

De postduivenmonopolist vliegt van het kastje tegen de muur

Het kort geding KPN/Staat en de bruikbaarheid van het mededingingsrecht bij de regulering van elektronische communicatienetwerken

De uitspraak in kort geding van 25 juli 2006 inzake KPN en OPTA (zie elders in dit nummer) is op het eerste gezicht een juridisch kansloze pr-oorlog tegen tarieftoezicht door OPTA, in het bijzonder de retailondergrensregulering van bundels: minimumtarieven die KPN moet hanteren voor bundels van telefonie met onder meer internettoegang en televisie. Bij nadere beschouwing blijkt het dat nog steeds te zijn, maar het is bovendien een boeiende illustratie van de regulatoire uitdagingen van technologische convergentie. Heeft de Europese wetgever met de introductie van mededingingsrechtelijke principes in het telecommunicatierecht, de eigenheid van een convergerende netwerksector miskend, of falen de Europese Commissie en de nationale telecomtoezichthouders bij de toepassing van die regels? Of is er iets anders aan de hand?

Remy Chavannes*

De uitspraak

KPN vraagt de kortgedingrechter zonder succes om OPTA en de Staat (inclusief de NMa) te verplichten haar in regulatorisch opzicht net zo te behandelen als kabelexploitanten zoals UPC, Casema en Essent Kabelcom. KPN is dan wel een oude monopolist, zo vertelt zij, maar op een markt (de telefoniemarkt) die amper meer van belang is: de houder van het monopolie op postduiven in het tijdperk van de telegraaf. Ondertussen mogen de kabelelers, ongestoord door regulering, hun monopoliewinsten op televisiepakketten aanwenden om digitale telefonie- en internetklanten voor dumprijzen weg te kapen.

Ter zitting legde de advocaat van KPN demonstratief twee stapels papier neer: een dikke stapel met marktbesluiten die over KPN gaan, en een heel dun stapeltje met marktbesluiten die over de kabelexploitanten gaan. De conclusie was dat de balans zoek was: ofwel de regels voor KPN moesten lichter, ofwel de regels voor de kabelexploitanten moesten zwaarder. Het inhoudelijke verweer van overheidszijde was dat de twee gevallen niet gelijk zijn, zodat er alle reden is voor een verschillende aanpak. Zo ver komt de voorzieningenrechter niet: KPN is bij hem aan het verkeerde adres, omdat KPN haar punten moet zien te maken (of heeft nagelaten te maken) in de verschillende bezwaar- en beroepsprocedures tegen de marktbesluiten van OPTA en besluiten (of weigeringen om besluiten te nemen) van de NMa.

Deze uitkomst is weinig verrassend, maar wel ironisch in het licht van de stelling van KPN, dat zij juist bij de kortgedingrechter aanklopte omdat zij in de verschillende individu-

ele bestuursrechtelijke procedures steeds maar een deel van haar verhaal kon doen, en juist de onevenwichtige reguleringsdruk als geheel aan de kaak wilde stellen. Die vlieger gaat niet op, want *in civilibus* moet voorshands van de juistheid van de bestuursrechtelijke besluiten worden uitgegaan, zodat KPN voor de onmogelijke taak staat te bewijzen dat de Staat en OPTA *desondanks* onrechtmatig handelen.

Waar de postduivenmonopolist dus in het bestuursrecht van het kastje naar de muur wordt gestuurd, eindigt hij bij de civiele rechter simpelweg *tegen* de muur. Dat doet pijn, maar is in dit geval terecht. Toewijzing van de vordering was namelijk zowel onnodig als onwenselijk geweest.

Toewijzing vordering niet nodig

Het moge zo zijn dat het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de telecommunicatiemarkt leidt tot versnipperde rechtsbescherming zonder totaalcontrole, vooral door de veelheid aan marktbesluiten enerzijds en de bestuursrechtelijke fixatie op het besluit- en belanghebbendebegrip anderzijds. Je kunt alleen in beroep als je belanghebbende bent, en alleen tegen iets dat als een besluit kwalificeert – en dan alleen tegen dat individuele besluit.

Dit probleem kan – en moet – echter tot op zekere hoogte binnen het bestuursrecht worden ondervangen. Als de marktanalyses namelijk geschieden volgens de regelen der kunst, zal OPTA bij de beoordeling van de machtspositie van de kabelexploitanten en de passendheid van aan hen op te leggen verplichtingen, rekening houden met de mate waarin KPN, door regulering op andere markten, een minder sterke concu-

* Mr R.D. Chavannes is advocaat te Amsterdam (Brinkhof) en redacteur van dit blad. Hij bedankt mr. R. Ludding voor zijn commentaar op een eerder concept van dit artikel.

rent voor de kabelexploitanten kan zijn op de televisiemarkt – tenminste, *als* een dergelijke koppeling economisch gezien bestaat. Met andere woorden, als KPN in haar mogelijkheden om televisieklanten te werven wordt beperkt door verplichtingen die haar op de telefoniemarkt zijn opgelegd, dan is zij op de televisiemarkt een minder geduchte concurrent voor de kabelexploitanten en zijn die laatsten dus eerder dominant, is het gevaar groter dat zij zich concurrentiebeperkend zullen gedragen en zijn dus verdergaande verplichtingen passend.

Dat KPN door verplichtingen op de telefoniemarkt beperkt wordt in haar mogelijkheden met de kabeleers te concurreren op de televisiemarkt, klinkt vergezocht maar is niet volstrekt denkbeeldig. KPN's eindgebruikerstarieven op de markt voor vaste telefonie zijn gereguleerd, zowel aan de bovengrens (om woekerprijzen te voorkomen) als aan de ondergrens (om te voorkomen dat marges van concurrenten worden uitgehold). De ondergrensregulering geldt niet alleen voor telefonie *sec*, maar ook voor een gebundeld aanbod waarin telefoniediensten worden aangeboden samen met ongereguleerde diensten zoals internettoegang en televisie.¹ Dit zogenoemde bundeltoezicht² brengt met zich mee, dat de prijsstelling van niet-gereguleerde diensten toch in enige mate wordt gereguleerd, in die zin dat deze diensten *in bundelverband* niet onder de kostprijs mogen worden aangeboden.³

Kortom: hoewel bijvoorbeeld UPC, ondanks haar dominantie op haar televisiemarkt, in beginsel telefonie als onderdeel van een bundel onder de kostprijs of zelfs gratis mag aanbieden, mag KPN *niet* televisie als onderdeel van een bundel met telefonie onder de kostprijs aanbieden. Sterker nog, de eindgebruikerstarieven van UPC zijn aan de ondergrens in het geheel niet gereguleerd. Dit verschil in regulering is niet per definitie discriminatoir of ongerechtvaardigd, zoals KPN stelt. Het *effect* van telefonieregulering op KPN's concurrentievermogen op de televisiemarkt zou echter wél een rol moeten spelen in OPTA's analyse van de concurrentiële situatie op de televisiemarkt. In die zin zou gezegd kunnen worden dat, ondanks het ontbreken van een specifieke verplichting voor OPTA om haar verschillende marktanalysebesluiten onderling op elkaar af te stemmen, het systeem OPTA desondanks verplicht om de analyse van individuele markten toch in te bedden in een bredere analyse van de markt als geheel.⁴ Of OPTA die verplichting in haar verschillende marktbesluiten is nagekomen, is een andere vraag.

Vordering praktisch en systematisch ontoewijsbaar

Toewijzing van de vordering van KPN zou niet alleen onnodig zijn geweest, maar ook hebben geleid tot aanzienlijke grotere problemen dan het probleem waarmee KPN meende te worden geconfronteerd, zowel praktisch als systematisch. Wat dat eerste betreft, valt op dat KPN niet in staat bleek de rech-

ter te vertellen wat zij concreet van hem wilde. Zij vorderde, kort gezegd, dat de Staat en/of OPTA met alle mogelijke middelen, *zoals* het uitvaardigen van beleidsregels, zou *bewerkstelligen* dat KPN niet op een *ongerechtvaardigde en discriminatoire wijze* op (verdere) *achterstand* geplaatst zou worden ten opzichte van de kabelmaatschappijen. Wat de Staat en OPTA met een dergelijke veroordeling hadden moeten beginnen, is een raadsel. Ook zonder dwangsomoplegging zouden executieproblemen onvermijdelijk zijn geweest.

Los van dat praktische bezwaar geldt dat de civiele rechter de Staat en OPTA niet een verplichting had kunnen opleggen om in dit concrete geval 'gelijke behandeling' toe te passen zonder ernstige doorkruising het bestuursrecht (vooruitlopen op, of beslissen in strijd met de uitkomst van bestuursrechtelijke procedures) en uiteraard het Europese recht, dat een procedure van marktanalyse voorschrijft die OPTA dan kennelijk zou moeten negeren. Het is ook onduidelijk hoe toewijzing van de vordering zich zou verhouden tot de zwaarwegende consultatierol die de Europese Commissie speelt bij de totstandkoming van marktbesluiten – waarbij overigens geldt dat de Europese Commissie blijkens haar commentaar op de verschillende concept marktbesluiten van OPTA meende dat KPN eerder te licht werd gereguleerd⁵ en de kabelexploitanten juist te zwaar!⁶

Sterker nog, bij toewijzing van de vordering zou de voorzieningenrechter zich *de facto* de status van nationale regelgeven- de instantie (NRI) in de zin van de Europese richtlijnen hebben gegeven, wat niet alleen in strijd is met die richtlijnen zelf (de rechterlijke macht is geen NRI, maar is juist de beroepsinstantie voor besluiten van die NRI's, zie de artikelen 3 en 4 van de Kaderrichtlijn), maar ook het uiterst curieuze en absurde gevolg zou hebben gehad dat de voorzieningenrechter zijn conceptvonnis ter consultatie aan de markt én de Europese Commissie voorgelegd zou moeten hebben.

Toewijzing van de vordering zou ook staatsrechtelijk bezien twijfelachtig zijn geweest. Het zou immers erop neerkomen dat de rechter plaats zou nemen op de stoel van de onafhankelijke toezichthouder, de minister en wellicht zelfs van de wetgever. De Hoge Raad heeft zeer rigoureuze beslist dat een bevel om wetgeving in formele zin tot stand te brengen ter opheffing van een onrechtmatige situatie, niet door de civiele rechter kan worden gegeven. Hij deed dat mede onder door te overwegen dat 'de op de Grondwet berustende verdeling van de bevoegdheden van de verschillende staatsorganen mee [brengt] dat de rechter niet vermag in te grijpen in de procedure van politieke besluitvorming en afweging van belangen.'⁷ Dezelfde redenering geldt voor provinciale regelgeving.⁸ Mijns inziens zou ook een bevel om, zoals KPN vorderde, beleidsregels tot stand te brengen, beschouwd moeten worden als 'ongeoorloofd ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging.'

1 Met 'ongereguleerde diensten' wordt in dit geval bedoeld op diensten die worden geleverd op een markt waarop KPN volgens OPTA geen aanmerkelijke marktmacht bezit, kortom diensten waarvan het aanbieden door KPN niet door OPTA wordt gereguleerd.

2 Het bundeltoezicht is onderdeel van de zogenoemde *combinatorische price squeeze toets* die OPTA aan KPN heeft opgelegd in haar Besluit marktanalyse retail vaste telefonie van 16 december 2005 en verder uitgewerkt in bijlage F bij dat besluit, in het bijzonder § F.5.

3 Wanneer KPN dergelijke diensten *ontbundeld* aanbiedt of in bundels van alleen niet-gereguleerde diensten, heeft KPN dus (binnen de grenzen van het generieke mededingingsrecht) alle vrijheid als het gaat om de tariefstelling.

4 Vermoedelijk volgt dat ook uit de in artikel 3:2 Awb neergelegde verplichting om kennis te vergaren over alle relevante feiten en af te wegen belangen.

5 Zie bijvoorbeeld het uiterst kritische commentaar op het voornemen van OPTA om KPN één verplichtingen op te leggen op de markt voor wholesale breedbandtoegang; brief van 2 december 2005, SG-Greffe (2005) D/206588.

6 Zo heeft de Commissie verhinderd dat OPTA de retailtarieven van de kabelexploitanten zou reguleren. Zie de 'serious doubts'-brief van 2 november 2005, SG-Greffe (2005) D/205996.

7 HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691 m.nt. TK (*Waterpakt*).

8 HR 1 oktober 2004, LJN AO8913. Dit staat los van het buiten werking stellen van wetgeving in formele zin: 'het buiten toepassing laten geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemene, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen.'

Het bredere probleem

De aan het begin genoemde ‘stapeltjes papier’-vergelijking van KPN is uiteraard geen bewijs dat KPN (ten onrechte) zwaarder wordt gereguleerd dan de kabel, niet alleen omdat gebleken is dat marktbesluiten waarin OPTA in het geheel géén verplichtingen oplegt, minstens even dik zijn als besluiten waarin zij wel verplichtingen oplegt. Het is een vergelijking die past in een publicitair zorgvuldig geregisseerde procedure, waarin sympathieke media-aandacht wellicht een realistischer doel was dan een daadwerkelijke overwinning. De zaak is desalniettemin interessant, omdat hij een logisch gevolg is van technologische convergentie. Wat is het bestaansrecht van een reguleringsmodel waarin iedere dienst afzonderlijk wordt bekeken, terwijl de realiteit is dat we op weg zijn naar een marktsituatie die Amerika al kent: twee toegangsinfrastructuren – het kabelnetwerk en het telefoonnetwerk – strijden vooral tegen elkaar om de gunst van de consument die een gebundeld pakket aan diensten afneemt, waaronder telefonie, televisie en internettoegang (*triple play*). De aanbieder van de pijp levert – of dicteert de levering van – de diensten.

De plannen van KPN om haar gehele netwerk te converteren naar een IP-netwerk, zijn dan ook vermoedelijk onderdeel van een strategie om een infrastructuur te bouwen die enerzijds kan wedijveren met het beste dat kan worden aangeboden via de kabel en via de ether, én tegelijkertijd zo is ingericht dat de verlening van toegang aan concurrenten in juridisch, commercieel en technisch opzicht zo veel mogelijk wordt gefrustreerd. De kabel is de grote concurrent, zo is de boodschap, en die lastige alternatieve DSL-aanbieders worden uit het stuk weggeschreven, om maar te zwijgen van CPS-aanbieders zonder eigen infrastructuur. Het is een regulatoire prijsvraag waarover OPTA binnenkort een standpunt inneemt.⁹

En toch zullen sommige lezers wellicht denken: heeft KPN niet ergens een punt? Hoe kan het zijn dat het ene lijntje dat mijn huis binnenkomt, voorwerp is van allerlei strenge regels zoals een verplichting om concurrentie toegang te verlenen tegen kostengeoriënteerde tarieven, terwijl het andere lijntje vrijwel helemaal met rust gelaten wordt? Terwijl toch over beide lijntjes in essentie dezelfde diensten geleverd kunnen worden: telefonie, televisie en internettoegang. OPTA reageert daarop door te verwijzen naar de systematiek van de Telecommunicatiewet, zoals die op grond van de Europese richtlijnen is vastgesteld. Het systeem dat OPTA moet toepassen, gaat nu eenmaal uit van een serie dienstenmarkten die afzonderlijk, met gebruikmaking van mededingingsrechtelijk gereedschap, moeten worden afgebakend, op concurrentie geanalyseerd en, bij gebreke daarvan, gereguleerd. Een markt voor telefonie, voor omroeptransmissie, voor internettoegang, etc. Het

systeem voorziet niet in regulering op het niveau van de toegangsinfrastructuur – en ook niet in een totaaltoets.¹⁰

Systeemfout?

Is dit een weeffout in het, inmiddels door mededingingsrechtelijk systeemdenken doordrenkte telecommunicatierecht, in die zin dat het in een convergerende markt misplaatst is om überhaupt te willen reguleren op basis van een dominantie-analyse van dienstenmarkten? Het gaat in een netwerksector in de eerste plaats om de (eventuele) regulering van toegang tot essentiële faciliteiten – in dit geval die twee lijntjes die mijn huis binnenkomen en waarover mij diensten geleverd kunnen worden. En essentiële faciliteiten zijn over het algemeen geen markten maar objecten (of rechten). Is het dus een denkfout van de Europese regelgever om te reguleren aan de hand van *dominantie op markten*, terwijl het economische gevaar schuilt in het gedrag van *eigenaren* van bepaalde, technisch of economisch niet te repliceren *dingen*? Een mededingingsrechtdeskundige zal zeggen dat het dan nog steeds moet gaan om gedrag *op markten*, maar het is de vraag of dat hier tot een acceptabele uitkomst leidt. In de communicatiesector gaat het steeds minder om specifieke dienstenmarkten en steeds meer over de technische mogelijkheden van de onderliggende infrastructuur.¹¹ Het is niet voor niets dat vooruitstrevende toezichthouders zoals Ofcom in het Verenigd Koninkrijk beleid hebben ontwikkeld om zich minder te concentreren op markten en meer op het reguleren van toegang tot *non-replicable assets*.¹² Ook binnen OPTA worden dergelijke benaderingen overwogen.¹³ Een dergelijke benadering schuurt tegen de randen van hetgeen op basis van de huidige regulering is toegestaan (dienstenmarkten en aanmerkelijke marktmacht zakken weg als aandachtspunten), en staat of valt erbij dat de *non-replicable assets* tijdig worden geïdentificeerd en adequaat worden gereguleerd.

Een andere schijnbare tekortkoming van het mededingingsrechtelijke analyseapparaat bij de regulering van netwerken betreft de geografische afbakening van markten. Bij de geografische afbakening van de breedband internettoegangsmarkt kijkt OPTA onder meer naar de (landelijke) prijsstelling van internetaanbieders om te concluderen dat sprake is van een landelijke markt. Een dergelijke ‘*indirect pricing constraints*’-benadering is wellicht volgens het boekje, maar de consument ziet dat anders. Die weet alleen maar welke aanbieders op *zijn* huisadres snelle internettoegang leveren. In veel gebieden buiten de Randstad zijn dat er hooguit twee: KPN via ADSL en de lokale kabelmonopolist via de verglaasde kabel. De consument die in het OPTA-besluit leest dat geen van beide dominant is omdat ze allebei minder dan 50% marktaandeel hebben, kan dat niet rijmen met zijn lokale realiteit. Zijn relevante markt is zijn eigen huis en zijn vraag is niet welke keuzes er in Neder-

9 Zie het Issue Paper All-IP van 22 mei 2006 en de brief aan marktpartijen van 28 juli 2006, beide beschikbaar via www.opta.nl.

10 Zie over de gebrekkige samenhang tussen de marktbesluiten uit de verschillende clusters ook M. J. Geus en L. N. Phoelich, ‘Analyse van OPTA’s marktanalyses’, *Mediaforum* 2006-1, pp. 2-7.

11 Zie ook Christian Wey, ‘Ruling the New and Emerging Markets in the Telecommunication Sector. Challenges: The Emergence of Next Generation Networks’, Background Paper voor de ITU-workshop *What Rules for IP-enabled NGNs?*, p. 24 (<http://www.itu.int/osg/spu/ngn/documents/Papers/Wey-060323-Prem-v1.1.pdf>).

12 Zie Principe 2 (Equality of Access) van de Strategic Review of Telecommunications, aangehaald in Wey, *op. cit.*, p. 24: ‘In light of the upcoming review of the regulatory framework, such a regime could be considered because the non-replicable assets approach focuses on dealing directly with the problem of investment incentives by concentrating on regulation of infrastructure bottlenecks rather than regulation of markets. The approach deals with the re-monopol-

sation problem. Entrants have access to non-replicable assets on appropriate, regulated supply terms. They are subsequently able to use these assets, in combination with replicable assets that they acquired themselves, to compete in the supply of new technology services at the retail level. This approach allows NRAs to regulate emerging markets with greater confidence. NRAs do not need to completely predict what new services will run on new technology platforms. Instead, they can consider the investment plans of the main operators; decide where, if at all, the services involve the use of non-replicable assets; and, if structural competition issues are deemed to rise, impose remedies accordingly. The non-replicable assets approach is consistent with the principle that it is more important to maximise dynamic efficiency gains from technology innovation in the telecoms industry than to maximise welfare gains from static efficiency.’

13 Zie R. Stil, ‘New Regulatory Approaches Fostering Innovation Dynamics in the Telecommunication Sector. How to deal with “emerging markets” and investment incentives?’, presentatie van 23 maart 2006 op de ITU-workshop *What Rules for IP-enabled NGNs?*, <http://www.itu.int/osg/spu/ngn/presentations.html>.

land zijn – of zelfs uit welke aanbieders zijn overbuurman kan kiezen –, maar wie *hem* kan aansluiten. Anders gezegd, heeft een bepaalde aanbieder niet per definitie een economische machtspositie wanneer hij in een bepaald gebied de enige aanbieder is van een bepaalde, tot een aparte productmarkt gerekende, toegangsvorm? Het feit dat in een ander deel van Nederland volop alternatieve aanbieders van deze toegangsvorm aanwezig zijn doet op dat moment niet ter zake. Dit nog los van de technische, commerciële en gevoelsmatige overstapdrempels die substitutie bemoeilijken en met zich kunnen brengen dat, zelfs bij een concurrerend aanbod, iedere aansluiting een aparte relevante markt is.

Ook voor marktpartijen speelt een dergelijke plaatsgebondenheid. Het komt regelmatig voor dat aanbieders die in hun dagelijkse bedrijfsvoering worden geconfronteerd met het monopolistische gedrag van grote, regionaal dominante spelers – bijvoorbeeld door leverings- of toegangweigering, *predatory pricing* of koppelverkoop – vervolgens in besluiten lezen dat dit alledaagse misbruik plaatsvindt op een grote, nationale markt waarop de regionale monopolist *dus* geen machtspositie bezit en *dus* al helemaal geen misbruik kan plegen. Maar concurrentie groeit – of sterft af – per regio, per gemeente en per straat. De realiteit is dat in een bepaalde wijk sprake kan zijn van gezonde en groeiende concurrentie terwijl de belendende straten gespeend zijn van elke keuzevrijheid. Een treffende illustratie van dit fenomeen wordt geboden door diverse lokale glasvezelinitiatieven, netwerken die binnen hun dekkingsgebied binnen korte tijd zoveel marktaandeel blijken te kunnen afpakken van zowel KPN als de lokale kabelexploitant dat gewaarschuwd wordt voor het ontstaan van nieuwe monopolieposities.¹⁴ Ook dergelijke ontwikkelingen vinden volgens de marktanalyses van OPTA echter plaats op landelijke markten en zijn dus niet of nauwelijks relevant voor de mededingingsrechtelijke beoordeling.

Deze discrepantie, typisch voor netwerksectoren, tussen de uitkomsten van een analyse volgens de schijnbare regelen der mededingingsrechtelijke kunst en de realiteit zoals de consument en de concurrent die ervaren, is natuurlijk niet nieuw. Zelfs in de internettoegangsmarkt is eenzelfde probleem al zichtbaar in de gezamenlijke OPTA/NMa internetrapportage uit 2001. Ook daarin lezen wij over één landelijke markt, waarop volop concurrentie aanwezig is, terwijl de realiteit voor miljoenen huishoudens een duopolie was en nieuwkomers werden geconfronteerd met misbruiken van lokale dominante partijen. Ook in andere netwerksectoren, zoals de luchtvaart, is men daarmee geconfronteerd.¹⁵

Het gevolg van het voorgaande zou kunnen zijn dat telecommunicatieregulering zich minder moet richten op dienstenmarkten en meer op de eigendom van toegangsinfrastructuur. De zwaarte van de regulering kan dan nog steeds worden vastgesteld op de wijze die de wet nu voorschrijft – ‘passende’ verplichtingen, zo weinig als mogelijk en zo veel als nodig. Relevante factoren zijn dan niet alleen het aantal bereikte huishoudens, maar ook de kwaliteit van de aansluiting en de soorten diensten die daarover geleverd kunnen worden. Eén van de stellingen van KPN in dit kort geding was dat het net-

werk van de kabelaars geschikter is voor een *triple play* aanbod van telefonie, televisie en internetgang. Bij regulering op het niveau van de aansluiting komen dergelijke argumenten beter tot hun recht.

Toepassingsfout?

Het kan ook zijn dat het systeem op zich juist is, maar dat de toezichthouders bij de toepassing daarvan – en de Europese Commissie bij het opstellen van de Aanbeveling relevante markten voorop – een onjuiste analyse maken. Hebben we misschien te veel productmarkten en te weinig geografische markten? Een analogie met de markt voor gespreksafgifte (*terminating access*) dringt zich op. OPTA heeft in die marktbesluiten geconcludeerd dat aanbieders van vaste en mobiele telefonienetwerken een machtspositie hebben op de markt voor het afleveren van verkeer dat is bestemd voor hun abonnees.¹⁶ Want, zo is de gedachte, voor het afleveren van verkeer aan een aangeslotene A op netwerk 1 moet je bij de aanbieder van dat netwerk 1 zijn: de aanbieder van netwerk 2 kan geen concurrerend aanbod doen want aangeslotene A zit niet op zijn netwerk. Zou je diezelfde redenering toepassen op origineel verkeer, dan kan de uitkomst zijn dat ieder huishouden zijn eigen relevante markt is; de partijen die actief zijn op die markt, zijn dan de aanbieders die *kunnen* leveren op dat adres, met andere woorden de partijen die een (kabelgebonden of draadloze) aansluiting hebben naar dat adres of die eenvoudig kunnen realiseren. Gevolg van deze redenering zou uiteraard zijn dat er miljoenen relevante markten zijn en dat veel aanbieders wel ergens dominant zullen zijn. Die uitkomst is moeilijk te rijmen met het mededingingsrechtelijke uitgangspunt, dat een markt toch wel een zekere omvang impliceert: het is moeilijk te accepteren dat één particulier huishouden een aparte, economisch relevante markt kan zijn.

Een minder vergaand alternatief dat makkelijker in de mededingingsrechtelijke kaders te passen zou zijn, is om te stellen dat ieder gebied waarbinnen eenzelfde of een vergelijkbaar aanbod bestaat, tot dezelfde relevante geografische markt behoort – ook als dat één regio of zelfs een stadswijk is. Ook deze analyse leidt vermoedelijk tot tientallen, zo niet honderden relevante geografische markten, maar dat moeten wij voor lief nemen. Gevolg van toepassing van een mededingingsrechtelijke analyse is nu eenmaal dat er evenveel relevante geografische markten zijn als er afzonderlijke, min of meer homogene concurrentieomgevingen zijn.¹⁷ Deze complexiteit is dan het logische gevolg van de plaatsgebondenheid die wezenlijk is voor telecommunicatie-infrastructuur en die netwerkmarkten anders maakt dan veel andere productmarkten.¹⁸ Een stofzuiger die in mijn dorp niet wordt verkocht maar wel in het volgende dorp beschikbaar is, kan ik kopen, maar als internettoegang via de kabel in mijn dorp niet beschikbaar is maar wel in het volgende dorp, dan is er voor mij nog steeds geen internettoegang via de kabel beschikbaar. Hetzelfde geldt in de lucht- en scheepvaart, waar – afhankelijk van de economische omstandigheden – iedere lijn of haven een eigen relevante markt kan zijn. Deze sectoren bieden ook steun voor de gedachte dat het mededingingsrecht prima geëquipeerd is voor netwerksectoren, zo lang het wordt toegepast met voldoende aandacht voor

14 Zie onder meer ‘Succes van glasnet in Hillegom dwingt tot bezinning’, *Trouw* 12 augustus 2006.

15 Zie P. Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford en Portland: Hart Publishing 2000, p. 135 e.v.

16 Zie het Besluit van 16 december 2005 inzake marktanalyse wholesale gespreksafgifte op afzonderlijke telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie en de verschillende Besluiten van 14 november 2005 inzake marktanalyse mobiele

telefonie - gespreksafgifte op de verschillende mobiele netwerken.

17 Zie de Aanbeveling relevante markten en aanmerkelijke marktmacht van de Europese Commissie van 11 juli 2002, *PbEG* C 165, § 56 met verwijzing naar de standaardjurisprudentie van het Hof van Justitie.

18 Vergelijk ook de omroepcluster, waarin OPTA ook zeer specifieke, lokale markten heeft afgebakend, tot aan het verzorgingsgebied van individuele antenneopstelpunten.

de geografische component, die wezenlijk anders is dan bij andere goederen- of dienstenmarkten.¹⁹

Weer wat subtieler is de mogelijkheid die de verschillende Europese toezichthouders in hun gezamenlijke standpunt over passendheid van verplichtingen hebben ingenomen, namelijk dat, zelfs waar de geografische markt nationaal is wegens indirecte prijsdruk, er toch aanleiding kan zijn om de verplichtingen die worden opgelegd aan de dominante partijen regionaal te differentiëren.²⁰ Dit is creatief bedacht, maar lijkt mij strijdig met het uitgangspunt dat relevante markten zo nauw mogelijk worden afgebakend aan de hand van homogene concurrentieomstandigheden. Als binnen een gebied verschil bestaat in de passendheid van verplichtingen, is dat een *prima facie* aanwijzing dat er dus sprake is van heterogene concurrentieomstandigheden en dus van aparte relevante markten. Bovendien wordt met deze methode niet voorkomen dat plaatselijke monopolisten in het geheel niet gereguleerd worden doordat zij op de ‘landelijke’ markt onvoldoende marktaandeel hebben om überhaupt een AMM-aanwijzing te krijgen.

Het lijkt daarom te prefereren om de geografische component van de marktafbakening serieuzer te nemen, met een toename van het aantal markten – en dus partijen met aanmerkelijke marktmacht – als gevolg. Het asymmetrische karakter van de regulering blijft in deze benadering in stand doordat niet aan elke dominante aanbieder dezelfde verplichtingen worden opgelegd. Het spreekt voor zich dat OPTA in de derde fase van marktanalyse (welke verplichtingen zijn passend voor aanbieder A) de meeste ruimte heeft om maatwerk te leveren. In de eerdere fase (is partij A dominant op de relevante markt) zijn alleen de antwoorden Ja en Nee mogelijk. Waar nu zowel KPN als de kabelaanbidders aan regulering ontsnappen op de markt voor wholesale breedband toegang (één grote nationale markt, niemand is dominant), zou onder toepassing van deze redenering ruimte zijn voor maatwerk van het soort dat OPTA toepaste bij de omroeptransmissiemarkt: alle kabelaanbidders zijn even dominant (althans op de retailmarkt) want allemaal lokale monopolisten met 100% marktaandeel, maar de grote aanbidders krijgen veel zwaardere verplichtingen opgelegd dan de kleine.²¹ Juist door de veel grotere ruimte voor maatwerk in deze derde fase onderscheidt het telecommunicatiericht van het mededingingsrecht. Aandachtig de besproken tendens naar regulering van *non-replicable assets*, is heel goed denkbaar dat meerdere netwerken in één gebied worden gereguleerd.

Conclusie

In haar kort geding tegen de Staat heeft KPN de aandacht willen vestigen op wat zij beschouwt als de onevenwichtige regulering van haar telefonienetwerk enerzijds en de kabelnetwerken anderzijds. Die grief is niet nieuw, maar op deze wijze wel – kortstondig – aan een grotere klok gehangen. Hoewel de casus aanknopingspunten biedt voor de gedachte dat de kabelexploitanten in de voorbije marktanalyses wel erg goed zijn weggekomen, is de afwijzing van de vordering van KPN mijns inziens volkomen terecht.

Hoe deze zaak ook verder afloopt, de vraag zal blijven of de mededingingsrechtelijke gereedschapskist voldoende geëquipeerd is om de concurrentie op de elektronische communicatiemarkt op te wekken en in stand te houden. Heeft de toegenomen invloed van het mededingingsrecht het telecommunicatiericht vervuild, of wordt het mededingingsrecht nog niet altijd goed toegepast? Mijn voorlopige conclusie is dat de mededingingsrechtelijke begrippen en concepten wel degelijk bruikbaar zijn, mits zij worden toegepast met meer aandacht voor de economische realiteit en eigenaardigheden van een dynamische netwerksector waarin het aanbod per definitie plaatsgebonden en lokaal is. Er is dan ook alle aanleiding om veel meer aandacht te besteden aan de geografische component van de marktafbakening, met mogelijk een aanzienlijke stijging van het aantal markten – en dominante partijen – als gevolg. Het maatwerk dat de telecomtoezichthouders op grond van de Europese richtlijnen moeten leveren, komt het beste tot zijn recht in de derde fase van de marktanalyse: welke verplichtingen zijn voor welke dominante partij passend? Mijn overtuiging is dat de toegenomen reguleringskosten die een dergelijke benadering mogelijk veroorzaakt – inclusief een aantal extra economen –, zullen worden gecompenseerd met de welvaartsstijging van meer en betere concurrentie.

Tegelijkertijd lijken zowel KPN als de kabelexploitanten er alles aan te doen om de concurrentiestrijd op de wholesalemarkt verder naar het nationale plan te tillen. KPN bouwt onder de futuristische noemer All-IP aan een netwerk waarin lokale nummencentrales verdwijnen en er één grote landelijke netwerk wolk ontstaat waar concurrenten niet bij kunnen; de consolidatieslag op de kabelmarkt leidt ondertussen steeds meer tot het ontstaan van een landelijke kabelkampioen die kennelijk de strijd met KPN moet aangaan. Maar de toezichthouders hoeven geen genoegen te nemen met een netwerkduopolie naar Amerikaans voorbeeld. OPTA en de NMa hebben de middelen om een divers aanbod van netwerken en diensten te waarborgen.

¹⁹ Cf. Larouche, *op. cit.*, p. 140-141.

²⁰ Zie *Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*, ERG (06) 33 p. 115:

‘Single geographic markets are capable of supporting geographical variations within them which are not insignificant and which may warrant specific adjustments to the remedies proposed. It is often the case that geographical markets are national in character due to a common pricing constraint. The origin of such a common downstream pricing constraint may in fact be regulatory or the result of normal economic forces. However the national pricing system may not reflect inherent differences in the underlying demand or supply conditions in certain geographic areas within the national market.

The economics of density which are so important to the viability of infrastructural deployments are markedly different in urban rather than rural areas. In this context the long-term prospects for competition development, due to the

presence of potentially non-replicable assets in less densely populated areas, may mean that the basis on which competition develops may differ within a single geographic market. The phenomenon of variations across geographic markets may not be stable over time such that any remedies reflecting geographic variations will need to be sensitive to developments that affect those variations.’

²¹ Zie de OPTA-besluiten voor de markten voor de doorgifte en verzorging van omroep transmissiediensten, <http://www.opta.nl/asp/aanbidders/marktanalyses/ontwerpbesluitenomroep.asp>. Op de wholesalemarkt zijn de kleine kabelaanbidders volgens OPTA niet dominant, omdat, ondanks hun marktaandeel van 100%, sprake is van kopersmacht door programma-aanbidders die een tegenwicht vormt in het verzorgingsgebied van de kleine kabelmaatschappijen, waardoor kabelmaatschappijen niet in staat zijn om zich onafhankelijk te gedragen. Zie § 314 e.v. van het marktbesluit voor de overige aanbidders.

Voorzieningenrechter Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage

Vonnis in kort geding van 25 juli 2006, gewezen in de zaak van:

de naamloze vennootschap Koninklijke KPN NV, gevestigd te 's-Gravenhage,
eiseres, procureur mr. J.K. de Pree, advocaten mrs. J.K. de Pree en M.A. Leijten te 's-Gravenhage,

tegen:

1. de Staat der Nederlanden (de Minister van Economische Zaken en de Nederlandse Mededingingsautoriteit), zetelende te 's-Gravenhage, procureur E.C. Pietermaat,
2. de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, rechtspersoon volgens artikel 2 van de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit, kantoorhoudende te 's-Gravenhage, procureur mr. E.J. Daalder, gedaagden,

en:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Versatel Nederland BV, gevestigd te Amsterdam Zuidoost,
2. de naamloze vennootschap BBNED NV, gevestigd te Amsterdam,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid BT Nederland BV, gevestigd te Amsterdam Zuidoost,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Colt Telecom BV, gevestigd te Amsterdam,
5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MCI Nederland BV, gevestigd te Amsterdam,
6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tiscali BV, gevestigd te Utrecht,
7. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Orange Nederland Breedband BV, gevestigd te Amsterdam,
8. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Telez (Netherlands) BV, gevestigd te Oude Meer, gemeente Haarlemmermeer,
9. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Priority Telecom Netherlands BV, gevestigd te Schiphol-Rijk, gevoegde partijen aan de zijde van gedaagden, procureur mr. M.J. Geus, advocaten mrs. M.J. Geus en E.J. Rietema te 's-Gravenhage.

Partijen worden hierna respectievelijk ook genoemd 'KPN', 'de Staat', 'OPTA' en 'Versatel c.s.' (enkelvoud). Waar in het navolgende sprake is van 'de Staat c.s.' (enkelvoud), worden daarmee de Staat en OPTA bedoeld.

1. Het verloop van de procedure

KPN heeft de Staat en OPTA doen dagvaarden tegen de zitting van 11 juli 2006. Op die zitting heeft Versatel c.s. een incidentele vordering ingesteld tot toelating als gevoegde partij aan de zijde van de Staat en OPTA. KPN, de Staat en OPTA hebben daartegen geen bezwaar gemaakt, waarop de voorzieningenrechter de incidentele vordering heeft toegewezen. Na de beslissing in het incident hebben partijen hun standpunten verder toegelicht. Op verzoek van KPN en met instemming van de Staat c.s. en Versatel c.s. heeft een deel van de behandeling van de zaak wegens gewichtige redenen (bedrijfsgeheimen) achter gesloten deuren plaatsgevonden. Het vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 11 juli 2006 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. KPN levert van oudsher (onder meer) vaste telefoniediensten aan particulieren en bedrijven. KPN kan met haar vaste netwerk bijna alle huishoudens in Nederland bereiken.

2.2. In de afgelopen decennia zijn in Nederland kabeltelevisienetwerken aangelegd. Deze netwerken zijn thans eigendom van verschillende, (deels) geprivatiseerde, kabelmaatschappijen. De kabelmaatschappijen kunnen met hun gezamenlijke netwerken (hierna ook 'de kabel') meer dan 90% van de Nederlandse huishoudens bereiken.

2.3. Zowel KPN als de kabelmaatschappijen bieden sinds enige tijd en internetdiensten en telefoniediensten en radio- en televisiesignalen aan.

2.4. Vooralsnog biedt KPN radio- en televisiesignalen (met name) aan via de ether en nog niet (of nauwelijks) via haar vaste netwerk.

2.5. Versatel c.s. biedt (eveneens) telecommunicatiediensten en/of telecommunicatie-infrastructuur aan. Zij maakt daartoe (onder meer) gebruik van het vaste netwerk van KPN.

2.6. OPTA is een in 1997 bij wet ingesteld zelfstandig bestuursorgaan dat onder meer tot taak heeft om de concurrentie op de markt van elektronische communicatiediensten te bevorderen. Op grond van de (nieuwe) Telecommunicatiewet (Tw) – waarin diverse Europese richtlijnen zijn geïmplementeerd – kan OPTA daartoe diverse verplichtingen opleggen aan partijen die naar haar oordeel een 'aanmerkelijke marktmacht' hebben op een relevante markt in de telecommunicatiesector. OPTA kan een dergelijke partij onder meer verplichten om andere aanbieders toegang te verschaffen tot haar netwerk. Verder kan zij de tarieven van een dergelijke partij reguleren, zowel voor wat betreft de tarieven voor andere aanbieders (zogenoemde 'wholesale-tarieven') als voor wat betreft de tarieven voor eindgebruikers (zogenoemde 'retailtarieven').

2.7. De besluiten waarin OPTA partijen met een aanmerkelijke marktmacht aanwijst en die partijen verplichtingen oplegt, worden 'marktanalysebesluiten' genoemd. Op grond van het bepaalde in artikel 17.1 Tw kunnen belanghebbenden bij dergelijke besluiten daartegen (rechtstreeks) beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna 'het CBB').

2.8. In de periode 14 november 2005 tot en met 17 maart 2006 heeft OPTA diverse marktanalysebesluiten genomen (de eerste op grond van de nieuwe Tw), die onder meer betrekking hebben op, kort gezegd, vaste telefonie, breedbandinternet en kabeltelevisie. In diverse marktanalysebesluiten is KPN aangemerkt als een partij met aanmerkelijke marktmacht en zijn aan haar verplichtingen opgelegd, die onder meer betrekking hebben op wholesale- en retailtarieven. In (andere) marktanalysebesluiten zijn ook (een aantal van) de kabelmaatschappijen aangemerkt als partijen met een aanmerkelijke marktmacht en zijn ook aan hen verplichtingen opgelegd.

2.9. Onder andere KPN, enkele kabelexploitanten en (een aantal van) de gevoegde partijen in dit kort geding hebben tegen een of meer marktanalysebesluiten beroep ingesteld bij het CBB en/of een voorlopige voorziening gevraagd aan de voorzieningenrechter van het CBB. De mondelinge behandeling van (onder meer) de beroepen die zijn ingesteld tegen de marktanalysebesluiten inzake, kort gezegd, vaste telefonie, breedbandinternet en kabeltelevisie dient nog plaats te vinden.

2.10. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna 'de NMa') heeft mede vanwege klachten van de Consumentenbond een onderzoek ingesteld naar de tarieven van twee grote kabelmaatschappijen, UPC en Casema. Bij besluiten van 27 september 2005 heeft de Raad van Bestuur van de NMa, kort gezegd, geconcludeerd dat de tarieven van UPC en Casema niet excessief zijn.

2.11. Tegen deze besluiten hebben KPN en KPN Telecom BV bezwaar gemaakt. Bij besluit op bezwaar van 7 april 2006 heeft de Raad van Bestuur van de NMa hen daarin niet-ontvankelijk verklaard, onder meer omdat zij naar het oordeel van de Raad van Bestuur van de NMa geen rechtstreeks betrokken belang bij de bestreden besluiten hadden.

2.12. Het aantal 'vaste telefonie klanten' van KPN daalt al geruime tijd. In 2005 is dat aantal met bijna 500.000 afgenomen. In het eerste kwartaal van 2006 is dat aantal met ongeveer 190.000 afgenomen. Van die 190.000 klanten zijn ongeveer 60.000 klanten overgestapt naar een door KPN aangeboden andere vorm van telefonie.

3. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer

3.1 KPN vordert, zakelijk weergegeven:

primair:

- a. de Staat (met inbegrip van de NMa) en/of OPTA te gebieden om met alle mogelijke middelen – zoals het uitvaardigen van beleidsregels – te bewerkstelligen dat geen nieuwe besluiten worden geno-

men, regelgeving wordt uitgevaardigd of beleid wordt gevoerd waardoor KPN op een ongerechtvaardigde en discriminatoire wijze op (verdere) achterstand wordt geplaatst ten opzichte van de kabelmaatschappijen, althans om met alle mogelijke middelen te bewerkstelligen dat bij het nemen van besluiten, het uitvaardigen van regelgeving en het voeren van beleid de noodzaak van (het creëren van) een 'level playing field' tot uitgangspunt wordt genomen;

b. de Staat en/of OPTA te gebieden om het Centraal Planbureau op te dragen onderzoek te (laten) doen naar de asymmetrie in behandeling van KPN en de kabelmaatschappijen ten gevolge van (1) de huidige (hogere en lagere) regelgeving, (2) besluiten van toezichthouders en (3) het beleid van toezichthouders en het Ministerie van Economische Zaken, alsmede hun te gebieden om op basis van de resultaten van dat onderzoek de nodige maatregelen te nemen om een einde te maken aan de ongelijke behandeling;

subsidiar:

c. een andere voorziening te treffen die de voorzieningenrechter passend acht in het licht van hetgeen in de dagvaarding is gesteld.

3.2. Daartoe voert KPN – verkort en zakelijk weergegeven – het volgende aan.

Omdat de respectieve infrastructures van KPN en de kabelmaatschappijen tegenwoordig voor dezelfde diensten gebruikt kunnen worden, zijn kabelmaatschappijen directe concurrenten geworden van KPN. De concurrentie tussen KPN en de kabelmaatschappijen wordt verder aangewakkerd doordat de kabelmaatschappijen een 'triple play strategie' hanteren. Zij bieden klanten die nu alleen televisiediensten van hen afnemen een bundel aan van televisie-, telefonie- en internetdiensten.

Er bestaat thans geen 'symmetrische situatie' tussen KPN en de kabelmaatschappijen; KPN staat op achterstand. Deze asymmetrie wordt deels veroorzaakt door technische factoren. Het vaste netwerk van KPN leent zich ook na grote investering minder goed voor televisie. Anderzijds wordt die asymmetrie veroorzaakt door overheidsmaatregelen. Voor KPN geldt een heel scala aan overheidsmaatregelen die haar bewegingsvrijheid ingrijpend beperken. Het Ministerie van Economische Zaken, OPTA en de NMa laten de kabelmaatschappijen echter al jarenlang ongestoord hun gang gaan.

KPN is thans onderworpen aan: (i) regels die bepalen dat zij tegen bepaalde tarieven derden op haar vaste netwerk dient toe te laten, (ii) ondergrensregulering van haar tarieven, zodat zij niet dezelfde kortingen aan haar klanten kan geven als haar concurrenten, (iii) bovengrensregulering van haar tarieven, zodat zij met haar traditionele activiteiten geen inkomsten kan verwerven om te investeren in nieuwe activiteiten, zoals televisiediensten en (iv) regels op het gebied van nieuwe diensten als televisiediensten; zo dient zij aanbiedingen van gebundelde gereguleerde en niet-gereguleerde diensten vooraf ter beoordeling aan OPTA voor te leggen.

De positie van de kabelmaatschappijen is geheel anders: (i) zij zijn niet verplicht om KPN of anderen toe te laten tot de kabel, (ii) zij worden niet geconfronteerd met toezicht op hun tarieven of op de door hen aangeboden bundels en (iii) doordat er geen bovengrensregulering bestaat van de tarieven van de kabelmaatschappijen, kunnen zij de opbrengsten van analoge televisiediensten (die zeer winstgevend zijn) investeren in nieuwe producten.

De NMa gunt de kabelmaatschappijen bewust meer vrijheid dan KPN. Bezwaren van KPN tegen deze behandeling zijn afgestuit op de eis dat bezwaar alleen kan worden gemaakt door een partij met een direct belang.

Dit voorjaar zijn de kabelmaatschappijen een grootscheeps offensief gestart tegen KPN. In hun gezamenlijk uitgebracht promotiemateriaal moedigen zij hun 'televisieklanten' aan om ook voor telefoniediensten naar de kabel over te stappen.

KPN dient zich tegen deze concurrentie te verweren. De overheid werpt daarbij echter de nodige hindernissen voor KPN op, terwijl de overheid juist een 'level playing field' zou moeten creëren c.q. ervoor zou moeten zorgen dat het 'level playing field' niet wordt verstoord door haar maatregelen. Hierdoor is voor KPN een acuut probleem ontstaan. KPN verliest iedere maand meer klanten met een vaste telefoon aansluiting dan de maand daarvoor.

Het gecombineerde optreden van het Ministerie van Economische zaken, OPTA en de NMa is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en (dus) onrechtmatig. KPN heeft hen hier in meerdere gesprekken op gewezen, maar zij gaan steeds voorbij aan de bezwaren van KPN.

KPN heeft diverse bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aangewend tegen de talrijke besluiten van OPTA en NMa. Daarbij wordt zij echter geconfronteerd met bestuursrechtelijke barrières als de beperkte uitleg van het begrip 'belanghebbende' en de trechterwerking van bezwaar en beroep. De bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen daarom niet tijdig leiden tot de thans noodzakelijke voorzieningen. Bovendien valt niet uit te sluiten dat tussentijds nog nieuwe hindernissen voor KPN zullen worden opgeworpen.

3.3. De Staat c.s. en Versatel c.s. voeren gemotiveerd verweer dat hierina, voorzover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. KPN legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de Staat en OPTA jegens haar onrechtmatig handelen door haar – in strijd met het gelijkheidsbeginsel – anders te behandelen dan de kabelmaatschappijen. De burgerlijke rechter is daarom bevoegd om van de vorderingen van KPN kennis te nemen.

4.2. De Staat c.s. en Versatel c.s. hebben allereerst aangevoerd dat KPN niet-ontvankelijk in haar vorderingen dient te worden verklaard omdat voor haar verschillende met voldoende waarborgen omklede (bestuursrechtelijke) rechtsgangen openstaan, die bovendien voorzien in de mogelijkheid om met spoed een voorlopige voorziening te verkrijgen.

4.3. De vorderingen van KPN richten zich voor een zeer belangrijk deel tegen de verplichtingen die OPTA heeft opgelegd aan KPN respectievelijk de kabelmaatschappijen in haar hiervoor genoemde marktanalysebesluiten inzake, kort gezegd, vaste telefonie, breedbandinternet en kabeltelevisie.

4.4. Tegen deze marktanalysebesluiten heeft KPN beroep ingesteld bij het CBB dat onbetwist een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang kent en de mogelijkheid van een voorlopige voorziening, van welke mogelijkheid KPN overigens ook gebruik heeft gemaakt. Thans zijn over deze marktanalysebesluiten nog diverse procedures aanhangig bij het CBB.

4.5. Het aanhangig zijn van deze procedures bij het CBB brengt naar voorlopig oordeel mee dat thans uitgegaan moet worden van de geldigheid van de onderhavige marktanalysebesluiten (HR 7 april 1995, NJ 1997, 166). Dit leidt ertoe dat KPN in haar vorderingen niet-ontvankelijk moet worden verklaard voorzover deze dezelfde onderwerpen ter discussie stellen als aan de orde in de onderhavige marktanalysebesluiten. Dit zou onder bepaalde omstandigheden anders kunnen zijn, maar dergelijke omstandigheden zijn gesteld noch gebleken. Daarbij wordt nog opgemerkt dat niet aanneemelijk geworden is dat OPTA in haar marktanalysebesluiten de totale markt van elektronische communicatiediensten (uitsluitend) gefragmenteerd benadert, zodat ook uit dien hoofde er geen aanleiding bestaat om (eventueel) anders te oordelen.

4.6. Voor een ander deel richten de vorderingen van KPN zich tegen besluiten van de NMa, waaronder de onder 2.10 en 2.11 genoemde besluiten. Om redenen als hiervoor genoemd, dient KPN ook niet-ontvankelijk in haar vorderingen te worden verklaard voor zover daarin dezelfde onderwerpen ter discussie worden gesteld als aan de orde in deze besluiten van de NMa. Ook tegen besluiten van de NMa staat immers een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang open, die eveneens in een spoedvoorziening voorziet.

4.7. Voor het overige dienen de vorderingen van KPN te worden afgewezen. Omdat in dit kort geding de geldigheid van de onderhavige besluiten van OPTA en de NMa uitgangspunt moet zijn, lag het op de weg van KPN om in voldoende mate aanneemelijk te maken dat de Staat en OPTA niettegenstaande dit uitgangspunt onrechtmatig hebben gehandeld jegens haar. KPN heeft dit echter niet gedaan.

4.8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat KPN deels niet-ontvankelijk zal worden verklaard in haar vorderingen en dat deze voor het overige zullen worden afgewezen. KPN zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

verklaart KPN niet-ontvankelijk in haar vorderingen voorzover die dezelfde onderwerpen ter discussie stellen als aan de orde in de onderhavige marktanalysebesluiten van OPTA en besluiten van de NMa;

wijst de vorderingen voor het overige af;

veroordeelt KPN in de kosten van dit geding:

- tot dusver aan de zijde van de Staat begroot op € 1.064,-, waarvan € 816,- aan salaris procureur en € 248,- aan griffierecht;
- tot dusver aan de zijde van OPTA begroot op € 1.064,-, waarvan € 816,- aan salaris procureur en € 248,- aan griffierecht;
- tot dusver aan de zijde van Versatel c.s. begroot op € 1.064,-, waarvan € 816,- aan salaris procureur en € 248,- aan griffierecht;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad voor wat betreft de aan de zijde van de Staat en OPTA begrote kosten van het geding.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J. Paris en uitgesproken ter openbare zitting van 25 juli 2006 in tegenwoordigheid van de griffier.

Zie de bijdrage van R.D. Chavannes elders in dit nummer, red.

Nr. 31 Telecomoperators / OPTA

Vzr. College van Beroep voor het Bedrijfsleven 9 juni 2006

Uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening in de zaak van:

- 1) BBned NV, te Hoofddorp,
 - 2) BT Nederland NV, te Hoofddorp,
 - 3) COLT Telecom BV, te Amsterdam,
 - 4) Enertel NV, te Rotterdam,
 - 5) MCI Nederland BV, te Amsterdam,
 - 6) Priority Telecom Netherlands BV, te Amsterdam,
 - 7) Tiscali BV, te Utrecht,
 - 8) Versatel Nederland BV, te Amsterdam, en
 - 9) Wanadoo Nederland BV, te Amsterdam (hierna: ACT-partijen) en
 - 10) UPC Nederland BV, te Amsterdam (hierna: UPC)
- gemachtigden: mr. P. Burger en mr. M.J. Geus, beiden advocaat te Amsterdam,

tegen

Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), gemachtigden: mr. M. Dijkstra en mr. J. Bootsma, beiden advocaat te Den Haag.

Aan de behandeling van dit verzoek is als partij deelgenomen door: Koninklijke KPN NV en KPN Telecom BV, te Den Haag (hierna gezamenlijk aan te duiden als KPN), gemachtigden: mr. P.V. Eijvoogel en mr. Q.J. Tjeenk Willink, beiden advocaat te Amsterdam

en

Tele2 Netherlands BV, te Amsterdam (hierna: Tele2), gemachtigden: mr. R. Kalkman en mr. P.M. Waszink, beiden advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

De ACT-partijen, UPC, KPN en Tele2 hebben beroep ingesteld tegen het besluit van 21 december 2005 van OPTA inzake de retailmarkten voor vaste telefonie (hierna: het marktanalysebesluit). Het beroep van de ACT-partijen is geregistreerd onder nummer 06/124, het beroep van UPC onder nummer 06/123, het beroep van KPN onder nummer 06/121 en het beroep van Tele2 onder nummer 06/122. De beroepen zijn nog aanhangig.

De ACT-partijen, KPN en Tele2 hebben eveneens beroep ingesteld tegen het besluit van 30 januari 2006 van OPTA tot goedkeuring van het door KPN op grond van artikel 6a.13 Tw voorgelegde kostentoerekeningsstelsel (hierna: het goedkeuringsbesluit). Het beroep van de ACT-partijen is geregistreerd onder nummer 06/227, het beroep van KPN onder nummer 06/242 en het beroep van Tele2 onder nummer 06/230. Deze beroepen zijn eveneens nog aanhangig.

Op 20 april 2006 hebben de ACT-partijen en UPC de voorzieningenrechter van het College (hierna: de voorzieningenrechter) verzocht bepaalde onderdelen van het marktanalysebesluit te schorsen, het goedkeuringsbesluit te schorsen en bepaalde nader omschreven voorzieningen te treffen ten aanzien van de ondergrensregulering eindgebruikerstarieven en voorafgaande goedkeuring van tarieven van KPN door OPTA.

Bij brieven van 2 mei 2006 is partijen meegedeeld dat KPN en Tele2 als partij tot het geding zijn toegelaten.

Bij beslissing van 17 mei 2006 heeft het College een door OPTA gevraagde beperking van de kennisneming van stukken gerechtvaardigd geoordeeld wat betreft de stukken B1 en B3 behorende bij de zaken 06/121, 06/122, 06/123 en 06/124 en partijen gevraagd of zij ermee instemmen dat de voorzieningenrechter mede op grondslag van deze stukken uitspraak doet op het verzoek om voorlopige voorziening. Partijen hebben hiermee ingestemd.

Op 18 mei 2006 heeft OPTA een schriftelijke reactie op het verzoek en stukken ingediend.

KPN heeft op 19 mei 2006 een schriftelijke reactie ingediend.