCR op de waarde 'nul' gezet

¹² Op basis van de ingeschatte capaciteit per user welke KPN heeft gehanteerd bij FIA

¹³ non blocking wil zeggen dat er ook gedurende de piekuren voldoende capaciteit op de VP ter beschikking is

¹⁴ dit wordt ook wel een STM-1 interface genoemd.

Conclusie

72. Gezien het bovenstaande concludeert het college dat KPN thans twee vormen van bitstroomtoegang levert, *BSA van KPN* en bitstroomtoegang ten behoeve van *ADSL van KPN*. De eerste vorm stelt zij ook aan andere aanbieders ter beschikking. De tweede vorm stelt zij alleen aan zichzelf ter beschikking.

B WETTELIJK EN REGELGEVEND KADER

73. In artikel 1.1, onder j, Tw wordt bepaald dat onder bijzondere toegang wordt verstaan 'toegang tot een telecommunicatienetwerk op andere punten dan de netwerkaansluitpunten die aan de meeste gebruikers wordt aangeboden'. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het begrip bijzondere toegang ruim is gedefinieerd om de ontwikkeling van nieuwe diensten te stimuleren.¹⁵ Zoals het college reeds bij besluit van 20 september 2002 en de beslissing op het bezwaar daarop van KPN van 22 januari 2003 heeft bepaald is hij van oordeel dat bitstroomtoegang is aan te merken als bijzondere toegang in de zin van artikel 1.1., onder j, Tw.

74. Op grond van artikel 6.9, eerste lid, van de Tw dienen aanbieders, welke op grond van artikel 6.4, eerste lid, Tw zijn aangewezen door het college, te voldoen aan alle redelijke verzoeken tot bijzondere toegang. De artikelen 6.2, 6.3, 6.5 en 6.6 Tw zijn van overeenkomstige toepassing.

75. KPN is aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6.4 Tw en dient mitsdien aan andere aanbieders bijzondere toegang te verstrekken onder gelijke voorwaarden onder gelijke omstandigheden, zoals beschreven in artikel 6.5, onder a, Tw en onder gelijke voorwaarden als die welke gelden voor haarzelf of haar dochterondernemingen, zoals beschreven in artikel 6.5, onder b, Tw.

76. KPN dient aldus andere aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten die om bijzondere toegang verzoeken, deze bijzondere toegang te verstrekken met inachtneming van het beginsel van non-discriminatie.

77. Het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in artikel 16, zeventiende lid, Richtlijn 98/10/EG en artikel 6, onder a, Richtlijn 97/33/EG en het in artikel 4, tweede lid, Richtlijn 97/33/EG bedoelde principe dat, indien redelijk, toegang moet worden verleend op een willekeurig netwerkaansluitpunt, geldt ook voor bitstroomtoegang. Dit is bevestigd in de mededeling van de Commissie van 26 april 2000 (2000/C272/10) inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet.

78. Verordening (EG) Nr. 2887/2000 van het Europees parlement en de raad van 18 december 2000, inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (hierna: de Verordening) artikel 1, derde lid, bepaalt dat het aanbieden van volledige ontbundelde toegang tot het aansluitnet 'niet afdoet aan de verplichting voor aangemelde exploitanten die het vaste openbare telefoonnetwerk gebruiken voor het leveren van snelle toegangs- en transmissiediensten aan derden, om – in overeenstemming met het non-discriminatiebeginsel – deze diensten te leveren onder dezelfde voorwaarden als die waaronder zij leveren aan zichzelf of aan met hen geassocieerde ondernemingen, overeenkomstig de communautaire voorschriften'.

¹⁵ Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, blz. 31.

79. Aan de redelijkheid van een verzoek om bijzondere toegang is door het college invulling gegeven in ondermeer de beleidsregels MDF-access van 12 maart 1999¹⁶ en de beleidsregels inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van 17 mei 2002¹⁷.

80. Ingevolge artikel 6.6, eerste lid, Tw geldt voor KPN de verplichting dat haar tarieven voor bijzondere toegang op transparante wijze worden bepaald en op kosten zijn georiënteerd. Ingevolge artikel 6.6, tweede lid, dient KPN ervoor zorg te dragen dat de tarieven voor bijzondere toegang in voldoende mate zijn uitgesplitst. Verder dient KPN ter uitvoering van het eerste lid een systeem voor de toerekening van de kosten voor bijzondere toegang op te stellen. Dit systeem behoeft de goedkeuring van het college.

81. In artikel 6.9 jo. artikel 6.3 Tw is aan het college de bevoegdheid toegekend om als geschilbeslechter op te treden als het gaat om geschillen over bijzondere toegang. Het college kan op grond van deze artikelen, op verzoek van één of beide partijen, de regels vaststellen die tussen degene die bijzondere toegang moet verlenen en degene die er om verzoekt zullen gelden.

82. In artikel 6.3, derde lid, onder b, Tw is bepaald dat het college in spoedeisende gevallen een voorlopig besluit neemt, dat tussen de betrokken aanbieders geldt tot het definitieve besluit.

83. Gelet op het bovenstaande is het college op grond van de Tw bevoegd geschillen inzake bijzondere toegang te beslechten.

¹⁶ Richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn (MDF-access), kenmerk OPTA/J/99/1443

¹⁷ Kenmerk OPTA/IBT/2002/201182.

C HET STANDPUNT VAN TISCALI

84. Voor het verzoek van TISCALI verwijst het college naar de door TISCALI ingebrachte stukken en hetgeen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht. Het verzoek en het standpunt van TISCALI laat zich als volgt samenvatten.

Spoeoedeisend belang

85. TISCALI stelt een spoedeisend belang te hebben bij het gevraagde besluit. De weigering van KPN om aan het verzoek van TISCALI tegemoet te komen is in strijd met de wet en heeft volgens TISCALI tot gevolg dat zij geen op bitstroom gebaseerde diensten kan ontwikkelen terwijl KPN dergelijke diensten inmiddels al op grote schaal aanbiedt. TISCALI heeft de gevraagde bitstroomtoegangsdiensten nodig om de eigen diensten te kunnen ontwikkelen. Verdere vertraging van de ontwikkeling van deze diensten heeft voor TISCALI onomkeerbare gevolgen en betekent dat TISCALI ten opzichte van KPN op een niet of moeilijk in te halen concurrentieachterstand wordt gezet. De schade daarvan is volgens TISCALI aanmerkelijk.

Verzoek Bitstroomtoegang

86. TISCALI wil op basis van de bitstroomtoegangsdiensten van KPN nieuwe diensten ontwikkelen en verzoekt het college om kostengeoriënteerde tarieven vast te stellen voor de levering van bitstroom toegangsdiensten. Dit is volgens TISCALI noodzakelijk zodat zij de concurrentie kan aangaan met ondermeer de door KPN zelf aangeboden diensten. TISCALI sluit daarbij aan bij het besluit van het college inzake de last onder dwangsom bitstroomtoegang van 20 september 2002.

87. In haar aanvullingen op het verzoekschrift maakt TISCALI duidelijk dat zij, om in staat te zijn op de consumentenmarkt met KPN te kunnen concurreren, dient te beschikken over een bitstroomtoegangsdienst die haar in staat stelt om eindgebruikersdiensten te ontwikkelen met (tenminste) dezelfde specificaties als die van de eindgebruikersdiensten van KPN. TISCALI geeft daarbij aan dat het huidige aanbod *BSA van KPN* hierin niet voorziet, omdat deze de afnemer niet in staat stelt om eindgebruikersdiensten te ontwikkelen met (tenminste) dezelfde snelheden als die eindgebruikersdiensten van KPN. TISCALI heeft KPN verzocht om de levering van een bitstroomtoegangsdienst waarbij zij de controle heeft over de snelheid van de verbinding. TISCALI refereert hier aan de up/downstream snelheid en overboekingsfactor van *ADSL van KPN*.

88. Verder verlangt TISCALI dat zij op korte termijn door KPN in staat wordt gesteld om het verkeer op te halen op alle niveau's in het netwerk van KPN. Volgens TISCALI houdt dit in dat zij zowel op LAP- als op RAP- en NAP niveau het verkeer kan ophalen. In het bijzonder verwijst TISCALI hierbij naar de veertien uitkoppelpunten van het *initiële*¹⁸ bitstroomtoegang aanbod van KPN en stelt dat dit ook in het huidige aanbod dient te worden opgenomen.

89. Bij brief van 4 maart 2003 vult TISCALI haar verzoek aan vanwege de wijziging van het aanbod *BSA van KPN*. TISCALI stelt (opnieuw) dat haar verzoek niet (uitsluitend) betrekking heeft op het aanbod *BSA van KPN* maar op een toegangsdienst die op verschillende netwerkniveaus kan worden afgenomen en waarbij TISCALI in elk geval in staat is om de controle uit te oefenen over:

- a. de snelheid van de verbinding tussen de eindgebruiker en haar eigen netwerk;
- b. de overboekingsfactor per verbinding, en

¹⁸ Dit betreft een aanbod dat KPN in 2001 als pilot-dienst heeft aangeboden aan een aantal aanbieders en zij begin 2002 heeft besloten deze dienst niet te leveren. Dit initiële aanbod is als basis gebruikt door het college voor de te leveren dienst in het besluit LOD.

c. de te gebruiken ATM PVC per eindgebruiker.

90. Deze elementen van de gevraagde dienst waarover TISCALI de controle wenst te krijgen, heeft zij bij brief van 22 oktober 2002, en daarmee tijdens de onderhandelingsfase, aan KPN in dezelfde bewoordingen verzocht.

KPN dient aan verzoek te voldoen

91. TISCALI is van mening dat de door haar gevraagde bitstroom toegangsdienst bijzondere toegang in de zin van artikel 1.1, onder j, en artikel 6.9 Tw jo. artikel 6.10, derde lid, Tw en Vo. 2887/2000 betreft. TISCALI is van oordeel dat zij daartoe een voldoende gespecificeerd verzoek bij KPN heeft gedaan. Zij heeft dit verzoek meerdere malen bij KPN gedaan.

92. Het betreft naar de mening van TISCALI een redelijk verzoek, omdat de gevraagde dienst noodzakelijk is om met KPN te kunnen concurreren op de telecommunicatiemarkt. Verder zijn er naar de mening van TISCALI geen objectieve criteria ten aanzien van de technische haalbaarheid of de integriteit van het netwerk op grond waarvan het verzoek van TISCALI door KPN zou kunnen worden afgewezen. Tevens gaat TISCALI ervan uit dat er voldoende capaciteit beschikbaar is. TISCALI geeft hierbij aan dat dit ook niet anders kan zijn daar zij om een dienst verzoekt welke KPN aan zichzelf levert althans een dienst die daaraan gelijkwaardig is.

De gevraagde bitstroomtoegang dient tegen kostengeoriënteerde tarieven te worden aangeboden

93. KPN dient er op grond van artikel 6.9, derde lid, jo. Artikel 6.6, eerste en tweede lid, Tw voor te zorgen dat de tarieven op transparante wijze worden bepaald en op kosten zijn georiënteerd, alsmede dat deze tarieven in voldoende mate zijn uitgesplitst. Op grond van artikel 6.9, tweede lid, jo. 6.5, eerste en tweede lid, Tw is KPN verder gehouden het non-discriminatiebeginsel in acht te nemen.

94. Deze kostengeoriënteerde tarieven kunnen volgens TISCALI in elk geval niet meer bedragen dan de tarieven die KPN in rekening brengt voor de dienst *ADSL van KPN* al dan niet in combinatie met de 'FIA-dienst' minus een redelijke winstopslag. Deze stelling baseert TISCALI op de aanname dat de bitstroomdiensten van KPN (grotendeels) zijn opgebouwd uit dezelfde elementen als waaruit de KPN eindgebruikersdienst '*ADSL van KPN*' is opgebouwd. Voor zover de dienst wordt afgenomen op RAP-niveau is deze dienst volgens TISCALI mede opgebouwd uit elementen van de FIA-dienst.

95. Uit het voorgaande blijkt dat TISCALI tot in elk geval de dag van de hoorzitting in de veronderstelling verkeerde dat *BSA van KPN* ten grondslag ligt aan de dienst '*ADSL van KPN*' al dan niet in combinatie met de 'FIA-dienst'. Dat TISCALI deze mening was toegedaan is ook op de hoorzitting expliciet bevestigd door TISCALI.

96. TISCALI stelt verder dat de tarieven voor een 64k/256k (Lite) verbinding in ieder geval niet meer mogen bedragen dan een maandelijkse vergoeding van ██████ (excl. BTW). Dit bedrag bestaat uit de optelsom van het tarief voor *ADSL van KPN*, zijnde € 16,76 (excl BTW), en het FIA-tarief per lijn voor een Lite-gebruiker, zijnde ██████ (excl BTW). Echter omdat een aanzienlijk deel van de functionaliteiten niet geleverd hoeft te worden en het transport beperkt is tot het regionale niveau, kan de prijs van de dienst niet meer bedragen dan de kosten van een ontbundelde lijn (ASL), backhaulkosten, de kosten voor de ATM-apparatuur en de kosten verband houdend met de aanpassingen van bestaande OSS¹⁹.

TISCALI stelt verder dat de eenmalige tarieven voor de levering van een bitstroomtoegangslijn in ieder geval niet meer mogen bedragen dan de vergoeding de hiervoor geldt voor de dienst *ADSL van KPN*, namelijk € 74,95 (incl. BTW)²⁰.

97. TISCALI stelt dat de EDC-methodiek voor het beoordelen van de tarieven bitstroomtoegang niet geschikt is. Deze EDC-methodiek is namelijk een “black-box” benadering die voor TISCALI geen inzicht verschaft in de tot standkoming van de tarieven, slechts de uitkomsten.

98. Het aanbieden van een wholesale bitstroomtoegangsdienst behoeft volgens TISCALI geen aparte beheer- en leverstraat. Slechts de aantoonbare meerkosten om de bestaande systemen geschikt te maken voor wholesale levering kunnen worden toegerekend aan de desbetreffende bitstroomtoegangsdienst.

Vordering van TISCALI

99. TISCALI heeft het college verzocht om het geschil tussen TISCALI en KPN aan te merken als een spoedeisend geschil in de zin van artikel 6.3, derde lid, sub b, Telecommunicatiewet (hierna: Tw) en te behandelen volgens de versnelde procedure van artikel 12 en 13 van de Procedure geschillen OPTA, en

- a. om in een voorlopig besluit aan KPN op te dragen om binnen tien werkdagen na de datum van dit voorlopige besluit de door TISCALI gevraagde bitstroomtoegangsdiensten aan TISCALI aan te bieden tegen kostengeoriënteerde tarieven, die – zolang er geen kostentoerekeningssysteem is ontwikkeld – in elk geval niet meer bedragen dan de tarieven die KPN in rekening brengt voor de dienst “*ADSL van KPN*”, al dan niet in combinatie met de FIA²¹, minus een redelijke winstoverslag,
- b. om in een definitief besluit KPN op te dragen om voor de door TISCALI gevraagde bitstroomtoegangsdiensten tegen kostengeoriënteerde tarieven te hanteren die in elk geval niet meer bedragen dan de tarieven die KPN in rekening brengt voor de dienst *ADSL van KPN* al dan niet in combinatie met de dienst Fast IP Access van KPN (hierna: FIA), minus een redelijke winstoverslag
- c. althans om zodanige maatregelen te nemen die het college in dit verband noodzakelijk acht om te bewerkstelligen dat KPN de gevraagde bitstroomtoegangsdiensten levert aan TISCALI tegen kostengeoriënteerde tarieven.

¹⁹ OSS: Operational Support Systems. Dit betreft ondermeer de systemen voor beheer, service, onderhoud, levering, facturering en klantenservice.

²⁰ Dit bedraagt € 62,98 (excl. BTW).

²¹ Zie Dienstbeschrijving FAST IP ACCESS in bijlage 1 bij de mantelovereenkomst FAST IP Access en Mxstream tussen KPN en TISCALI d.d. 2 mei 2002.

100. De door TISCALI gevraagde bitstroom toegangsdienst van KPN betreft een wholesale dienst die TISCALI in staat stelt eindgebruikersdiensten te ontwikkelen voor de consumenten- en kleinzakelijke markt.

De functionaliteiten van de gevraagde bitstroomtoegangsdienst betreffen:

- a. de controle over de snelheid van de verbinding tussen de eindgebruiker en het netwerk van TISCALI;
- b. de controle over de overboekingsfactor per verbinding;
- c. de controle over de te gebruiken ATM-PVC per verbinding; en
- d. het kunnen koppelen met de bitstroomtoegangsdienst op local access points (LAP), regional access points (RAP) en nationaal access points (NAP)²².

101. TISCALI dient te beschikken over een bitstroomtoegangsdienst die haar in staat stelt om eindgebruikersdiensten te ontwikkelen met (tenminste) dezelfde specificaties als die van de eindgebruikersdiensten van KPN (zijnde *ADSL van KPN*).

102. TISCALI verlangt van KPN dat zij op korte termijn in staat zal worden gesteld om het verkeer op te halen op alle netwerkniveaus in het netwerk van KPN. Offewel: op zowel lokaal, regionaal en nationaal niveau. Meer in het bijzonder verlangt TISCALI van KPN dat zij op alle RAP's (ATM) het verkeer kan ophalen. TISCALI stelt zich op het standpunt dat het kunnen ophalen van het verkeer op 14 RAP's (de zogenaamde 14 RAP's van *BSA van KPN*) moet worden opgenomen in het huidige aanbod.

D HET STANDPUNT VAN KPN

103. Voor de standpunten van KPN verwijst het college naar de door KPN ingebrachte stukken en hetgeen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht. Het standpunt van KPN laat zich als volgt samenvatten.

Onzorgvuldige procedure

104. Naar de mening van KPN is de gang van zaken omtrent het verzoekschrift van TISCALI en de behandeling daarvan onzorgvuldig. Volgens KPN wordt het oorspronkelijk verzoek van TISCALI (van 8 januari 2003) niet alleen aangevuld door een nieuw verzoek maar daardoor ook beduidend gewijzigd. Het verzoek van 8 januari ging volgens KPN uitdrukkelijk uit van de bestaande dienst *BSA van KPN* en de regulering van het tarief hiervoor. KPN is van mening dat TISCALI een nieuw verzoek heeft ingediend doordat zij bij brief van 4 maart 2003 ook de functionaliteit van de bitstroomtoegangsdienst in het geschil betreft.

105. Verder is KPN van oordeel dat de procedure onzorgvuldig is omdat zij zich twee keer diende te verweren. Daarnaast is de procedure volgens KPN onzorgvuldig doordat het verzoekschrift van TISCALI vervat is in een aantal brieven, verzoekschriften en bijlagen waarvan de onderlinge samenhang niet duidelijk is. Door de onduidelijkheden in het verzoek is het voor KPN niet duidelijk waar zij zich tegen verweert.

106. Tot slot is KPN van mening dat de door het college gekozen weg is in strijd met de zorgvuldigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid en in strijd met haar eigen beleidsregels doordat medewerkers van OPTA naar haar mening een actieve rol hebben gespeeld bij het tot stand komen van het verzoek van TISCALI.

²² Deze begrippen komen vanuit de voice-interconnectie diensten van KPN, waar een LAP staat voor nummercentrale, RAP voor eerste orde verkeercentrale (EVKC) en NAP voor een koppelpunt op RAP voor het hele nationale dekingsgebied van KPN.

Verzoek TISCALI

107. KPN gaat er vanuit dat het gaat om de bitstroomtoegangsdienst ten behoeve van de zakelijke markt. Slechts voor zover dat anders zou zijn en het verzoek van TISCALI erop gericht zou zijn om een wholesale aanbod te krijgen om op de consumentenmarkt te concurreren met eindgebruikersdiensten vergelijkbaar met 'ADSL van KPN' geeft KPN haar zienswijze daarover. Voor zover dit een verzoek om bijzondere toegang zou zijn, is KPN van oordeel dat een dergelijk verzoek de redelijkheid op geheel andere wijze moet worden bepaald en getoetst dan bij het aanbod *BSA van KPN* en het besluit van 20 september 2002 ter zake is gedaan.

Bitstroomtoegang is geen gereguleerde dienst

108. Naar de mening van KPN kan het college bij de beoordeling van de verzoeken van TISCALI niet voorbij gaan aan het feit dat onder het nieuw regelgevend kader bitstroomtoegang in ieder geval niet gereguleerd zal kunnen worden, terwijl, zelfs als dit wel het geval zou zijn, niet aan het opleggen van kostenoriëntatie toe zal worden gekomen. Subsidiar geldt bovendien dat als het college zou menen dat zij kostenoriëntatie zou moeten opleggen, het college bij de invulling van die norm rekening zou moeten houden met de veranderingen onder het nieuwe kader. Bij het beoordelen van de proportionaliteit van haar ingrijpen zou het college moeten overwegen dat vanaf 25 juli 2003 de norm van kostenoriëntatie hoogstwaarschijnlijk in ieder niet meer zal gelden voor deze dienst.

109. Het huidige standpunt van de Commissie is dat bitstroomtoegang volgens de non-discriminatie verplichting dient te worden gereguleerd. Nu het nieuwe Europese kader in werking is getreden dient het college volgens KPN bij de uitoefening van haar bevoegdheden rekening te houden met dat nieuwe Europese kader.

110. Verder voert KPN aan dat *BSA van KPN* een geheel andere dienst dan 'ADSL van KPN' is. *BSA van KPN* wordt slechts geproduceerd als bouwsteen voor Ecapacity. Daarmee is het volgens KPN een product dat typisch is toegesneden op de zakelijke markt. De eigenschappen van deze *BSA van KPN* maken dat deze dienst geheel anders is dan 'ADSL van KPN' welke dienst bedoeld is voor de consumentenmarkt. 'ADSL van KPN' wordt geleverd met een minimale infrastructuur, levert geen gegarandeerde capaciteit en is een zogenaamde best effort dienst. Kortom, Ecapacity en *ADSL van KPN* zijn wezenlijk verschillende diensten, die zich op verschillende markten richten.

Geen redelijk verzoek om bijzondere toegang tot het telefonienetwerk

111. KPN is van mening dat het verzoek van TISCALI geen redelijk verzoek om bijzondere toegang is en voert daartoe het volgende aan.

112. Ten eerste is het verzoek van TISCALI niet redelijk omdat niet is aangetoond dat de gevraagde toegang noodzakelijk is voor het totstandkomen van concurrentie. De breedband markt is reeds voldoende concurrerend. Om die reden zou het verzoek van TISCALI dan ook moeten worden afgewezen, aldus KPN. Ook bestaan er volgens KPN wel degelijk alternatieven voor TISCALI. TISCALI kan de bitstroomtoegangsdienst afnemen van andere leveranciers van bitstroomtoegang, terwijl zij ook zelf een eigen DSL-netwerk kan realiseren. Bovendien is de bitstroomtoegangsdienst die TISCALI vraagt niet essentieel voor het concurreren op de breedbandmarkt. TISCALI zou zich hier veeleer tot de kabelexploitanten moeten wenden. Verder neemt TISCALI al een dienst af die haar in staat stelt breedbandig internet aan te bieden en te concurreren op de eindgebruikersmarkt. Het betreft hier *ADSL van KPN* dat door TISCALI als agent van KPN wordt verkocht.

113. Ten tweede is bitstroomtoegang volgens KPN geen bijzondere toegangsdienst omdat er geen sprake is van toegang tot het telefoonnetwerk van KPN. KPN voert daartoe het volgende aan. Hoewel voor sommige van de onderdelen waaruit bitstroomtoegang is opgebouwd wel degelijk geldt dat zij "geheel of gedeeltelijk worden gebruikt voor de levering van de vaste telefoniedienst" geldt voor vrijwel alle onderdelen waaruit bitstroomtoegang is opgebouwd dat zij louter is voorbehouden aan dataverkeer. Voor deze onderdelen geldt dan ook dat zij geen deel uitmaken van het telefoonnetwerk. Bovendien kan niet worden gezegd dat als een dienst voor een bepaald deel een infrastructuur deelt met spraak, die hele dienst als toegang tot het telefoonnetwerk gezien moet worden.

Modaliteiten die TISCALI vraagt

114. KPN stelt dat TISCALI in verschillende brieven om een groot aantal verschillende modaliteiten vraagt. Ook heeft TISCALI niet aangetoond dat de door haar gevraagde modaliteiten van bitstroomtoegang noodzakelijk zijn voor het ontstaan van concurrentie op de benedenstroomse markt.

115. Ten aanzien van de door TISCALI gevraagde functionaliteiten, voert KPN het volgende aan:

- a. Het verkrijgen van een bitstroomtoegangsdienst op de verschillende netwerkniveau's
KPN stelt dat *BSA van KPN* geleverd wordt met uitkoppelpunten op vier locaties. De zogenaamde randstad-EVKC's. Niettemin geeft KPN aan dat het uitkoppelen van *BSA van KPN* op andere locaties dan de huidige 4 locaties onderhandelbaar is. TISCALI heeft KPN tot op heden echter nimmer om een dergelijke uitkoppeling verzocht. Er is dus geen sprake van een geschil tussen partijen zodat het college zich onbevoegd moet verklaren hierover regels te stellen
- b. Controle over snelheid en overboekingsfactoren
KPN geeft aan dat de door TISCALI concreet benoemde snelheden (gelijk aan '*ADSL van KPN*') en overboekingsfactor (1:40) reeds in theorie door de dienst *BSA van KPN* geproduceerd kunnen worden. De precieze hoogte van de gevraagde overboekingsfactor en snelheid worden echter niet gespecificeerd door TISCALI. Tevens heeft TISCALI nimmer aan KPN een concreet verzoek gedaan voor de genoemde optie. Op dit punt is het verzoek van TISCALI volgens KPN niet voldoende duidelijk en zou het reeds om die reden moeten worden afgewezen.
- c. Controle over de ATM-PVC
De dienst *BSA van KPN* biedt een ATM-PVC per eindgebruiker. Hiermee wordt voldaan aan het verzoek van TISCALI en bestaat hierover dus geen geschil.

116. Verder voert KPN nog aan dat voor de dienst *BSA van KPN* een eigen leverstraat bestaat die geïntegreerd is met *BSA van KPN*. Voor de dienst '*ADSL van KPN*' wordt een geheel andere leverstraat gebruikt. Het gebruik van deze leverstraat voor de dienst bitstroomtoegang is vanwege de integratie met *ADSL van KPN* dan ook niet mogelijk.

Tarieven voor *BSA van KPN* zijn juist

117. Voor zover het college van oordeel is dat tarieven van bitstroomtoegang kostengeoriënteerd dienen te zijn, voert KPN daartegen de volgende argumenten aan.

118. Kostenoriëntatie is een open norm die niet nader is ingevuld in de Tw en waaraan op verschillende wijze invulling kan worden gegeven. Het college vult de norm kostenoriëntatie van geval tot geval in en pleegt zich daarbij (mede) te laten leiden door de mededinging op de volgens haar relevante markt en haar eigen beleidsdoelstellingen. Daartoe is het college volgens KPN ook gehouden op grond van zorgvuldigheid en proportionaliteit.

119. De huidige stand van de markt (alsook de aanstaande wijziging van het regelgevend kader) moeten volgens KPN meebrengen dat het college afziet van een zodanige invulling van kostenoriëntatie dat KPN daardoor haar tarieven *BSA van KPN* moet verlagen. De tarieven van *BSA van KPN* zijn namelijk tot stand gekomen in een concurrerende markt. Een regulatoire ingreep in de tarieven van KPN die de concurrentieverhoudingen tussen marktpartijen verstoort is niet opportuun en schiet zijn doel voorbij.

Andere uitgangspunten zijn niet bruikbaar

120. Voor zover het college zich niet kan vinden in de stelling van KPN dat de tarieven *BSA van KPN* op geoorloofde wijze tot stand zijn gekomen, is KPN van mening dat:

- a. de EDC-systematiek op dit moment geen bruikbaar alternatief biedt, en
- b. het door TISCALI verzochte tarief (op basis van *ADSL van KPN*) evenmin een redelijke invulling vormt van de norm kostenoriëntatie.

121. Ad. a) Naar de mening van KPN is EDC niet geschikt omdat er nog nauwelijks ervaringen zijn opgedaan met de afname van de bitstroomtoegangsdienst, de groei daarin en de daarmee gemoeide kosten. Voor wat betreft afname betreft het op dit moment relatief kleine aantallen. Omdat het voor KPN om een volledige nieuwe dienst gaat, kan de groei thans uitsluitend op (naar hun aard onzekere) prognoses worden gebaseerd.

122. Ten aanzien van de kosten geldt dat op dit moment alleen bekend is welke initiële investeringen KPN heeft moeten doen om haar *BSA van KPN* dienstverlening het afgelopen jaar van de grond te krijgen. Er dient rekening mee te worden gehouden dat deze aanloopkosten niet representatief zullen blijken voor de kosten in de hiernavolgende jaren. Omdat er in deze nieuwe markt nog nauwelijks betrouwbare informatie beschikbaar is over kosten en aantallen kan de EDC-systematiek leiden tot grote schommelingen en dus tot grote onzekerheid voor alle betrokkenen, aldus KPN.

123. Ad. b) Volgens KPN bestaat er geen aanleiding om de tarieven van bitstroomtoegang te ontlenen aan *ADSL van KPN*. Er zijn namelijk wezenlijke verschillen tussen beide *ADSL van KPN* en *BSA van KPN* ten aanzien van:

- a. de markt die voor beide diensten wordt bediend
- b. de functionaliteit van de verschillende diensten
- c. de technische eigenschappen van de diensten en de netwerkelementen die daarbij worden ingezet.

Dit brengt volgens KPN met zich mee dat noch de kostenopbouw noch de tariefstelling van de beide diensten zonder meer met elkaar vergeleken mag worden.

124. Ook indien de door TISCALI verzochte dienst aan haar zou worden geleverd op de door haar gevraagde wijze dan zouden de kosten van een dergelijke dienst volgens KPN gelijk blijven aan de huidige tarieven voor de dienst *BSA van KPN*. Vanuit het oogpunt van kosten geldt immers dat elke bistream access lijn bijdraagt in de dekking van de gezamenlijke kosten van de bitstroomtoegangsdienst als geheel. De kosten voor uitbreiding van het portfolio zijn marginaal, maar de kostprijs van de individuele lijn blijft gerelateerd aan de totale kosten van de bitstroomtoegangsdienst. Het door TISCALI aangegeven richttarief is dan ook voor bitstroomtoegang onrealistisch en onhaalbaar. Dit zou betekenen dat er tegen circa 20% van de *BSA van KPN* kostprijs geleverd zou moeten worden.

125. Concluderend stelt KPN dat het college het tarief voor bitstroomtoegang, voor zover al sprake is van een gereguleerde dienst, dan ook niet anders zal mogen vaststellen dan op het niveau van de markt zoals hij gedaan heeft bij besluit van 22 september 2002. Het verzoek van TISCALI om andere tarieven dient dan ook te worden afgewezen.

Conclusie

126. KPN concludeert dat het college zich niet bevoegd moet verklaren om van de verzoeken van TISCALI kennis te nemen, dan wel aan de behandeling van de verzoeken van TISCALI niet toe behoeft te komen, dan wel dat het college deze verzoeken moet afwijzen.

E BEOORDELING VAN HET GESCHIL

Het college omschrijft het geschil tussen partijen als volgt:

127. TISCALI heeft KPN verzocht om een wholesale bitstroomtoegangsdienst ten behoeve van het ontwikkelen van breedbandige internetdiensten op de consumentenmarkt teneinde te kunnen concurreren in deze markt. Hierbij wil zij zoveel mogelijk gebruik kunnen maken van haar eigen telecommunicatienetwerk [REDACTED].

[REDACTED]. Deze bitstroomtoegangsdienst dient een kostengeoriënteerd tarief te hebben.

KPN heeft in reactie op het (meerdere malen herhaalde) verzoek van TISCALI steeds verwezen naar het huidige aanbod *BSA van KPN*. Dit aanbod is echter specifiek voor de grootzakelijke marktdienstverlening ontwikkeld. Deze dienst bevat aanzienlijk meer functionaliteiten dan noodzakelijk is voor een consumentendienst en heeft een dienovereenkomstig (hoger) tariefsniveau. Verder biedt dit aanbod slechts de mogelijkheid tot het uitkoppelen op 4 regionale verkeerscentrales van KPN. KPN is met de (herhaalde) verwijzing naar haar aanbod niet tegemoet gekomen aan het verzoek van TISCALI. Partijen hebben dan ook geen overeenstemming kunnen bereiken en ter zake geen overeenkomst gesloten.

128. Allereerst zal het college ingaan op zijn bevoegdheden en het spoedeisende belang van TISCALI. Vervolgens zal het college de vordering van TISCALI en de argumenten van KPN ter zake beoordelen. Het college zal daarbij het verzoek van TISCALI in algemene zin en de verzochte tarieven voor de gevraagde dienst beoordelen. Het college overweegt thans het volgende.

Bevoegdheid van het college

129. KPN voert aan dat bitstroomtoegang geen bijzondere toegangsdienst is omdat er geen sprake zou zijn van toegang tot het telefoonnetwerk van KPN. Het college is een andere mening dan KPN toegedaan. Dit is reeds in eerdere besluiten verwoord met betrekking tot de bitstroomtoegangsdienst ten behoeve van zakelijke dienstverlening.²³ Het college verwijst dan ook daarnaar en zal in het navolgende slechts kort ingaan op zijn bevoegdheid.

²³ Besluiten van het college van 20 september 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/202894 en van 22 januari 2003, kenmerk OPTA/JUZ/2003/200024.

130. Zoals het college reeds in de bovengenoemde besluiten ter zake heeft bepaald is hij van oordeel dat bitstroomtoegang is aan te merken als bijzondere toegang in de zin van artikel 1.1., onderdeel j, Tw. Het gaat hier immers om toegang tot een telecommunicatienetwerk (dat van KPN) op andere punten dan de netwerkaansluitpunten die aan de meeste gebruikers wordt aangeboden. Daarnaast worden er met het leveren van bitstroomtoegang netwerken gekoppeld om te kunnen communiceren of toegang tot diensten te kunnen krijgen. In het voorliggende geval is er sprake van twee aanbieders van telecommunicatienetwerken en -diensten, waarbij de ene partij wel en de andere partij geen eigen aansluitnet heeft. Dit aansluitnet is noodzakelijk voor de realisatie van eindgebruikersdiensten die TISCALI wenst aan te bieden. Eén van de wijzen waarop toegang kan worden verkregen tot het telecommunicatienetwerk is bitstroomtoegang.

131. Het college wordt in haar benadering gesteund door de Europese Commissie. In de Mededeling van de Commissie (2000/C272/10) worden bij paragraaf 2 "Vormen van toegang tot het aansluitnet" de verschillende vormen van toegang tot het aansluitnet zeer duidelijk gesteld. Hieronder wordt bitstroomtoegang expliciet vermeld. Bovendien stelt de Commissie dat bitstroomtoegang naast de andere vormen van toegang tot het aansluitnet²⁴ beschikbaar moet zijn.

132. Uit de aan het college voorgelegde feiten volgt dat TISCALI reeds op 30 augustus 2002 een verzoek om bitstroomtoegang voor het ontwikkelen van breedbandige internetdiensten op de consumentenmarkt bij KPN heeft ingediend. Nadien heeft TISCALI dit verzoek meerdere malen herhaald waarbij zij KPN steeds heeft verzocht om de gevraagde dienst inclusief bepaalde functionaliteiten te leveren en verder in overleg te treden. KPN heeft echter geen, althans in onvoldoende mate, gehoor gegeven aan het verzoek van TISCALI. Immers, KPN heeft steeds verwezen naar haar aanbod *BSA van KPN* (specifiek voor de grootzakelijke markt) waarmee zij het verzoek van TISCALI in elk geval impliciet heeft afgewezen.

133. Het publiceren van een aanbod en het verwijzen daarnaar neemt echter niet weg dat KPN een afzonderlijke verplichting heeft ten opzichte van TISCALI om op haar verzoek te reageren en daartoe met TISCALI in overleg te treden. KPN is verplicht om (individuele) verzoeken zorgvuldig te behandelen. In eerdere besluiten heeft het college reeds aangegeven dat een zorgvuldige behandeling inhoudt dat KPN gehouden is om individueel en binnen een redelijke termijn van twee weken de verzoekende partij schriftelijk te laten weten of KPN het verzoek zal honoreren en binnen welke termijn. Indien KPN van oordeel is dat geen sprake is van een redelijk verzoek, dan dient zij het verzoek gemotiveerd af te wijzen²⁵. Ook hieraan heeft KPN geen gevolg gegeven.

134. TISCALI en KPN hebben dan ook geen overeenstemming kunnen bereiken als gevolg waarvan TISCALI het college heeft verzocht de regels terzake tussen partijen vast te stellen. Gezien het voorgaande is het college op grond van artikel 6.1 jo. artikel 6.9 jo. artikel 6.3 Tw bevoegd in het onderhavige geschil de regels vast te stellen die tussen TISCALI en KPN zullen gelden.

Spoedeisend belang

²⁴ Fully Unbundled, Shared Access en Bitstream Access.

²⁵ Zie hiervoor ook het geschilbesluit Cistron/KPN van 30 oktober 2000 (kenmerk OPTA/IBT/2000/202797), het voorlopig geschilbesluit Eager Telecom/KPN van 3 november 2000 (OPTA/IBT/2000/2020922), het voorlopig geschilbesluit XOIP/KPN van 29 juni 2001 (OPTA/G.10.01/2001/201633) en de beleidsregels inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet.

135. Zoals door TISCALI is aangegeven is de huidige wijze van verkoop van breedband internet diensten voor TISCALI geen winstgevende activiteit. TISCALI heeft duidelijk gemaakt dat er voor haar geen goede mogelijkheden om te concurreren op de markt voor breedbanddiensten voor particuliere eindgebruikers. In zijn beoordeling van de redelijkheid van het verzoek zal het college nader hierop ingaan.

136. In het licht van de strijd om de breedbandmarkt die momenteel plaatsvindt in de consumentenmarkt, waarbij maandelijks [REDACTED] nieuwe gebruikers van breedband internet worden aangesloten, is het oplossen van bovenstaande situatie urgent voor TISCALI.

137. Het college erkent dat de door TISCALI aangevoerde gronden voor haar verzoek de vereiste spoed aantonen. Gelet op de bewoordingen van artikel 6.3, derde lid, onder b, van de Tw is het college dan in beginsel gehouden een voorlopig besluit te nemen. Niettemin ziet het college af van het nemen van een voorlopig besluit.

138. Gezien de uitleg die de regering in de Memorie van Toelichting bij de Tw geeft aan de bevoegdheid van het college tot het nemen van een voorlopig besluit, waarin wordt gesteld dat het college een voorlopig besluit kan nemen, is beoogd het college enige beoordelingsruimte te laten bij de vraag of het spoedeisend belang een voorlopig besluit vordert. Zo kan het college tot de conclusie komen dat er bijzondere omstandigheden zijn die het afzien van een voorlopig besluit rechtvaardigen, hoewel er sprake is van een spoedeisend belang. Dergelijke omstandigheden kunnen aanleiding zijn op kortere termijn een definitief besluit te nemen.

139. Nu het college voldoende inzicht heeft verkregen in de onderhavige problematiek, zijn er geen omstandigheden die het college ervan weerhouden definitief uitsluitel te geven over het gevorderde. Het oordeel dat het spoedeisend belang geen voorlopig besluit vordert geldt te meer daar het verkrijgen van voorlopige duidelijkheid in het onderhavige geval wellicht onvoldoende uitsluitel biedt aan partijen.

140. Naar de mening van het college worden de belangen van TISCALI door het overslaan van de stap van een voorlopig besluit gediend, terwijl de belangen van KPN door het overslaan van een dergelijke stap op generlei wijze geschaad worden.

141. Het college is er dan ook van overtuigd dat de behandeling van het geschil meer gebaat is bij het nemen van een definitief besluit.

142. Op grond van het bovenstaande wijst het college de ordening van TISCALI af, voor zover deze ziet op het verkrijgen van een voorlopig besluit, en neemt hierbij een definitief besluit.

Procedure

143. Het college kan de stelling van KPN dat de gang van zaken in de onderhavige procedure onzorgvuldig is niet volgen.

144. Ten eerste is het college, in tegenstelling tot KPN, van oordeel dat het verzoekschrift van TISCALI van 8 januari 2003 en de aanvulling van de aanvraag bij brieven van 31 januari 2003, 6 februari 2003 en 4 maart, zoals bedoeld in artikel 4:5 Algemene wet bestuursrecht, voldoende duidelijk zijn. Mede gezien de correspondentie tussen KPN en TISCALI in de periode voorafgaand aan de indiening van het betreffende verzoekschrift, en in het bijzonder de door KPN aan TISCALI terzake verzonden e-mail van 26 augustus 2002, is het college van oordeel dat KPN wist, althans had moeten weten, dat dit betrekking had op een verzoek tot levering van een bitstroomtoegangsdienst ten behoeve van consumentendiensten. Ook de vergelijking welke TISCALI maakt met de door KPN aangeboden breedbandinternetdienst *ADSL van KPN* draagt hieraan bij. Overigens is ook tijdens de hoorzitting gebleken dat KPN het verzoekschrift als zodanig begreep. Voor zover al sprake is van enige onduidelijkheid omtrent de inhoud van het verzoek van TISCALI is deze mede aan KPN te wijten. Immers, tot op de dag van de hoorzitting is nimmer voor het college noch TISCALI volledig duidelijk geweest welke de toegangsdienst is die aan *ADSL van KPN* ten grondslag ligt. Sterker nog, TISCALI is er steeds van uitgegaan dat *BSA van KPN*, welke KPN gebruikt voor Ecapacity, tevens gebruikt wordt voor de realisering van *ADSL van KPN*. Tijdens de hoorzitting is gebleken dat dit niet het geval is. KPN heeft de plicht om andere marktpartijen zelfstandig goed te informeren over de mogelijkheden en onmogelijkheden van de koppeling van netten.

145. Ten tweede heeft het college vanwege de aanvullingen van TISCALI op haar verzoekschrift, de interpretatie van het verzoekschrift door KPN in haar verweerschrift van 21 februari 2003 en teneinde de procedure doelmatig te laten verlopen, KPN opnieuw in de gelegenheid gesteld haar verweer ten aanzien van het verzoekschrift van TISCALI in te dienen. Het college verwijst hierbij uitdrukkelijk naar de door hem aan de gemachtigde van KPN verzonden brief van 4 maart 2003. Het college is dan ook van oordeel dat hij bij de behandeling van het verzoekschrift zorgvuldig heeft gehandeld. Dit temeer daar KPN al bij lezing van het verzoekschrift van 8 januari 2003 begreep, althans had moeten begrijpen, welke bitstroomtoegangsdienst TISCALI van KPN vroeg.

146. Ten derde is naar het oordeel van het college geen sprake van een zogenaamd 'nieuw verzoek' zoals KPN stelt. De brieven waarnaar KPN verwijst, van 30 januari, 6 februari en 4 maart 2003 van TISCALI aan het college zijn, mede in het licht van hetgeen hierboven is opgemerkt, aan te merken als aanvullingen en verduidelijkingen van het verzoekschrift van 8 januari 2003. Temeer nu de aanvullingen betrekking hadden op de onderwerpen waar partijen over onderhandeld hadden. Overigens is het college met KPN van oordeel dat de brief van TISCALI van 6 februari 2003 eerder aan KPN had moeten worden toegezonden. Aangezien KPN later alsnog in de gelegenheid is gesteld daarop te reageren, is naar het college voldaan aan het vereiste van zorgvuldigheid en hoor en wederhoor.

147. Tot slot heeft TISCALI haar verzoekschrift op 4 maart 2003 ondermeer aangevuld als gevolg van een wijziging van het aanbod *BSA van KPN* door KPN. Ingevolge artikel 6.5, onder c, Tw dient KPN aan TISCALI op wie zij op aanvraag informatie heeft verstrekt op de hoogte te stellen van binnen de komende zes maanden in te voeren wijzigingen in die informatie. KPN stelde met de verwijzing naar haar aanbod *BSA van KPN* te voldoen aan het verzoek van TISCALI. Aangezien zij de wijziging in het betreffende aanbod niet conform artikel 6.5, onder c, Tw aan TISCALI kenbaar heeft gemaakt, kan de aanvulling van TISCALI niet aan haar worden tegengeworpen.

148. Gelet op het bovenstaande treffen de argumenten van KPN geen doel.

Toekomstige wetgeving

149. Gezien het zogenaamde nieuw regelgevend ONP-kader kan het college naar de mening van KPN thans geen geschilbesluit nemen. De stelling van KPN dat een (eventuele) beslissing van het college in het onderhavige geschil, waarin bitstroomtoegang als gereguleerde dienst wordt aangemerkt, strijdig is met het nieuwe kader, gaat niet op. Het college overweegt daartoe het volgende.

150. De beslechting van het geschil vindt plaats op basis van het huidige wettelijke kader, meer in het bijzonder artikel 6.9 Tw. Hiervoor dient slechts de redelijkheid van het verzoek te worden beoordeeld. Vanwege het feit dat KPN zichzelf een dergelijke dienst ter beschikking stelt is de redelijkheid van het verzoek van TISCALI eigenlijk al gegeven.

151. De nieuwe nationale wetgeving treedt in elk geval niet eerder dan 25 juli 2003 in werking. Na die datum geldt dat het college op grond van artikel 16 Kaderrichtlijn een analyse van de relevante markten uitvoert en op basis van de uitkomst daarvan besluiten neemt over de vraag of de 'oude' amm-verplichtingen moeten worden herzien dan wel gehandhaafd. Tot het moment dat deze besluiten genomen worden dienen de lidstaten alle bestaande amm-verplichtingen, zoals de verplichtingen die ex artikel 6.4 Tw voor KPN gelden, te handhaven. De uitkomsten van het voorgaande zijn uiteraard niet op voorhand bekend. De vraag of bitstroomtoegang onder de nieuwe regelgeving wellicht geen gereguleerde dienst meer zal zijn kan dan ook niet reeds nu beantwoord worden. Overigens bestaat daartoe ook geen verplichting.

152. Verder is het college in ieder geval niet verplicht om vóór 25 juli 2003 een besluit ex artikel 16 Kaderrichtlijn te nemen. Verdedigd kan worden dat het college geen besluiten moet nemen die in strijd zijn met de het doel en de strekking van het nieuwe regelgevende kader. Hiervan is evenwel geen sprake, nu het nieuwe regelgevende kader evenzeer uitgaat van het doel om duurzame concurrentie te bevorderen. Toegangsverplichtingen zijn ook in het nieuwe kader een instrument hiervoor. In het overgangsregime van het nieuwe kader is daarbij juist voorzien in het voortzetten van de bestaande verplichtingen. Dit om een mogelijk vacuüm in de regulering te voorkomen. Gelet op het voorgaande treft het argument van KPN terzake geen doel.

Beoordeling Verzoek om Bitstroomtoegang

153. Conform hetgeen het college reeds in eerdere besluiten en oordelen heeft bepaald, dient de door een aanbieder gevraagde inrichting van bijzondere toegang leidend te zijn bij het invullen van de toegangsdienst. Immers, de afnemer is het beste in staat om te bepalen welke diensteninrichting voor hem noodzakelijk is om zijn diensten te verlenen. In het onderhavige verzoekschrift vraagt TISCALI het college te bepalen dat KPN die bitstroomtoegangsdienst aan TISCALI levert waarmee zij breedband internetdiensten aan consumenten en klein zakelijke klanten kan aanbieden. De dienst waartegen zij thans wenst te concurreren is *ADSL van KPN*. TISCALI verzoekt dan ook duidelijk niet om de levering van *ADSL van KPN*, maar om een toegangsdienst waarmee zij in staat wordt gesteld minimaal om met *ADSL van KPN* vergelijkbare diensten aan consumenten te leveren. TISCALI vraagt ook niet om die ene vorm van bitstroomtoegang welke KPN thans aan andere aanbieders aanbiedt ten behoeve van de zakelijke markt, *BSA van KPN*.

154. Ingevolge het wettelijk en regelgevend kader is bitstroomtoegang aan te merken als bijzondere toegang. Dat KPN thans bitstroomtoegang levert ten behoeve van de levering van diensten, zoals *Epacity*, aan de groot zakelijke markt neemt niet weg dat andere vormen van bitstroomtoegang mogelijk zijn. Ook dergelijke andere vormen van bitstroomtoegang, zoals bitstroomtoegang ten behoeve van het leveren van consumentendiensten, zijn aan te merken als bijzondere toegang. Noch uit de Tw noch uit de verordeningen volgt dat KPN slechts één vorm van bitstroomtoegang dient aan te bieden. KPN dient redelijke verzoeken om bijzondere toegang in te willigen.

155. De vorm van bitstroomtoegang waarom TISCALI thans verzoekt komt wel grotendeels overeen met die bitstroomtoegangsdienst die KPN zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN*. Het verschil zit in een aantal extra functionaliteiten die TISCALI verzoekt welke KPN zichzelf niet levert ten behoeve van *ADSL van KPN*. Voor de beoordeling van het verzoek splitst het college dit gemakshalve op in twee onderdelen. Ten eerste het zogenaamde non-discriminatie beginsel in relatie tot de bitstroomtoegangsdienst die TISCALI verzoekt teneinde consumenten diensten in concurrentie met *ADSL van KPN* te kunnen aanbieden. Ten tweede de zogenaamde extra functionaliteiten van het verzoek van TISCALI.

Non discriminatie

156. Zoals volgt uit de weergave van de feiten die aan het geschil ten grondslag liggen, levert KPN zichzelf op op 14 regionale verkeerscentrales bijzondere toegang in de vorm van bitstroomtoegang ten behoeve van de levering van *ADSL van KPN*. Ingevolge artikel 6.9, tweede lid, jo. artikel 6.5 Tw mag KPN niet discrimineren tussen zichzelf en andere aanbieders bij de levering van bijzondere toegang in de vorm van bitstroomtoegang en de voorwaarden die zij daarbij hanteert.

157. Het college is dan ook van oordeel dat KPN met de bitstroomtoegangsdienst ten behoeve van *ADSL van KPN* zichzelf een dienst heeft geboden onder voorwaarden die zij niet aan andere aanbieders heeft geboden. Aangezien KPN deze vorm van bitstroomtoegang niet aan andere aanbieders zoals TISCALI aanbiedt, handelt zij in strijd met het in artikel 6.5, onder a en b, Tw vervatte verbod op discriminatie. Derhalve dient KPN aan TISCALI de gevraagde bitstroomtoegang ten behoeve van consumentendiensten te leveren zoals KPN deze zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN*.

158. TISCALI verzoekt om minimaal dezelfde bitstroomtoegang-functionaliteiten als die welke KPN zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN*. Zij verzoekt dus niet om exact dezelfde realisatie daarvan. Immers, KPN heeft deze dienst namelijk op een zodanige geïntegreerde wijze ontwikkeld dat deze slechts voor haarzelf te gebruiken is en derhalve niet, zonder aanpassingen, door derden als zodanig te gebruiken is. De keuzes die KPN daarbij gemaakt heeft en die tot de betreffende implementatie geleid heeft, is voor KPN, zoals zij zelf opmerkt, een zeer efficiënte oplossing. De volgende situaties kan het college reeds voorzien, waarin een afwijkende realisatie gewenst zou kunnen zijn:

- a. De wijze van koppelen van de DSLAM met het IP-netwerk van KPN waarbij geen gebruik gemaakt wordt van een fysieke ATM-centrale. De functionaliteit, namelijk het beschikbaar stellen van vaste ATM capaciteit voor een bepaalde groep op een nummercentrale aangesloten eindgebruikers, dient ook door KPN aan TISCALI geleverd te worden in de situatie waarbij een dergelijke directe koppeling met het IP-netwerk is gerealiseerd. Dit op zodanige wijze dat ook TISCALI haar eindgebruikers efficiënt kan aansluiten. Dit kan op een aantal wijzen gerealiseerd worden, zoals zowel KPN als TISCALI tijdens de hoorzitting hebben aangegeven, in ieder geval door

- i. het plaatsen van een ATM-centrale, die reeds aanwezig is in de regionale verkeerscentrale van KPN en die ondermeer in gebruik is voor de realisatie van *BSA van KPN*, tussen de DSLAM en het IP-netwerk van KPN²⁶; of
 - ii. het gebruiken van de DSLAM in de betreffende nummercentrale en de ATM-centrale in de regionale verkeerscentrale, die hier reeds zijn gerealiseerd zijn ten behoeve van de dienst *BSA van KPN*;
- b. De dimensionering van de VP-capaciteit
 KPN heeft gekozen voor een VP-capaciteit van ongeveer 80 Mbps. Dit in het licht van de reeds geïnstalleerde aansluitingen per nummercentrale en de commerciële verwachting over de jaren heen. Een overeenkomstige dimensionering, met de daarbij behorende keuze van kwaliteit voor de bitstroomtoegangsdienst die geleverd wordt aan TISCALI, dient dezelfde te zijn. KPN hoeft hiervoor echter niet exact dezelfde capaciteit ter beschikking te stellen, maar wel een zodanige capaciteit dat dezelfde non-blocking kwaliteit geleverd wordt als KPN aan zichzelf ter beschikking stelt.

159. Beide oplossingen zijn naar het oordeel van het college technisch realiseerbaar:

- i. vereist een groot aantal fysieke aanpassingen in de architectuur (aanleg bekabeling, realisatie extra ATM-koppelingen, etc) en lijkt daardoor minder efficiënt
- ii. lijkt meer efficiënt, aangezien deze realisatie reeds is uitgevoerd op andere locaties, die een gecombineerde architectuur kennen (de zogenaamde Combi-locaties), en geen aanpassing behoeft van de reeds gerealiseerde *ADSL van KPN* netwerk-infrastructuur.

160. KPN dient op basis van non-discriminatie op alle nummercentrales waar zij *ADSL van KPN* beschikbaar stelt, en in de toekomst beschikbaar gaat stellen, de bitstroomtoegangsdienst ook beschikbaar te stellen aan TISCALI. De hierboven geschetste mogelijke oplossing ii) waarbij gebruik gemaakt wordt van reeds gerealiseerde DSLAM's voor de dienst *BSA van KPN* houdt in dat hieraan niet, zonder aanpassingen van KPN, zondermeer wordt voldaan. Er bestaat namelijk een verschil in de huidige geografische dekking tussen de dienst *ADSL van KPN* en *BSA van KPN* van 28 nummercentrales: 525 voor *ADSL van KPN* en 497 voor *BSA van KPN*. Gezien de aangekondigde verdere roll-out van KPN van de dienst Ecapacity (welke dienst gebruik maakt van *BSA van KPN*) naar ■■■ locaties medio 2003, lijkt dit geen extra inspanning voor KPN in te houden

Bitstroomtoegang functionaliteiten

161. De vordering van TISCALI gaat evenwel op een aantal onderdelen, ten aanzien van de gevraagde functionaliteiten, verder dan die vorm van bitstroomtoegang welke KPN zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN*.

Controle over de snelheden van de eindgebruiker en het netwerk van TISCALI

²⁶ aangegeven door TISCALI tijdens de hoorzitting

162. De snelheden die KPN aanbiedt (met de huidige *BSA van KPN*) en aan zichzelf ter beschikking stelt (met *ADSL van KPN*) zijn per definitie beperkt. KPN heeft aangegeven dat het 'in theorie' mogelijk is meerdere snelheden en combinaties aan te bieden dan die welke onderdeel van *BSA van KPN* zijn. TISCALI heeft in haar verzoek aangegeven dat ze (minimaal) dezelfde snelheidscombinaties wil hebben als KPN zichzelf levert voor *ADSL van KPN*. Deze dient KPN op grond van het non discriminatiebeginsel aan TISCALI ter beschikking te stellen. Daarnaast heeft TISCALI een (bedrijfsvertrouwelijke) lijst aan het college overlegd van de snelheidscombinaties die zij momenteel via het eigen DSL-netwerk levert. Het college is van oordeel dat het verzoek van TISCALI om de betreffende snelheden redelijk is. Immers, daarmee verkrijgt TISCALI de mogelijkheid om haar portfolio welke zij reeds heeft opgebouwd ook landelijk door te zetten.

163. Echter, dit specifieke verzoek heeft TISCALI niet als zodanig bij KPN gedaan. Nu partijen nog niet hebben onderhandeld over deze snelheden staat niet vast dat hierover een geschil bestaat. Het college wijst dit deel van het verzoek van TISCALI dan ook af. Het college wijst er ten overvloede op dat het partijen vrij staat verder hierover in onderhandeling te treden.

Controle over de overboekingen

164. De bitstroomtoegang ten behoeve van *ADSL van KPN* kent geen mogelijkheid van overboeking. Het verzoek van TISCALI dient dan ook op basis van non discriminatie te worden afgewezen. Dit neemt echter niet weg dat het verzoek wel redelijk kan zijn. Aannemelijk is dat TISCALI ten tijde van het verzoek, en in elk geval tot het moment van de hoorzitting, niet wist of KPN overboekingsfactoren aan zichzelf ter beschikking stelt, en zo ja welke.

165. Dit specifieke verzoek heeft TISCALI dan ook niet als zodanig bij KPN gedaan. Nu partijen nog niet hebben onderhandeld over deze overboekingen staat niet vast dat hierover een geschil bestaat. Het college wijst dit deel van het verzoek van TISCALI dan ook af. Het college wijst er ten overvloede op dat het partijen vrij staat verder hierover in onderhandeling te treden.

Controle over de ATM-PVC

166. Met behulp van de bitstroomtoegang ten behoeve van *ADSL van KPN* levert KPN zichzelf een bitstroomtoegangsdienst met ATM-handover. Het betreffende internetverkeer van de eindgebruiker wordt op ATM overgedragen via een zogenaamd virtual circuit (VC). Deze VC wordt door KPN volgens een bepaalde ATM-methode²⁷ geschakeld over de vast-ingestelde ATM-capaciteit (ook wel VP genaamd) tussen de DSLAM en het regionale (of nationale) uitkoppelpunt. Deze uniforme wijze van instellen en schakelen van de ATM-VC dient, op basis van non-discriminatie, ook ter beschikking gesteld te worden aan TISCALI, als onderdeel van het aanbod bitstroomtoegang.

Koppelen op LAP

²⁷ Deze methode wordt Unspecified Bitrate (UBR) genoemd.

167. Het koppelen op een LAP is geen onderdeel van de bitstroomtoegang ten behoeve van *ADSL van KPN*. Verder is het verzoek hierom naar het oordeel van het college niet redelijk. Hiervoor zou KPN in de betreffende nummercentrale locaties een aparte ATM-centrale dienen te installeren om het bitstroomtoegang-verkeer van de eindgebruikers van TISCALI op dit niveau af te splitsen. Een andere mogelijkheid zou zijn dat KPN voor TISCALI in elke nummercentrale een aparte DSLAM dient te installeren. Beide oplossingen lijken voornamelijk geen netwerk-efficiënte oplossing. Daarnaast bestaan er voor TISCALI voldoende mogelijkheden om zelf een koppeling op een LAP tegen dezelfde dan wel betere (efficiëntere) condities te realiseren. Het college wijst dit onderdeel van het verzoek van TISCALI dan ook af.

Koppelen op RAP

168. De bitstroomtoegangsdienst zoals KPN deze aan zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN* omvat de door TISCALI gevraagde functionaliteit om op alle 14 regionale uitkoppelpunten te kunnen koppelen. Derhalve wijst het college dit onderdeel van het verzoek van TISCALI toe.

Koppelen op NAP

169. Het Aanbod bitstroomtoegang voorziet in de mogelijkheid om op 4 regionale koppelpunten uit te koppelen (de nationale RAP's genaamd). Het college is van oordeel dat het verzoek van TISCALI om op één enkel NAP heel Nederland aan te sluiten via de dienst bitstroomtoegang niet redelijk is. Er bestaan namelijk voldoende alternatieven voor TISCALI om van de 4 nationale RAP's verbindingen (te laten) aanleggen naar een centrale locatie. Derhalve wijst het college dit onderdeel van het verzoek van TISCALI af.

Redelijkheid van het verzoek

170. Naar het oordeel van het college is de redelijkheid van een verzoek reeds gegeven wanneer KPN zichzelf de gevraagde bijzondere toegangsdienst levert. Zulks volgt tevens uit de Verordening 2887/2000 van de EC. Wellicht ten overvloede zal het college in het onderstaande de redelijkheid van het verzoek van TISCALI en de argumenten van KPN ter zake beoordelen.

171. Analoog aan hetgeen in Verordening 2887/2000 is bepaald, impliceert een redelijk verzoek dat de toegang noodzakelijk is voor het verlenen van de diensten van de ontvanger en dat de afwijzing daarvan de concurrentie verhindert, beperkt of verstoort. Een dergelijk verzoek kan alleen worden afgewezen op grond van objectieve criteria die betrekking hebben op de technische haalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven. Volgens TISCALI heeft zij de gevraagde bitstroomtoegangsdienst nodig om op de telecommunicatiemarkt te concurreren met vooral *ADSL van KPN*. KPN is daarentegen van mening dat deze noodzaak niet bestaat omdat de breedbandmarkt reeds concurrerend is en er voor TISCALI voldoende alternatieven zijn. TISCALI kan volgens KPN de gevraagde bitstroomtoegangsdienst van andere aanbieders afnemen en/of een eigen DSL-netwerk realiseren. Tot slot stelt KPN dat TISCALI als agent van KPN wel *ADSL van KPN* kan aanbieden.

172. Naar het oordeel van het college heeft TISCALI de gevraagde bitstroomtoegangsdienst wel van KPN nodig om haar diensten aan eindgebruikers aan te kunnen bieden, en wordt de concurrentie verhindert en beperkt wanneer KPN dit verzoek afwijst. De argumenten van KPN treffen geen doel. Hiertoe overweegt het college het volgende.

173. KPN is aangewezen als aanbieder met AMM op het vaste openbare telefoonnetwerk en levert de gevraagde bitstroomtoegangsdienst aan zichzelf. KPN heeft via haar aansluitnetwerk, dat het gehele grondgebied van Nederland bestrijkt, toegang tot de eindgebruikers. Op grond van artikel 6.9 Tw is KPN in die hoedanigheid verplicht te voldoen aan alle redelijke verzoeken om bitstroomtoegang en dient zij deze toegang onder non-discriminatoire voorwaarden en kostengeoriënteerde en transparante tarieven te verlenen. Het doel van de verplichtingen welke aan KPN zijn opgelegd is het creëren van een gelijk speelveld. Momenteel is daar geen sprake van. Immers, KPN beschikt als gevolg van haar vroegere exclusieve recht over een dominante positie op de lokale toegangsmarkt in geheel Nederland. Voor nieuwe aanbieders is het economisch niet haalbaar om deze infrastructuur volledig en binnen een redelijke tijd te dupliceren. De door TISCALI gevraagde bitstroomtoegangsdienst stelt haar in staat om met KPN de concurrentie aan te gaan. Het afwijzen van het verzoek beperkt de concurrentie. bitstroomtoegang zoals gevraagd door TISCALI dient haar in staat te stellen de concurrentie met KPN op de lokale toegangsmarkt en diensten die daarmee samenhangen aan te gaan. KPN haalt in haar zienswijze de overweging van het college in randnummer 44 van de beslissing op bezwaar van 22 januari 2003 dan ook volledig uit zijn verband. Overigens zijn de overwegingen van het college in dat besluit, zoals ook daarin is aangegeven, slechts aan te merken als aanvullingen op hetgeen hij terzake reeds in het besluit in primo heeft bepaald. Het college volstaat dan ook met een verwijzing naar laatstgenoemd besluit. Indien KPN de bitstroomtoegangsdienst weigert, dan zal daardoor de concurrentie worden beperkt.

174. Het verweer van KPN dat TISCALI een alternatieve mogelijkheid heeft om haar diensten aan te bieden via de kabel faalt. Voor wat betreft kabel is er geen toegangsverplichting op te leggen op basis van de huidige wetgeving. De wetgever heeft aan de aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (zijnde KPN) wel de verplichting opgelegd om toegang te verlenen. De redelijkheid van het verzoek wordt niet slechts bepaald door de vraag of TISCALI op andere wijze dan via bijzondere toegang tot het netwerk van KPN de bitstroomtoegangsdiensten kan realiseren. Allereerst geldt dat zodra KPN zichzelf bitstroomtoegang verleent, zij als aanbieder met AMM op basis van het non-discriminatiebeginsel deze toegang ook aan TISCALI dient te verlenen. Deze verplichting rust niet op andere aanbieders. Dat TISCALI de gevraagde bitstroomtoegang van een ander dan KPN *zou kunnen* afnemen, hetgeen het college overigens betwijfelt, impliceert niet dat TISCALI deze vorm van toegang ook daadwerkelijk en onder redelijke voorwaarden kan afnemen. Om die reden is op Europees niveau dan ook bepaald dat lidstaten ten minste één organisatie aanwijzen die verplicht is om aan redelijke verzoeken om bijzondere toegang te voldoen door die toegang te verlenen. In Nederland is dit KPN.

175. Verder wordt de noodzaak om de gevraagde bitstroomtoegang bij KPN te kunnen afnemen vergroot doordat de voorwaarden, met name de prijs, waaronder andere aanbieders bitstroomtoegang aanbieden een drempel voor TISCALI kunnen vormen om te kunnen concurreren. Door de verplichting tot non-discriminatoire toegang voor KPN kan TISCALI onder gelijke voorwaarden met haar concurreren en wordt een gelijk speelveld op de DSL-markt daadwerkelijk bevorderd. Bitstroomtoegang zoals KPN dat zichzelf ten behoeve van *ADSL van KPN* levert is dan ook voor TISCALI noodzakelijk om met KPN te kunnen concurreren en wel onder gelijke non-discriminatoire voorwaarden.

176. Ten aanzien van het 'bouwen van een eigen landelijke DSL-infrastructuur' door TISCALI

[REDACTED]. KPN heeft hier, vanwege haar wijdverbreide telefoonnetwerk en het feit dat zij daarover reeds geruime tijd ook DSL-diensten levert, al een aanzienlijke voorsprong en beschikt uit hoofde van haar dominante positie op de lokale toegangsmarkt over bevoorrechte toegang tot de eindgebruikers. Bovendien heeft KPN een aanzienlijke marktvoorsprong opgebouwd in een fase dat zij als enige aanbieder ASL²⁸ kon leveren. Daarenboven is gebleken dat voor de recente uitrol van *ADSL van KPN* zij gebruik gemaakt heeft van een gedeelte van de infrastructuur van *BSA van KPN*. Ook dit is niet mogelijk voor TISCALI.

177. Het argument dat TISCALI als agent van KPN reeds *ADSL van KPN* kan verkopen treft geen doel. Immers, het is en blijft een eindgebruikersdienst van KPN. TISCALI dient daarvoor FIA (als integraal onderdeel van verkoop *ADSL van KPN*) af te nemen. De tarieven voor FIA en de tarieven voor *ADSL van KPN* worden door KPN gedicteerd. Momenteel is het voor aanbieders niet mogelijk bij KPN een wholesale dienst *ADSL van KPN* in te kopen. Ook is het niet mogelijk exclusiviteit op de *ADSL van KPN* dienst te verkrijgen (per eindgebruiker). Met andere woorden, TISCALI is afhankelijk van KPN en bouwt met de verkoop van *ADSL van KPN* geen eigen dienst en klantenbestand op.

178. Het verzoek van TISCALI kan naar het oordeel van het college ook niet worden afgewezen op basis van objectieve criteria met betrekking tot de technische haalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven. Immers, KPN levert zichzelf de gevraagde bitstroomtoegangsdienst. Ook heeft het college in het bovenstaande aangegeven dat er verschillende mogelijkheden zijn om de gevraagde bitstroomtoegangsdienst aan TISCALI te leveren welke alle technisch realiseerbaar zijn. Ten overvloede merkt het college nog op dat KPN terzake geen enkel tegenargument heeft aangevoerd.

179. Weigering van de gevraagde bitstroomtoegangsdienst leidt er voor TISCALI toe dat de toegang tot de eindgebruikers teneinde haar consumentendiensten aan te kunnen bieden onmogelijk of in aanzienlijke mate en onvermijdelijk oneconomisch wordt. TISCALI kan het aansluiten van de te bereiken eindgebruikers op de eigen infrastructuur of via alternatieve infrastructuur niet op een economisch verantwoorde wijze realiseren.

²⁸ Zie besluit BabyXL-KPN (OPTA/IBT/2001/202834).

180. Gelet op het bovenstaande komt het college tot de volgende conclusie. Het college wijst het verzoek van TISCALI toe daar waar dit betrekking heeft op de levering van de bitstroomtoegangsdienst inclusief de functionaliteiten zoals KPN deze aan zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN*. Immers, KPN dient op grond van artikel 6.9 jo. 6.5 Tw aan TISCALI de verzochte bijzondere toegang te verstrekken met inachtneming van het non-discriminatiebeginsel. Aangezien KPN zichzelf de gevraagde dienst levert is de redelijkheid van het verzoek van TISCALI aangetoond. Ook overigens zijn er geen redenen om aan te nemen dat een dergelijk verzoek niet redelijk is.

181. Gezien het voorgaande wijst het college het verzoek van TISCALI om KPN te verplichten een aanbod te doen toe. In het onderstaande zal het college aangeven waaruit het aanbod gelet op de non-discriminatie minimaal dient te bestaan en binnen welke termijn KPN dit aanbod dient te doen.

Het aanbod dat KPN dient te doen aan TISCALI (hierna: het Aanbod bitstroomtoegang)

182. Het Aanbod bitstroomtoegang dat KPN aan TISCALI dient te doen dient minimaal de functionaliteiten te bevatten welke KPN zichzelf levert, zoals door het college op hoofdlijnen in onderhavig besluit is beschreven.

183. Daarenboven dient het aanbod afneembaar te zijn en dient het aanbod te voldoen aan de eisen van de Tw. De structuur van het huidige aanbod *BSA van KPN* vormt naar het oordeel van het college een uitstekende basis voor het samenstellen van de noodzakelijke elementen van het Aanbod bitstroomtoegang.

184. Verder dient het Aanbod bitstroomtoegang te voldoen aan alle vereisten uit de Tw. Ondermeer dient de interconnectie tussen de netwerken van TISCALI en KPN op een zo efficiënt mogelijke wijze tot stand te worden gebracht. Hiervoor dient zoveel mogelijk gebruik te kunnen worden gemaakt van de door TISCALI reeds afgenomen faciliteiten van (andere) interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten (zoals collocatie, tiecables, etc).

185. De termijn die TISCALI verzoekt voor het doen van een aanbod bedraagt 10 werkdagen. Een dergelijke termijn is naar het oordeel van het college onredelijk kort. KPN dient namelijk een aanbod te doen dat afneembaar is. Dit houdt in dat KPN in de gelegenheid dient te zijn om de impact, ten gevolge van de mogelijke aanpassingen die zij moet doen in de infrastructuur en de verschillende ondersteunende systemen, binnen deze termijn te analyseren. KPN dient op basis van deze analyse een datum af te kunnen geven aan TISCALI, als onderdeel van het aanbod waarop de dienst afneembaar kan zijn. Voor het uitvoeren van deze analyse en het samenstellen van een aanbod acht het college een termijn van 3 weken redelijk.

186. KPN dient aldus zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen 3 weken na dagtekening van dit besluit het Aanbod bitstroomtoegang te doen aan TISCALI.

F Beoordeling Tarieven Bitstroomtoegang

Thans geen EDC

187. Zoals in randnummer 72 door het college wordt geconcludeerd betreft de functionaliteit die gebruikt wordt voor de internet toegangsdienst *ADSL van KPN* een vorm van bitstroomtoegang. Deze dienst wordt door het college beschouwd als een vorm van bijzondere toegang tot het telefoonnetwerk van KPN. Derhalve dienen op basis van art. 6.6 Tw, juncto 6.9 Tw, de tarieven kostengeoriënteerd te zijn. Het college zal in dit geschil het tarief dat geldt als regel vaststellen tussen partijen. In een later stadium zal een tarief worden beoordeeld volgens de reguliere EDC²⁹-systematiek. Vaststelling volgens deze systematiek is in het kader van de geschilbeslechting niet mogelijk gebleken. Ondanks herhaalde pogingen van het college om toch enige mate van inzicht te verkrijgen in de kosten van de dienst bitstroomtoegang die KPN zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN* is dit niet gelukt. KPN heeft als reden voor het niet opleveren van de gevraagde informatie over de kosten van de dienst *ADSL van KPN* gesteld dat het college nimmer heeft vastgesteld in een besluit dat de dienst die KPN zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN* een vorm van bitstroomtoegang is. Het is het college inderdaad pas tijdens de hoorzitting geheel duidelijk geworden dat een dergelijke dienst een vorm van bitstroomtoegang is en op welke wijze KPN een dergelijke dienst realiseert.

188. Het college heeft in het onderhavige besluit voor de vaststelling van het tarief gekozen voor een zogenaamde 'retail-minus' methode, teneinde andere aanbieders op redelijke voorwaarden toegang tot deze markt te geven. Retail minus garandeert immers een bepaalde ruimte om te concurreren op tarief.

189. Zoals gezegd zullen de tarieven voor de dienst bitstroomtoegang (zoals te leveren door KPN aan TISCALI) op basis van de EDC-systematiek door het college op kostenoriëntatie worden beoordeeld. Deze beoordeling zal worden gebaseerd op een volledige kostenopgave van KPN op basis van een door de accountant van KPN geautoriseerde EDC-rapportage. Hier dient tevens een meerjaren-venster te worden gevoegd ten behoeve van verwachte afzet (lijnen en capaciteit), geografische afzetverdeling en daaraan gerelateerde investeringen en operationele kosten.

190. Een dergelijke EDC-rapportage dient door KPN te worden geleverd maximaal 8 weken na dagtekening van dit besluit. Het college is voornemens de nieuwe kostengeoriënteerde tarieven op 1 oktober 2003 vast te stellen.

Waarom is BSA van KPN en bijbehorende EDC-rapportage niet te gebruiken?

191. De dienst *BSA van KPN*, die specifiek is ontworpen voor de grootzakelijke markt, is echter niet de dienst waarvoor het college de tarieven dient vast te stellen in dit onderhavige geschil. De dienst *BSA van KPN* betreft een andere dienst op een andere markt, een andere functionaliteit, een andere realisatie (zowel qua netwerk als qua OSS) en aanzienlijk andere markt volumes³⁰. Hetgeen het college inzake de kostenoriëntatie van het tarief voor deze dienst eerder heeft gezegd, is daarom niet toepasselijk in het kader van het onderhavige geschil. Ook de EDC-rapportage die KPN heeft opgeleverd ten behoeve van de beoordeling van het tarief voor de dienst *BSA van KPN* is dus niet te gebruiken in dit besluit.

²⁹ Embedded Direct Costing

³⁰

Retail-minus

Retail-minus methode

192. Retail-minus is een eenvoudige methode om op kosten georiënteerde tarieven vast te stellen. Kort gezegd werkt deze methode als volgt. Van het eindgebruikerstarief dat de verticaal geïntegreerde aanbieder hanteert, wordt een bepaald deel afgetrokken dat een redelijke marge tussen wholesale en retailtarieven representeert (de minus).

193. Gezien het losse verband tussen de tarieven en onderliggende kosten in deze abstracte methode, ligt het voor de hand deze vooral tijdelijk toe te passen. Retail minus leent zich wel goed tijdens het ontstaan en het ontwikkelen van een nieuwe markt, omdat deze methode in beginsel de ruimte garandeert voor andere aanbieders om te concurreren op het eindgebruikerstarief.

194. Het gebruik van een retail-minus methode als middel om (tijdelijk) de tarieven vast te stellen is praktisch gezien ook de gebruikte methode bij het vaststellen van de tarieven voor de huidige dienst *BSA van KPN*. Ook hier is het criterium geweest dat er voldoende ruimte diende te bestaan tussen in dat geval de retail dienst *Ecapacity* en de wholesaledienst *BSA van KPN*. Het vaststellen van de tarieven voor de dienst bitstroomtoegang op basis van een retail-minus methode wordt ook in een aantal andere Europese landen³¹ gehanteerd.

195. Een retail-minus methode is in beginsel een mildere vorm van het beoordelen van tarieven dan andere methodes, zoals bijvoorbeeld EDC of (BU)LRIC. Voorwaarde hierbij is wel dat de retaildiensten door de aanbieder met aanmerkelijke marktmacht niet onder de kostprijs worden aangeboden. Het college gaat hiervan dan ook uit bij de tarieven die gelden voor de dienst *ADSL van KPN* en de dienst *FIA*.

Retail

196. Bij de retail-minus methode dienen dus grofweg twee grootheden bepaald te worden: het retail-tarief en de minus. Voor het bepalen van het retail tarief heeft het college besloten de dienst *ADSL van KPN* in combinatie met de dienst *FIA* te beschouwen. De keuze voor deze combinatie van diensten ligt voor de hand. Het betreft namelijk de dienst-combinatie waarmee KPN momenteel zelf een breedband internet toegangsdienst in de markt heeft staan die vergelijkbaar is met de dienst die *TISCALI* in de markt wil zetten.

197. Zoals in figuur 1 schematisch is weergegeven bestaat het totale aanbod voor de toegang tot de ISP uit de combinatie van *ADSL van KPN* met *FIA*. Deze twee onderdelen van de toegang tot de ISP zijn apart geprijsd en worden door verschillende partijen betaald. *ADSL van KPN* is een (consumenten) retail product en wordt betaald door de eindgebruiker; *FIA* betreft een wholesaleproduct en wordt betaald door de ISP.

198. KPN biedt op dit moment met *ADSL van KPN* drie specifieke producten in de markt aan, te weten Lite, Basic en Extra. De dienst *ADSL van KPN* wordt altijd gecombineerd afgenomen met de dienst *FIA*. De dienst *ADSL van KPN* wordt geleverd aan en afgerekend met de eindgebruiker. De dienst *FIA* wordt geleverd aan en afgerekend met de ISP, in dit geval *TISCALI*. De dienst *ADSL van KPN* bestaat uit drie aanbiedingsvormen³² met onderstaande eindgebruikers tarieven:

| Tabel 4: Tarieven <i>ADSL van KPN</i> | | | | |
|---------------------------------------|-----------------|-----------|-----------|-----------|
| <i>ADSL van</i> | Prijs per maand | Prijs per | Eenmalige | Eenmalige |

³¹ Ondermeer Italië, Verenigd Koninkrijk en Frankrijk

³² Afkomstig van www.kpn.com /ADSL (d.d. 27 maart 2003) en Bijlage 1 bij de Mantelovereenkomst voor Fast IP Access en Mxstream: overeenkomst Fast IP Access.

| <i>KPN</i> | (incl BTW) | maand (excl BTW) | vergoeding (incl BTW) | vergoeding (excl BTW) |
|------------|------------|---------------------|--------------------------|--------------------------|
| Lite | € 19,95 | € 16,76 | € 74,95 | € 62,98 |
| Basic | € 27,95 | € 23,49 | € 74,95 | € 62,98 |
| Extra | € 33,95 | € 28,53 | € 74,95 | € 62,98 |

199. De dienst FIA³³ bestaat uit het volgende aanbod:

| Tabel 5: Fast IP Access (FIA) tarieven | | | | |
|--|-----------------------------|----------------------|----------------------|--------------------------------------|
| FIA (per lijn) | | | FIA extra capaciteit | |
| | Tarief per maand (excl BTW) | FIA-vaste capaciteit | Extra capaciteit | Tarief per Mbps per maand (excl BTW) |
| Lite | ■ | ■ | ■ | ■ |
| Basic | ■ | ■ | ■ | ■ |
| Extra | ■ | ■ | ■ | ■ |

200. Zoals in tabel 5 is aangegeven bestaat het FIA-aanbod uit een vast tarief per lijn, welke behoort bij een vaste ingeschatte capaciteit. Bijvoorbeeld voor Lite betreft het tarief € ■ per maand voor een ingeschatte capaciteit van ■ kbps per Lite-gebruiker. Het tarief voor de vaste FIA-capaciteit kan ook worden uitgedrukt in een prijs per kbps. Deze is voor alle snelheden nagenoeg gelijk en bedraagt naar boven afgerond € ■ per kbps. Daarnaast kan de ISP extra capaciteit bijkopen op het FIA-netwerk voor alle aangesloten *ADSL van KPN*-aansluitingen. De FIA-tarieven voor het verkrijgen van extra capaciteit uit bestaan uit een tarief per Mbps per maand en de hoogte van dit tarief is afhankelijk van de hoeveelheid extra capaciteit.

201. Voor het bepalen van welk gedeelte van de dienst FIA behoort bij bitstroomtoegang en welk gedeelte niet behoort bij bitstroomtoegang heeft het college de volgende, in zijn ogen best mogelijke tijdelijke benadering gekozen, gegeven het ontbreken van een gedetailleerde kostenrapportage.

202. Om een tarief vast te stellen voor de dienst bitstroomtoegang is het noodzakelijk het totale FIA-tarief (per lijn) te splitsen in een bitstroomtoegang-gedeelte en een niet-bitstroomtoegang gedeelte. Het niet bitstroomtoegang-gedeelte komt overeen met het transporteren van het internetverkeer over het IP-netwerk van KPN. Het bitstroomtoegang-gedeelte bestaat uit het transporteren van het ATM-verkeer van de DSLAM naar het uitkoppelpunt op het IP-netwerk in de regionale verkeerscentrales van KPN.

203. Voor het bepalen van de splitsing is het college uitgegaan van de veronderstelling dat het FIA-tarief voor het uitbreiden van de capaciteit slechts betrekking heeft op het transporteren van het internet-verkeer over het IP-netwerk van KPN.

204. Op basis van de geldende FIA-tarieven voor extra capaciteit (zoals weergegeven in tabel 5) heeft het college niet-bitstroomtoegang deel van het FIA-tarief per lijn afgeleid. Hiervoor dient een tarief per kbps te worden gekozen. Het college heeft hiervoor de tarieven gekozen die behoren bij meer dan ■ ■³⁴ per kpbs per maand). Uitgangspunt bij de keuze hiervoor is dat er redelijkerwijs vanuit kan worden gegaan dat de totale vaste transportcapaciteit van het internet-verkeer van alle aangesloten eindgebruikers meer dan ■ bedraagt.

³³ Afkomstig uit Bijlage 1 bij de Mantelovereenkomst voor Fast IP Access en Mxstream: overeenkomst Fast IP Access.

³⁴ Afgerond op hele eurocenten

205. Op basis van de resultaten van randnummers 200 en 204 bedraagt het tariefdeel dat behoort bij bitstroomtoegang van het totale FIA-tarief per lijn: € ■■■ per kbps per maand, namelijk € ■■■ minus € ■■■.

206. Dit levert het volgende overzicht op voor de splitsing van het totale FIA tarieven per lijn over het bitstroomtoegang-deel en het niet bitstroomtoegang-deel:

| Tabel 7: Opsplitsing totale FIA tarief per lijn over bitstroomtoegang en niet-bitstroomtoegang deel | | | | | | |
|---|--------------------------|-------------------------|---------------------------|--|-------------------------------------|------------------------------------|
| | FIA per lijn (per maand) | Vaste capaciteit (kbps) | FIA per lijn (kbps/maand) | Niet-bitstroom toegang deel (kbps/maand) | Bitstroom Toegang deel (kbps/maand) | Bitstroom Toegang deel (per maand) |
| Lite | | | | | | € 1,62 |
| Basic | | | | | | € 3,96 |
| Extra | | | | | | € 10,44 |

De Minus

207. Voor het vaststellen van de minus heeft het college voor de meest eenvoudige en voor de hand liggende optie gekozen. In het kader van de beoordeling van eindgebruikerstarieven van KPN wordt bij de met de Nma ontwikkelde toets op “price-squeeze” een forfaitair percentage gehanteerd voor de retailopslag. Dit percentage is een verdeling van alle retailkosten die KPN maakt over alle retaildiensten die zij verleent. Een verdeling van deze kosten naar rato van inspanningen die voor een bepaalde dienst worden geleverd wordt niet goed mogelijk geacht. Hoewel het desbetreffende percentage is vastgesteld voor spraaktarieven, zijn de kosten die daarbij worden gehanteerd niet zodanig specifiek dat er een onderscheid tussen spraakdiensten en datadiensten voor de hand ligt. Het percentage voor de retailopslag van KPN dat hier wordt gehanteerd is daarom ook, evenals bij de spraakdiensten, 23 %.

208. Het college is in dit verband van oordeel dat de dienst FIA een wholesaledienst is en dat het bijbehorende tarief dan ook een wholesaletarief is. De dienst wordt dan ook niet geleverd aan eindgebruikers, maar slechts aan ISP's. Voor een dergelijk wholesaletarief dient daarom geen minus te worden bepaald.

209. Daarnaast is het college van oordeel dat *ADSL van KPN* een retaildienst is en dat de *ADSL van KPN*-tarieven dus ook retailtarieven zijn. Teneinde een wholesaletarief voor de onderliggende dienst(en) aan *ADSL van KPN* te bepalen, is het college van oordeel dat de minus van 23 % op dit tarief moet worden toegepast.

210. Een eventuele winstmarge in het huidige *ADSL van KPN* wordt buiten beschouwing gelaten. Slechts de retail-opslag wordt gehanteerd bij het bepalen van de retail-minus.

Tarieven

211. De vermelde berekenwijze in randnummers 207 tot 210 alsmede het reeds berekende bitstroom-deel van FIA in randnummer 206 leidt tot de volgende tariefsberekening voor bitstroomtoegang.

| Tabel 8: Bitstroomtoegang tarieven opbouw | | | | |
|---|-------------------------------------|-------------------------------------|----------------------------|-------------------------------------|
| Eindgebruikers Snelheden (up/down) | <i>ADSL van KPN Retail</i> (ex BTW) | <i>ADSL van KPN</i> (minus van 23%) | Bitstroom toegang deel FIA | Totaal bitstroom toegang (excl BTW) |
| Lite (64kbps/256kbps) | € 16,76 | € 13,63 | € 1,62 | € 15,25 |

| | | | | |
|----------------------------|---------|---------|---------|---------|
| Basic (128 kbps/768kbps) | € 23,49 | € 19,10 | € 3,96 | € 23,06 |
| Extra (256 kbps/1536 kbps) | € 28,53 | € 23,20 | € 10,44 | € 33,64 |

212. De in de laatste kolom van tabel 8 vermelde tarieven zijn van toepassing op een bitstroomtoegangsdienst waarbij wordt uitgekoppeld op een van de 14 regionale uitkoppelpunten, en de nummercentrale van de eindgebruikers direct gekoppeld is aan dit regionale uitkoppelpunt. Het betreft hier namelijk een bitstroomtoegangsdienst die KPN zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN* en hierbij wordt uitgekoppeld op 14 regionale uitkoppelpunten. Deze tarieven voor bitstroomtoegang worden hierna de regionale bitstroomtoegang-tarieven genoemd.

213. Naast de regionale bitstroomtoegang-tarieven dienen er ook tarieven te worden vastgesteld voor het uitkoppelen op de vier nationale uitkoppelpunten. Dit betreft het bitstroomtoegang-verkeer van eindgebruikers waarvan de nummercentrale niet direct verbonden is met het regionale uitkoppelpunt, maar die via een andere regionale centrale wordt doorverbonden met een van de vier Randstad uitkoppelpunten³⁵. Deze tarieven worden hierna de nationale³⁶ bitstroomtoegang-tarieven genoemd. Ook deze vorm van uitkoppeling levert KPN zichzelf ten behoeve van *ADSL van KPN*.

214. Binnen het huidige aanbod *BSA van KPN* geldt een vergelijkbare tariefstructuur, namelijk het tarief voor Randstad-locaties versus de tarieven voor niet-Randstad locaties. Voor de niet-randstad locaties geldt een opslag van 10% op de maandelijkse vergoedingen bovenop de tarieven voor de Randstad-locaties. Dit percentage dient naar de mening van het college als beste mogelijke benadering voor de opslag op de regionale bitstroomtoegang-tarieven ter bepaling van de nationale tarieven bitstroomtoegang.

215. Op basis van de opslag bepaald in randnummer 214 en de reeds vastgestelde regionale bitstroomtoegang-tarieven zijn in de volgende tabel de regionale en nationale tarieven voor bitstroomtoegang samengevat.

| Tabel 9: Regionale en nationale tarieven bitstroomtoegang | | |
|---|---|---|
| Snelheid Upstream/Downstream | Regionale tarief bitstroomtoegang (per maand) | Nationale tarief bitstroomtoegang (per maand) |
| 64 kbps / 256 kbps | € 15,25 | € 16,78 |
| 128 kbps / 768 kbps | € 23,06 | € 25,37 |
| 256 kbps / 1536 kbps | € 33,64 | € 37,00 |

216. Eenmalige tarieven bitstroomtoegang

Wat betreft het eenmalige tarief per lijn voor de dienst bitstroomtoegang is het college van mening dat het geldende tarief *ADSL van KPN* thans volstaat, als onderdeel van de vastgestelde tijdelijke tarieven voor het bitstroomtoegang-aanbod. Dit tarief bedraagt € 74,95 (incl BTW) ofwel € 62,98 (excl BTW).

³⁵ Dit worden binnen het huidige aanbod de Randstad EVKC's genoemd. Het betreft 4 EVKC's (Den Haag, Rotterdam, Amsterdam en Utrecht).

³⁶ De term nationaal refereert in dit kader aan de mogelijkheid om op 4 'nationale' locaties de dienst bitstroomtoegang af te nemen. Het betreft echter niet de mogelijkheid om alle eindgebruikers op slechts één bitstroomtoegang-uitkoppelpunt te kunnen aansluiten.. Als TISCALI met behulp van de dienst bitstroomtoegang landelijke dekking wil hebben dan dient TISCALI op minimaal 4 bitstroomtoegang-uitkoppelpunten de dienst bitstroomtoegang af te nemen.

217. Overzicht van de tarieven bitstroomtoegang

| Tabel 10: Tarieven bitstroomtoegang | | | |
|-------------------------------------|---|---|-------------------------|
| Snelheid Upstream/Downstream | Regionale tarief bitstroomtoegang (per maand) | Nationale tarief bitstroomtoegang (per maand) | Eenmalige vergoeding |
| 64 kbps / 256 kbps | € 15,25 | € 16,78 | € 62,98 |
| 128 kbps / 768 kbps | € 23,06 | € 25,37 | € 62,98 |
| 256 kbps / 1536 kbps | € 33,64 | € 37,00 | € 62,98 |

Bijkomende tarieven

218. Aansluitkosten voor koppelen ISP

De bitstroomtoegangsdienst die KPN dient te leveren aan TISCALI bevat hetzelfde type aansluiting, als geleverd wordt binnen het bestaande *BSA van KPN*, voor het aansluiten van de ISP op de dienst *BSA van KPN*. Hiervoor wordt een 155Mb ATM-poort ter beschikking gesteld door KPN, die via een glaskoppeling (ook wel Tiecable genaamd) kan worden gekoppeld met de apparatuur van TISCALI. Een zelfde type aansluiting is onderdeel van de dienst die KPN dient te leveren in onderhavig geschil.

Het college is van oordeel dat hiervoor overeenkomstige tarieven dienen te gelden als in het huidige aanbod *BSA van KPN*.

219. Eenmalige kosten aansluiten TISCALI op de dienst bitstroomtoegang

In het huidige aanbod *BSA van KPN* en ook voor de dienst FIA hanteert KPN een eenmalige vergoeding voor het aansluiten van de klant op de dienst. Deze eenmalige vergoeding bedraagt voor beide diensten ongeveer € 80.000. In het specifieke geval van FIA voor TISCALI is deze [REDACTED]³⁷, mede vanwege de deelname van TISCALI aan de pilot FIA. Naar het oordeel van het college is het niet redelijk dat KPN in deze specifieke geschil situatie alsnog een eenmalige vergoeding vraagt aan TISCALI voor de levering van de (nieuwe) dienst bitstroomtoegang. Het betreft hier namelijk een situatie waarbij TISCALI gedwongen was te kiezen voor de afname van FIA, omdat KPN geen bitstroomtoegangsdienst ter beschikking wilde stellen, die zij wel aan zichzelf ter beschikking stelde.

220. De kosten die mogelijk voortkomen uit de realisatie van het aanbod bitstroomtoegang voor TISCALI zullen in de beoordeling van de tarieven op basis van de EDC-systematiek volgens het vigerende beleid van het college worden toegerekend aan de dienst bitstroomtoegang.

G Vaststellen van een compensatie-regeling

221. Het college is van oordeel dat de situatie waarbij KPN zichzelf de dienst bitstroomtoegang ter beschikking stelt maar deze niet ter beschikking stelt aan andere aanbieders, in strijd is met het non-discriminatiebeginsel. Deze discriminatoire situatie dient naar het oordeel van het college in beginsel direct te worden beëindigd.

³⁷ Zie Mantelovereenkomst voor FAST IP Access en Mxstream, d.d. 2 mei 2002, bijlage 1 annex C tarievenlijst

222. Het onderhavige besluit impliceert dat KPN een aanbod dient te doen aan TISCALI. De termijn voor het realiseren van de noodzakelijke aanpassingen in de infrastructuur van KPN, de aanpassingen in systemen en processen ten behoeve van de klantprocessen (zoals levering, service, facturering en service) zijn door het college niet op voorhand te bepalen. De wijze waarop KPN zichzelf de bitstroomtoegangsdienst levert is volledig door KPN geïntegreerd in de dienstrealisatie van de eindgebruikersdienst *ADSL van KPN*. Het geschikt maken hiervan voor de wholesale-levering aan andere aanbieders, dan wel het geschikt maken van de *BSA van KPN* infra- en beheerstructuur voor het leveren van de aan te bieden dienst bitstroomtoegang, zal naar verwacht mag worden een zekere tijd in beslag nemen. KPN geeft ondermeer in de hoorzitting aan dat het geschikt maken van de 14 regionale uitkoppelpunten pas medio 2003 gereed kan zijn.

223. Nadat een aanbod is gedaan is het gebruikelijk dat beide partijen, op basis van dit aanbod, een overeenkomst sluiten. Ook dit neemt tijd in beslag. Nadat partijen een overeenkomst hebben gesloten, dient deze overeenkomst ook geïmplementeerd te worden, bijvoorbeeld de realisatie van 14 regionale uitkoppelpunten (eventueel met de realisatie van Tiecables en collocatiefaciliteiten). Pas nadat de dienst bitstroomtoegang volledig geïmplementeerd is voor TISCALI kunnen er door TISCALI lijnen besteld worden, die dan door KPN binnen een bepaalde afgesproken levertijd worden gerealiseerd. Eerst op het desbetreffende moment, van het kunnen plaatsen van orders voor lijnen die binnen een afgesproken levertijd worden geleverd, is de discriminerende situatie daadwerkelijk weggenomen.

224. Een naar het oordeel van het college reële inschatting van de termijn tussen het besluit en een compleet gerealiseerde dienst bitstroomtoegang voor TISCALI (bijvoorbeeld op 14 regionale uitkoppelpunten) bedraagt 14 weken (hierna: de overgangstermijn). De overgangstermijn is opgebouwd uit de termijn om een aanbod te doen (3 weken), de termijn om een overeenkomst te sluiten (3 weken) en de termijn om de dienst te realiseren op 14 RAP's (8 weken).

225. Het blijven bestaan van de geconstateerde discriminatoire situatie gedurende deze overgangstermijn is naar het oordeel van het college onwenselijk. Dit mede in het licht van het spoedeisende karakter van het verzoek van TISCALI. Het oordeel van het college wordt versterkt door de huidige specifieke marktomstandigheden in de breedband internet consumentenmarkt waarin momenteel ongeveer [REDACTED] lijnen per dag worden opgeleverd voor *ADSL van KPN*. KPN zal dus ook gedurende de overgangstermijn haar concurrentievoorsprong op TISCALI aanzienlijk vergroten waarmee het nadeel van TISCALI en de schade die zij daardoor oploopt tevens wordt vergroot.

226. KPN heeft geen commercieel belang bij het snel realiseren van de dienst bitstroomtoegang voor TISCALI, een directe concurrent van KPN op de eindgebruikersmarkt. Het commercieel belang daarentegen van TISCALI is zo spoedig mogelijk op dezelfde wijze als KPN de dienst bitstroomtoegang af te kunnen nemen, teneinde met onder meer KPN te kunnen concurreren bij het aanbieden van breedbandinternet diensten op de consumentenmarkt.

227. Het college stelt vast dat, zonder aanvullende maatregelen van het college, gedurende de overgangstermijn de huidige discriminerende situatie zou blijven bestaan. De enige maatregel die de discriminatie per direct wegneemt is het stopzetten van de (interne) levering van de wholesale dienst-bitstroomtoegang ten behoeve van *ADSL van KPN*. Een dergelijk verbod houdt automatisch in het stopzetten van de levering van de eindgebruikersdienst *ADSL van KPN*. Een soortgelijke maatregel heeft het college ook genomen in het besluit LOD voor de levering van *Epacity*.

228. Een dergelijke maatregel is echter zeer ingrijpend voor KPN en is niet wenselijk wanneer er alternatieven beschikbaar zijn. Naar het oordeel van het college dient een alternatief voor TISCALI in ieder geval in te houden dat het nadelige effect van de discriminerende situatie wordt gecompenseerd. Een dergelijk alternatief kan worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid die partijen onderling in acht dienen te nemen. Bij de invulling daarvan dient bij de verplichtingen uit hoofde van de Tw te worden aangesloten. Het college stelt terzake dan ook een compensatieregeling tussen partijen vast in plaats van het nemen van meer ingrijpende maatregelen voor KPN. Dit neemt uiteraard niet weg dat het college daartoe over kan gaan wanneer daartoe aanleiding bestaat, zoals bijvoorbeeld bij niet-naleving van onderhavig besluit.

229. Uitgangspunt voor het college is dat TISCALI de mogelijkheid blijft behouden om gedurende de overgangstermijn breedbandige internet-toegang tot haar internet-diensten te realiseren op de nu geldende wijze, namelijk door als agent verkopen van de dienst *ADSL van KPN* en het gebruik van de dienst *FIA*.

230. Compensatieregeling

- a. KPN dient, indien TISCALI dit wenst, de in de overgangstermijn gerealiseerde internet-toegangslijnen kosteloos te migreren naar de dienst bitstroomtoegang, nadat de bitstroomtoegangsdienst beschikbaar is gesteld door KPN aan TISCALI.
- b. De extra maandelijkse kosten die TISCALI voor deze internet-toegang heeft moeten maken dienen door KPN maandelijks te worden gecrediteerd aan TISCALI. Hiervoor gelden de volgende bedragen:

| | | | | | Compensatie (€/maand/lijn) | |
|-------|--|--|--|--|---------------------------------|---------------------------------|
| | | | | | Compensatie bij regional access | Compensatie bij national access |
| Lite | | | | | € 5,19 | € 3,66 |
| Basic | | | | | € 9,41 | € 7,10 |
| Extra | | | | | € 18,58 | € 15,22 |

Deze compensatieregeling dient slechts als overbrugging tussen het moment van het besluit en het moment waarop de dienst bitstroomtoegang beschikbaar gesteld is aan TISCALI en daadwerkelijk afneembaar is voor TISCALI.

H OVERIG

Handhavende maatregelen afgewezen

TISCALI heeft het college tevens verzocht handhavende maatregelen te nemen. Het college gaat er voorsnog van uit dat het nemen van handhavende maatregelen niet nodig is om naleving van het besluit te verzekeren. Het college wijst daarom het verzoek van TISCALI af.

Informatieverplichting

Het college acht concurrentie op de ADSL-markt essentieel in het belang van ontwikkeling van diensten en de bescherming van de belangen van eindgebruikers. Het onderhavige besluit dient daarom naar het oordeel van het college zonder vertraging en te goeder trouw te worden uitgevoerd. Om de uitvoering te kunnen beoordelen en op tijd te kunnen bijsturen indien nodig, acht het college het noodzakelijk dat partijen het college goed informeren hierover. Het college zal daarom een specifiek informatieverplichting opnemen die voor partijen als regel heeft te gelden.

J DICTUM

Het college besluit op grond van artikel 6.9 jo 6.5 jo. 6.6 Tw als volgt:

1. het college wijst het verzoek van TISCALI om een voorlopig besluit te nemen af en neemt een definitief besluit;
2. het college wijst het verzoek van TISCALI toe aan KPN op te leggen om een aanbod te doen van de gevraagde bitstroomtoegangsdienst. KPN dient zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen 3 weken een aanbod aan TISCALI te doen dat bestaat uit de bitstroomtoegangsdienst inclusief de functionaliteiten die KPN zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN*;

3. Het college wijst het verzoek van TISCALI om een aanbod te doen voor de gevraagde bitstroomtoegangsdienst af, voor zover het functionaliteiten betreft die KPN niet aan zichzelf levert ten behoeve van *ADSL van KPN*;
4. het college wijst het verzoek om het vaststellen van kosten georiënteerde tarieven voor de gevraagde bitstroomtoegangsdienst, die in elk geval niet meer mogen bedragen dan de tarieven voor *ADSL van KPN* en FIA minus de gebruikelijke retailopslag, toe met dien verstande dat het college voornemens is kostengeoriënteerde tarieven op 1 oktober 2003 vast te stellen volgens de EDC-systematiek. Tot dat moment gelden de volgende tarieven:

| Tabel 10: Tarieven bitstroomtoegang | | | |
|-------------------------------------|--|--|-------------------------|
| Snelheid Upstream/Downstream | Regionale bitstroomtoegang tarief (per maand) | Nationale bitstroomtoegang tarief (per maand) | Eenmalige vergoeding |
| 64 kbps / 256 kbps | € 15,25 | € 16,78 | € 62,98 |
| 128 kbps / 768 kbps | € 23,06 | € 25,37 | € 62,98 |
| 256 kbps / 1536 kbps | € 33,64 | € 37,00 | € 62,98 |

5. KPN dient een volledige kostenopgave op te leveren aan het college op basis van een door de accountant van KPN geautoriseerde EDC-rapportage. Hier dient tevens een meerjaren-venster te worden gevoegd ten behoeve van verwachte afzet (lijnen en capaciteit), geografische afzetverdeling en daaraan gerelateerde investeringen en operationele kosten. Een dergelijke EDC-rapportage dient door KPN te worden geleverd maximaal 8 weken na dagtekening van dit besluit.
6. De compensatieregeling zoals vastgesteld in dit besluit in randnummer 230 geldt met ingang van 2 werkdagen nadat TISCALI schriftelijk aan KPN te kennen heeft gegeven van deze regeling gebruik te willen maken. Een afschrift hiervan dient aan het college ter beschikking te worden gesteld.
7. Het college wijst het verzoek van TISCALI om handhavende maatregelen te treffen af;
8. TISCALI en KPN dienen vanaf dagtekening van dit besluit alle correspondentie en documenten die tussen partijen worden uitgewisseld in afschrift aan het college te zenden.

Aldus besloten te 's-Gravenhage op 1 mei 2003.

HET COLLEGE VAN ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

Prof. Dr. J.C. Arnbak, voorzitter

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken, aanvangende met ingang van de dag na die waarop dit besluit is bekendgemaakt, daartegen een bezwaarschrift indienen bij de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit. Het bezwaarschrift moet worden gericht aan:

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Postbus 90240
2509 LK Den Haag

onder vermelding van 'Bezwaarschrift'. Het bezwaarschrift dient te zijn ondertekend en dient in ieder geval de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, alsmede de gronden van het bezwaar te bevatten. Zo mogelijk dient een afschrift van het besluit en de overige op het bezwaar betrekking hebbende stukken te worden meegezonden.