

Richtsnoeren aanwijzing aanmerkelijke macht op de markt

I. Inleiding

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) publiceert hierbij richtsnoeren die aangeven op welke wijze het college voornemens is invulling te geven aan zijn bevoegdheid krachtens artikel 6.4, Telecommunicatiewet om aanbieders, als bedoeld in dat artikel, aan te wijzen als aanbieders met aanmerkelijke macht op de markt (hierna ook: aanbieders met aanmerkelijke marktmacht).

2. Toepassing van het instrument ter zake van aanmerkelijke marktmacht creëert een asymmetrisch stelsel van rechten en verplichtingen tussen marktpartijen, dat tot doel heeft het ontstaan van concurrerende markten voor telecommunicatie te bevorderen.

3. De richtsnoeren moeten worden gekwalificeerd als beleidsregels in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht en zijn overeenkomstig titel 4.3, Algemene wet bestuursrecht opgesteld.

4. Het college heeft op 18 december 1998 een consultatiedocument over aanmerkelijke macht op de markt gepubliceerd. Als onderdeel van het consultatieproces is vervolgens op 12 januari 1999 een hoorzitting gehouden waarbij partijen in de gelegenheid zijn gesteld commentaar te geven op het consultatiedocument.¹

II. Verhouding ONP-richtlijnen en Telecommunicatiewet

5. Het instrument van aanmerkelijke marktmacht vindt zijn oorsprong in de ONP-regelgeving.² Aangezien de ONP-richtlijnen in de Telecommunicatiewet zijn geïmplementeerd, bepaalt primair de Telecommunicatiewet de omvang van de aanwijzingsbevoegdheid van het college. Voor zover in de Telecommunicatiewet begrippen worden gehanteerd die ruimte laten voor interpretatie en die niet door onderhavige richtsnoeren worden ingevuld, zal het college voor de uitleg van dergelijke begrippen aansluiting zoeken bij de ONP-richtlijnen.

III. Verhouding Telecommunicatiewet en algemeen mededingingsrecht

6. Toepassing van mededingingsbevorderende bepalingen in de Telecommunicatiewet moet worden onderscheiden van de toepassing van het algemene mededingingsrecht. De regelgeving ter zake van mededinging in de telecommunicatiesector wordt primair beheerst door de betreffende bepalingen uit de Telecommunicatiewet. Het algemene mededingingsrecht speelt een aanvullende rol. Achter die systematiek gaat de gedachte schuil dat als gevolg van het zeer beperkt toestaan van concurrentie in het verleden door de overheid, de marktverhoudingen in delen van de telecommunicatiemarkt dermate imperfect zijn dat toepassing van het algemene mededingingsrecht niet snel genoeg leidt tot het ontstaan van daadwerkelijke mededinging.³

7. In dat kader moet op bepaalde punten een onderscheid worden gemaakt tussen het begrip aanmerkelijke macht op de markt als bedoeld in artikel 6.4, Telecommunicatiewet en het begrip economische machtspositie in de zin van artikel 82 EG-verdrag en artikel 24, Mededingingswet. In de eerste plaats komt dat onderscheid tot uitdrukking in de afbakening van de relevante markt. De Telecommunicatiewet bakent, anders dan in het algemene mededingingsrecht, de relevante markt overeenkomstig artikel 6.4, eerste lid op voorhand af (zie daarover meer in het bijzonder paragraaf V van deze richtsnoeren). Daarnaast volgt dat onderscheid uit het feit dat de Telecommunicatiewet op voorhand de hoogte van het marktaandeel (25%) vaststelt waaraan een marktpartij in beginsel moet voldoen om aangewezen te worden als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht. In beide gevallen spelen derhalve de artikelen 82, EG-verdrag, en 24, Mededingingswet, noch de jurisprudentie dienaangaande een rol.⁴

8. Met inachtneming van het bovenstaande kan alleen in gevallen waarin de Telecommunicatiewet ruimte laat voor invulling van mededingingsrechtelijke begrippen, aansluiting worden

gezocht bij het algemene mededingingsrecht. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de toepassing van de criteria genoemd in artikel 6.4, vierde lid Telecommunicatiewet. Deze criteria vinden hun oorsprong in het algemene mededingingsrecht en worden in de ONP-regelgeving, noch in de Telecommunicatiewet ingekleurd.

9. Indien en voor zover algemene mededingingsrechtelijke begrippen worden toegepast, zal het college over de invulling die daaraan door het college moet worden gegeven overeenkomstig artikel 18.3, derde en vierde lid, Telecommunicatiewet advies aan de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit vragen.⁵

IV. Systematiek artikel 6.4 Telecommunicatiewet

10. Op grond van artikel 6.4, eerste en derde lid, Telecommunicatiewet zal het college een aanbieder met een marktaandeel van meer dan 25% in beginsel aanwijzen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht.

11. Indien een aanbieder met meer dan 25% marktaandeel van oordeel is dat de gronden genoemd in artikel 6.4, vierde lid, Telecommunicatiewet een afwijking van voornoemde hoofdregel rechtvaardigen, zal dit naar het oordeel van het college in eerste instantie door die aanbieder dienen te worden onderbouwd.

12. In geval een aanbieder over minder dan 25% marktaandeel beschikt, zal het college, indien daarvoor op voorhand voldoende en overtuigende aanwijzingen zijn, ambtshalve toetsen of het afwijken van de hoofdregel op grond van artikel 6.4, vierde lid, Telecommunicatiewet gerechtvaardigd is.

13. In de gevallen dat het college op grond van artikel 6.4, vierde lid, Telecommunicatiewet van de hoofdregel afwijkt, zal daaraan een uitvoerige motivering ten grondslag liggen.

V. Relevante productmarkt

14. Het college is van oordeel dat conform artikel 6.4, eerste en tweede lid, Telecommunicatiewet in beginsel een

onderscheid moet worden gemaakt tussen een viertal productmarkten. Het gaat om de volgende productmarkten: (1) de markt met betrekking tot de vaste openbare telefoonnetwerken of de vaste openbare telefoondiensten, (2) de markt met betrekking tot de mobiele openbare telefoonnetwerken of de mobiele openbare telefoondiensten, (3) de markt voor huurlijnen en (4) de nationale markt met betrekking tot vaste en mobiele openbare telefoondiensten tezamen.

15. Het college kan onder omstandigheden – afhankelijk van de ontwikkelingen op de verschillende productmarkten – ten aanzien van de vier bovengenoemde markten een nadere afbakening introduceren. In het bijzonder kan het college in dat verband onderscheid maken tussen enerzijds de productmarkt voor openbare telefoonnetwerken en anderzijds de productmarkt voor openbare telefoondiensten. In dat geval worden er zes productmarkten onderscheiden.

VI. Relevante geografische markt

16. Het college zal voor het vaststellen van de relevante geografische markt uitgaan van het in artikel 6.4, eerste lid, Telecommunicatiewet genoemde criterium ‘het gebied waarbinnen de aanbieders binnen Nederland actief zijn’. Dit artikel sluit in de ogen van het college niet uit dat in bepaalde situaties de marktomstandigheden aanleiding kunnen geven om aanbieders die regionaal actief zijn tot de nationale markt te rekenen.⁶

VII. Aanbieders van omroepnetwerken

17. In een ontheffingsprocedure als bedoeld in artikel 8.2, Telecommunicatiewet zal het college de criteria van artikel 6.4, vierde lid, Telecommunicatiewet toepassen overeenkomstig het in deze richtsnoeren gestelde.

VIII. Meetinstrument marktaandeel

18. Het college zal het marktaandeel van een aanbieder als bedoeld in artikel 6.4, derde lid, Telecommunicatiewet in beginsel berekenen aan de hand van het criterium omzet, nu dit criterium in de meeste situaties de mate van marktmacht adequaat weerspiegelt, alsmede aansluit bij de toepassingspraktijk in de meeste andere lidstaten van de Europese Unie, en voorts de omzet ook in het algemene

mededingingsrecht overwegend als meetinstrument wordt gehanteerd.

IX. Invulling criteria als bedoeld in artikel 6.4, vierde lid, Telecommunicatiewet

19. Het college zal, in het kader van de toetsing aan de uitzonderingsgronden als bedoeld in artikel 6.4, vierde lid, Telecommunicatiewet bij de interpretatie van de daar genoemde criteria zoveel mogelijk aansluiten bij de praktijk van het algemene mededingingsrecht. Het college zal deze criteria in onderlinge samenhang beoordelen.

20. Meer concreet wordt de volgende invulling aan deze criteria gegeven. Met nadruk wordt gesteld dat deze invulling in beginsel niet uitputtend is bedoeld. Aanvullende indicatoren kunnen derhalve bij toetsing van de criteria worden meegenomen:

a) Het vermogen om de markvoorwaarden te beïnvloeden wordt beoordeeld aan de hand van de volgende criteria: (1) het aantal concurrenten, (2) de mate van concentratie in de markt, (3) de ontwikkeling in het aantal en de omvang van concurrenten, (4) de toe- en uitredingsdrempels in de markt, (5) de drempels voor eindgebruikers om over te stappen naar een andere aanbieder, (6) de mate van verticale integratie of diversificatie, en (7) de prijsvorming in de markt.

b) Bij de omzet in de verhouding tot de markt gaat het om de omzet van de gehele onderneming ten opzichte van de omvang van de relevante markt.

c) Ter zake van de toegang tot eindgebruikers wordt enerzijds beoordeeld in hoeverre een aanbieder de mogelijkheid heeft ‘overstapdrempels’ op te werpen en anderzijds de ruimte om zelfstandig de voorwaarden van toegang op te kunnen leggen. In geval van huurlijnen kan de mate van controle over de toegang tot eindgebruikers worden bepaald aan de hand van het aantal aansluitpunten (local-end) dat de aanbieder beheert.

d) De toegang tot financiële middelen zal in ieder geval worden beoordeeld aan de hand van de kredietwaardigheid en kapitaalcrachtigheid van de betrokken aanbieder en van de groep waarvan die aanbieder eventueel deel uitmaakt.

e) De ervaring van een aanbieder wordt beoordeeld in verhouding tot andere aanbieders op de markt.

X. Toetsing

21. Het college zal de toepassing van het instrument ter zake van aanmerkelijke marktmacht beoordelen in het licht van de ontwikkelingen van de telecommunicatiemarkt.

22. Nadat het college heeft vastgesteld dat een marktpartij op grond van artikel 6.4, Telecommunicatiewet als een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht moet worden gekwalificeerd, zal het college tot aanwijzing overgaan indien het college tot het oordeel is gekomen dat hetgeen met de aanwijzing wordt beoogd – de bevordering van marktwerking – in voldoende mate kan worden bereikt.

23. Voor zover het college reeds een aanbieder conform artikel 6.4, eerste en tweede lid, Telecommunicatiewet heeft aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht, zal het college jaarlijks ambtshalve bezien of die aanwijzing moet blijven gelden.

XI. Inwerkingtreding

24. Deze richtsnoeren treden in werking met ingang van de dag na publicatie ervan in de Nederlandse Staatscourant.

*'s-Gravenhage, 6 maart 2000.
Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit,
namens het college,
J.C. Arnbak, voorzitter.*

¹ Het College heeft vanwege marktontwikkelingen reden gezien de procedure voor aanwijzing van partijen met de aanmerkelijke marktmacht op de mobiele markt af te splitsen. In het kader van de aanwijzingsprocedure van Libertel en KPN hebben verschillende marktpartijen tijdens een hoorzitting op 24 augustus 1999 hun zienswijze naar voren gebracht. Deze opmerkingen alsmede de motivering die ten grondslag ligt aan de aanwijzingsbesluiten zijn bij het opstellen van deze richtsnoeren in de overweging meegenomen.

² ONP Huurlijnrichtlijn (Richtlijn 92/44 EEG van de Raad van 5 juni 1992, PB L 165/27, 19 juni 1992), ONP Spraakrichtlijn (Richtlijn 98/10 van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997, PB L 199, 1997, p. 32) en de Interconnectierichtlijn (Richtlijn 97/33 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998, PB L 101, p. 24).

³ Tweede Kamer, 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 5-6.

⁴ Zie in vergelijkbare zin het oordeel van de Europese Commissie: ‘Determination of organisations with significant market power for implementation of the ONP-directives’, ONP-Com 98/03, 1 maart 1999, pp. 2-3.

⁵ Op basis van artikel 18.3, Telecommunicatiewet hebben OPTA en de NMA een Samenwerkingsprotocol opgesteld (Staatscourant d.d. 5 januari 1999, nr. 2).

⁶ In die zin heeft het College in zijn besluiten van 20 oktober 1999 (betreffende de aanwijzing van KPN en Libertel als aanbieders van mobiele openbare telefoonnetwerken en mobiele openbare telefoondiensten met aanmerkelijke macht op de markt) geoordeeld dat de markt voor mobiele openbare telefonie – ondanks het feit dat toentertijd niet alle mobiele marktpartijen landelijke dekking hadden – een nationale dimensie heeft.