ECLI:NL:CBB:2010:BM3159

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	13-04-2010
Datum publicatie	03-05-2010
Zaaknummer	AWB 09/214 AWB 09/215 AWB 09/216 AWB 09/217
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	Telecommunicatiewet Verplichtingen als bedoeld in hoofdstuk 6A
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 09/214, 09/215, 09/216 en 09/217 13 april 2010

15334 Telecommunicatiewet

Verplichtingen als bedoeld in hoofdstuk 6A

Uitspraak in de zaken van:

1. Eurofiber B.V., te Maarssen (hierna: Eurofiber), appellante in zaak AWB 09/214,

gemachtigden: mr. P.P.J. van Ginneken en mr. drs. W.A.M. Steenbruggen, advocaten te Amsterdam,

2. BT Nederland N.V., Colt Telecom B.V. en Verizon Nederland B.V., te Amsterdam (hierna: BT c.s.), appellanten in zaak AWB 09/215,

gemachtigde: mr. R.D. Chavannes, advocaat te Amsterdam,

3. Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V., te Den Haag (hierna: KPN), appellanten in zaak

AWB 09/216,

gemachtigden: mr. B.J.H. Braeken, mr. P.V. Eijsvoogel en mr. L. Haasbeek, advocaten te

Amsterdam,

4. bbned N.V., te Hoofddorp, Online Breedband B.V., te Amsterdam en Tele2 Nederland B.V., te Diemen (hierna: bbned c.s.), appellanten in zaak AWB 09/217,

gemachtigde: mr. dr. S.J.H. Gijrath, advocaat te Amsterdam,

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA),

gemachtigden: mr. J. Bootsma, mr. M. Dijkstra, mr. E.C. Pietermaat en mr. M.W.J. Jongmans, advocaten te Den Haag.

1. De procedure

Bij besluit van 19 december 2008 (kenmerk: OPTA/AM/2008/202714) heeft OPTA krachtens hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) de retailmarkten voor laag- respectievelijk hoogcapacitaire huurlijnen en datacommunicatiediensten, de wholesalemarkten voor laag-, respectievelijk hoogcapacitaire huurlijnen en de wholesalemarkten voor trunkverbindingen geanalyseerd. Tegen dit besluit is bij afzonderlijke brieven van 29 januari 2009 (Eurofiber, BT c.s. en KPN) en 30 januari 2009 (bbned c.s.), bij het College binnengekomen op dezelfde dag, beroep ingesteld. Deze beroepen zijn respectievelijk geregistreerd als AWB 09/214, 09/215, 09/216 en 09/217.

Bij brief van 19 juni 2009 heeft OPTA de op de zaken betrekking hebbende stukken ingediend. Met verwijzing naar artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft OPTA medegedeeld dat uitsluitend het College kennis mag nemen van de ingediende stukken B1 tot en met B19b.

Op 16 juli 2009 heeft KPN de gronden van haar beroep ingediend.

Op 17 juli 2009 hebben Eurofiber, BT c.s. en bbned c.s. de gronden van hun beroepen ingediend.

Bij brief van 11 september 2009 heeft OPTA verweerschriften ingediend.

Bij brief van 22 september 2009 heeft OPTA de op de zaak betrekking hebbende stukken A5 en B1 aangevuld.

Op 9 oktober 2009 hebben Eurofiber, BT c.s., KPN en bbned c.s. een zienswijze ingediend.

Bij beslissing van 15 oktober 2009 heeft het College de beperking van de kennisneming van de stukken B1 tot en met B19b gerechtvaardigd geoordeeld.

Bij brief van 15 oktober 2009 hebben BT c.s. een nader stuk in het geding gebracht.

Bij brieven van 16 oktober 2009 (KPN), 22 oktober 2009 (BT c.s.), 23 oktober 2009 (bbned c.s.) en 10 november 2009 (Eurofiber) hebben partijen ermee ingestemd dat het College mede op grondslag van de stukken B1 tot en met B19b uitspraak doet op de beroepen.

Bij brieven van 21 en 23 oktober 2009 (Eurofiber), 23 november 2009 (KPN) en 27 november 2009 (bbned c.s.) hebben evengenoemde partijen nadere stukken in het geding gebracht.

Op 27 november 2009 heeft OPTA een reactie op de zienswijzen van Eurofiber, BT c.s., KPN en bbned c.s. ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 december 2009. Voor Eurofiber zijn verschenen mrs. Van Ginneken en Steenbruggen voornoemd, alsmede A, werkzaam bij Eurofiber. Voor BT c.s. zijn verschenen mr. Chavannes voornoemd, alsmede B, werkzaam bij BT. Voor KPN zijn verschenen mrs. Eijsvoogel en Haasbeek voornoemd, alsmede C, werkzaam bij KPN. Voor bbned c.s. zijn verschenen mr. Gijrath voornoemd, alsmede D, werkzaam bij bbned. Voor OPTA zijn verschenen mrs. Bootsma en Jongmans voornoemd, alsmede E, werkzaam bij OPTA.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna: Kaderrichtlijn), voor zover en ten tijde van belang, luidt:

" Artikel 15

Procedure voor marktdefinitie

1. Na openbare raadpleging en overleg met de nationale regelgevende instanties neemt de Commissie een aanbeveling aan inzake relevante markten voor producten en diensten (hierna "de aanbeveling" genoemd). Daarin worden () de markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn, onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd. De Commissie definieert de markten overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.

De Commissie herziet de aanbeveling op gezette tijden.

2. De Commissie publiceert () richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (hierna "de richtsnoeren" te noemen), in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht.

3. De nationale regelgevende instanties bepalen, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. De nationale regelgevende instanties volgen de procedures van de artikelen 6 en 7 voordat zij markten definiëren die verschillen van de in de aanbeveling genoemde.

()

Artikel 16

Marktanalyseprocedure

1. Zo spoedig mogelijk na de aanneming van de Aanbeveling of een bijwerking daarvan voeren de nationale regelgevende instanties, zoveel mogelijk met inachtneming van de richtsnoeren een analyse van de relevante markten uit.

() "

In de Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, wordt voor zover thans van belang het volgende gesteld:

" 1. Bij het bepalen conform artikel 15, lid 3, van Richtlijn 2002/21/EG van de relevante markten die met de nationale omstandigheden overeenkomen, dienen de nationale regelgevende instanties de producten- en dienstenmarkten te analyseren die in de bijlage bij deze aanbeveling worden opgesomd.

()

Bijlage

()

6. Afgevende segmenten van huurlijnen op wholesaleniveau, ongeacht van welke technologie gebruik wordt gemaakt om gehuurde of toepassingsspecifieke capaciteit te leveren.

() "

In de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) is onder meer het volgende bepaald:

" Artikel 6a.1

1. Het college bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht de relevante markten in de elektronische communicatiesector waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een in een aanbeveling als bedoeld in artikel 15, eerste lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG vermelde product- of dienstenmarkt. ()

3. Het college onderzoekt de overeenkomstig het eerste () lid bepaalde relevante markten zo spoedig mogelijk.

()

Artikel 18.7

1. Onze Minister, onderscheidenlijk het college [van OPTA; College], is bevoegd voor een juiste uitvoering van het bepaalde bij of krachtens deze wet of bij de roamingverordening van een ieder te allen tijde inlichtingen te vorderen voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

2. Degene van wie krachtens het eerste lid inlichtingen zijn gevorderd, is verplicht deze onverwijld te geven, maar in elk geval binnen de daartoe door Onze Minister, onderscheidenlijk het college, te stellen termijn.

() "

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Op 20 april 2007 heeft Dialogic Innovatie en Interactie te Utrecht (hierna: Dialogic) in opdracht van OPTA een rapport, getiteld "Produktmarkten en marktsegmentering bij zakelijke telecommunicatiediensten" uitgebracht.

- Eveneens in opdracht van OPTA heeft Dialogic op 28 mei 2008 een rapport getiteld "Eindgebruikersonderzoek in zakelijke marktsegmenten" uitgebracht.

- Op 29 juli 2008 heeft OPTA het ontwerp van het Marktanalysebesluit Huurlijnen bekend gemaakt en belanghebbenden in de gelegenheid gesteld hun zienswijze ten aanzien van het ontwerpbesluit te geven.

- Eurofiber, BT c.s., KPN en bbned c.s. hebben hun zienswijzen over dit ontwerpbesluit kenbaar gemaakt.

- Op 17 oktober 2008 heeft KPN gereageerd op de zienswijzen van de andere partijen.

- Op 5 november 2008 heeft OPTA het ontwerpbesluit genotificeerd bij de Europese Commissie.

- Vervolgens heeft OPTA het besluit van 19 december 2008 (hierna: bestreden besluit) genomen.

3. Overwegingen

3.1 In het bestreden besluit heeft OPTA, voor zover van belang voor het hierna te geven oordeel, de volgende relevante markten afgebakend:

- de retail-, respectievelijk wholesalemarkt voor laagcapacitaire huurlijnen, bestaande uit zowel huurlijnen als datacommunicatiediensten met een (symmetrische) capaciteit die kleiner is dan of gelijk aan 20 Mbit/s;

- de retail-, respectievelijk wholesalemarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen met een capaciteit die groter is dan 20 Mbit/s, bestaande uit zowel huurlijnen als datacommunicatiediensten.

Deze markten omvatten geheel Nederland en beperken zich tot Nederland.

Op grond van de dominantieanalyse heeft OPTA vastgesteld dat KPN op beide genoemde wholesalemarkten beschikt over aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM). Ter voorkoming van een aantal op de retailmarkten geconstateerde mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen, heeft OPTA KPN op de laag- en hoogcapacitaire wholesalemarkt verplichtingen opgelegd inzake toegang, transparantie, non-discriminatie en tariefregulering.

Aangezien de openbare versie van het bestreden besluit is gepubliceerd op de website van OPTA en partijen kennis dragen van dit besluit, acht het College het niet noodzakelijk de inhoud van het bestreden besluit op deze plaats uitvoeriger weer te geven.

3.2 Gelet op het hierna te geven oordeel beperkt het College zich tot het weergeven van grief 1 van KPN en de daarbij relevante subgrieven. Deze grief heeft betrekking op de marktafbakening. KPN stelt dat OPTA ten onrechte en in elk geval zonder (voldoende) onderzoek en motivering de grens tussen de markten voor laag- en hoogcapacitaire huurlijnen zowel op retail- als op wholesaleniveau bij 20 Mbit/s heeft gelegd.

3.2.1 Volgens subgrief 1.1 vormen de door OPTA geïdentificeerde technologische ontwikkelingen, inhoudende het stapelen van koperverbindingen en de opkomst van VDSL2, geen voldoende onderbouwing voor het standpunt dat de grens tussen hoogcapacitaire en laagcapacitaire huurlijnen op 20 Mbit/s ligt.

Stapelen van koper is geen technologische ontwikkeling die rechtvaardigt dat OPTA een andere marktafbakening hanteert dan bij het Marktanalysebesluit huurlijnen 2005. Stapelen van koper behoort sinds 1999 tot de mogelijkheden. Uitgaande van de technische standaard die OPTA in 2005 hanteerde, te weten dat over een koperverbinding een capaciteit van

2 Mbit/s kan worden bereikt, behoorde toen een maximum capaciteit van 8 Mbit/s op gestapeld koper tot de mogelijkheden. Toch heeft OPTA in het Marktanalysebesluit 2005, zonder de mogelijkheid van het stapelen van koper in aanmerking te nemen, de grens tussen laag- en hoogcapacitaire huurlijnen op 2 Mbit/s vastgesteld. De nu aangenomen maximale capaciteit van 20 Mbit/s is slechts een theoretische mogelijkheid, zoals OPTA zelf stelt in voetnoot 110 van het bestreden besluit. Het gebruik van gestapelde koperverbindingen in de capaciteitsband van 2 tot 20 Mbit/s is in de praktijk zodanig gering, dat hiervan niet of nauwelijks disciplinerende werking uitgaat op glasverbindingen in dit segment.

Daarin komt geen verandering, omdat het stapelen van koper door een aantal factoren wordt beperkt.

Ten eerste zijn op veel zakelijke eindgebruikerlocaties onvoldoende koperaders aanwezig om te kunnen stapelen tot de gewenste capaciteit. Bij het overgrote merendeel van dergelijke locaties zijn slechts één of twee koperaders aanwezig. Op slechts 10,5% van de zakelijke eindgebruikerlocaties bevinden zich voldoende vrije koperaders voor een huurlijn met een capaciteit van 20 Mbit/s of meer. In verband met de daarmee gemoeide kosten is het onwaarschijnlijk dat aanbieders overgaan tot het aanleggen van nieuwe koperaders om aan de wensen van de eindgebruikers tegemoet te komen. Eindgebruikers zullen daarom vrijwel steeds kiezen voor glas. De concurrentiedruk van koper is dan ook beperkt. OPTA heeft hiernaar geen onderzoek gedaan.

Ten tweede neemt de capaciteit die kan worden geleverd over gestapeld koper wegens de intrinsieke eigenschappen van koperverbindingen snel af naarmate de eindgebruikerlocatie verder af ligt van de MDF-centrale. Capaciteiten van 20 Mbit/s over koper zijn slechts denkbaar binnen een afstand van 1 kilometer van de MDF-centrale, terwijl bij een afstand van 1,5 kilometer de maximale capaciteit over vier gestapelde koperaders op 10 Mbit/s ligt. Op circa 1,8 kilometer van de MDF-centrale ligt deze maximum capaciteit reeds onder de 5 Mbit/s. Capaciteiten van 10 of 20 Mbit/s zijn slechts beschikbaar voor een beperkt aantal eindgebruikers, namelijk voor degenen wier locatie binnen één, respectievelijk 1,5 kilometer van de MDF-centrale is gelegen. Niet gebleken is dat dit is meegewogen, zoals OPTA stelt.

Hoewel VDSL2 een nieuwe technologie is die hogere capaciteiten over koper mogelijk maakt, kan OPTA de verschuiving van de grens tussen hoogcapacitaire en laagcapacitaire huurlijnen van 2 naar 20 Mbit/s evenmin hierop baseren. VDSL2 heeft momenteel geen landelijke dekking. De verwachte dekking van de voor consumenten bedoelde VDSL2-techniek zal aan het einde van de reguleringsperiode maximaal 20% zijn. VDSL2 heeft een hogere download- dan uploadsnelheid en is derhalve ongeschikt voor zakelijke eindgebruikers, voor wie huurlijnen (uitsluitend) zijn bedoeld. Bovendien motiveert OPTA niet waarom zij VDSL2 wel geschikt vindt voor toepassing op de zakelijke markt, maar coax niet vanwege het feit dat over coax alleen asymmetrische capaciteit wordt geleverd. Evenals voor gestapeld koper geldt voor VDSL2 wat betreft het realiseren van hoge uploadsnelheden dat de afstand tot de MDF-centrale waarbinnen een dergelijke capaciteit kan worden worden geleverd, relatief beperkt is. Verder is VDSL2 slechts uitgegeven voor directe bekabeling vanaf de MDF-centrale naar de eindgebruiker; slechts 10% van de aanwezige koperaansluitingen heeft directe bekabeling, waarvan de helft zich bevindt binnen een afstand van één kilometer tot de MDF-centrale.

3.2.2 Volgens subgrief 1.2 heeft OPTA zonder (voldoende) onderzoek en /of motivering vastgesteld dat de grens tussen glasvezel- en koperverbindingen bij 20 Mbit/s ligt.

OPTA heeft nagelaten (voldoende) onderzoek te verrichten naar de verhouding tussen koper en glas in het segment tussen 2 en 20 Mbit/s. De afname van huurlijnen over koper met een capaciteit van meer dan 2 Mbit/s is verwaarloosbaar ten opzichte van de afname van dergelijke huurlijnen over glas. KPN schat dat er 500 huurlijnen over gestapeld koper zijn, tegenover 10.000 over glas in dit segment. Dit wijst erop dat binnen dit segment de concurrentiedruk van gestapelde koperverbindingen op glasverbindingen zeer beperkt is en dat de scheiding tussen hoogcapacitaire en laagcapacitaire huurlijnen niet bij 20 Mbit/s ligt.

Uit het onderzoek van Dialogic uit 2008 komt naar voren dat niet de prijs, maar het feit dat een andere dienst betere prestaties levert, zoals meer functionaliteiten of een hogere capaciteit, de belangrijkste reden vormt voor autonome migratie van laag- naar hoogcapacitaire huurlijnen. De prijs komt op de tweede plaats. Daarbij komt dat zowel de belangrijkste reden (betere prestaties, functionaliteiten en capaciteit), als de redenen die op de derde en de vierde plaats staan (respectievelijk toekomstvastheid van de dienst en betrouwbaarheid daarvan) bij uitstek kwaliteiten zijn van een glasvezelverbinding. De door Dialogic gevonden redenen voor migratie wijzen derhalve in hoofdzaak naar glas. Het door OPTA gepretendeerde onderzoek is grotendeels op onvolledige analyses en onjuiste aannames gebaseerd. Verder is van belang dat door de aanwezigheid van overstapdrempels tussen glas en koper remigratie van eindgebruikers van glas naar koper niet waarschijnlijk is.

3.2.3 Volgens subgrief 1.4 heeft OPTA niet (voldoende) onderzocht en /of gemotiveerd dat geen substitutie bestaat tussen huurlijnen met een capaciteit van minder dan 20 Mbit/s en huurlijnen met een capaciteit van meer dan 20 Mbit/s.

OPTA onderbouwt haar stelling dat geen substitutie bestaat tussen huurlijnen in deze segmenten door te verwijzen naar het prijsverschil tussen een huurlijn van 2 Mbit/s en een huurlijn van 34 Mbit/s: dit bedraagt een factor drie, zodat van een huurlijn van 34 Mbit/s onvoldoende disciplinerende werking uitgaat om een prijsstijging van 5 tot 10% van een huurlijn van 2 Mbit/s onrendabel te maken. Daarbij gaat OPTA er ten onrechte van uit dat tussen huurlijnen met genoemde capaciteiten geen tussenvormen bestaan. Volgens KPN kunnen via Ethernet huurlijnen van elke capaciteit tussen 2 en 34 Mbit/s worden aangeboden, en vormen deze als het ware een ononderbroken keten van (steeds duurder wordende, maar niettemin met elkaar concurrerende) diensten. Het tariefverschil onderbouwt derhalve niet OPTAs stelling.

OPTAs opvatting dat bedoelde prijssprong zich voordoet in gebieden waar glas nog moet worden aangelegd, is onjuist en onbegrijpelijk: indien namelijk glas wordt aangelegd, kan de nieuw aangelegde aansluiting ook worden gebruikt om huurlijnen van 5, 10 of 20 Mbit/s te leveren. De sprong naar 34 Mbit/s bestaat dan niet meer. Bovendien zou OPTA, gelet op de waarde die zij hecht aan technologische ontwikkelingen en de prospectieve analyse, hebben moeten concluderen dat de prijssprong tussen 2 en 34 Mbit/s door de progressieve aanleg van glasvezel en toepassing van Ethernet-technologie in de huidige reguleringsperiode steeds minder relevant zal worden. Daardoor kan de prijssprong niet dienen als onderbouwing van de marktafbakening.

Het argument dat huurlijnen met een capaciteit groter dan 20 Mbit/s in principe worden geleverd over een glasvezelaansluiting en niet over een koperaansluiting biedt evenmin steun voor de stelling dat de grens tussen laagcapacitaire en hoogcapacitaire huurlijnen op 20 Mbit/s ligt, omdat (het overgrote deel van de) huurlijnen in de capaciteitsband tussen 2 en 20 Mbit/s ook over glas worden geleverd.

Het argument dat het leveren van een huurlijn van meer dan 20 Mbit/s over een glasvezelaansluiting maakt dat deze aansluiting sneller rendabel is dan indien hierover een huurlijn van 20 Mbit/s of minder wordt geleverd, ondersteunt OPTAs marktafbakening evenmin, omdat dit ook geldt voor elke andere willekeurige capaciteit dan 20 Mbit/s en evengoed reden had kunnen zijn om de grens op 2, 10 of 34 Mbit/s te stellen.

De reden die OPTA aanvoert voor het achterwege laten van uitgebreid onderzoek naar de substitutie tussen huurlijnen met een capaciteit gelijk aan 20 Mbit/s of minder, respectievelijk van meer dan 20 Mbit/s, te weten dat goede gegevens ontbraken, kan niet als excuus dienen. OPTA beschikt immers over alle mogelijkheden en bevoegdheden om dergelijke informatie te verwerven. OPTA was ook verplicht van die middelen gebruik te maken om de benodigde informatie op te vragen. De opvatting van OPTA dat het voor de dominantieanalyse geen verschil maakt of de grens bij 10, 15 of 20 Mbit/s wordt gelegd, is onjuist

en ontslaat OPTA niet van de verplichting om een gedegen onderzoek uit te voeren naar de marktafbakening.

3.3 In reactie op grief 1 van KPN heeft OPTA samengevat weergegeven het volgende aangevoerd.

3.3.1 In het kader van overleg binnen de stichting Forum voor Interconnectie en Speciale Toegang (hierna: FIST) is een spectraal masker afgesproken waardoor per aderpaar een symmetrische SDSL-verbinding kan worden gerealiseerd van 5 Mbit/s en de maximum- capaciteit van gestapeld koper is gegroeid tot 20 Mbit/s. Dit is een nieuwe technologische ontwikkeling die afwijking van de marktafbakening 2005 rechtvaardigt. Een maximumcapaciteit van 20 Mbit/s is géén theoretisch maximum: traditionele huurlijnen worden reeds aangeboden tegen snelheden richting 20 Mbit/s. Ook al zou 20 Mbit/s momenteel nog wel slechts een theoretische mogelijkheid zijn, dan staat dit gezien de prospectieve analyse niet in de weg aan vaststelling van de grens op 20 Mbit/s.

KPN kan niet worden gevolgd in haar stelling dat in de capaciteitsband tussen 2 en 20 Mbit/s niet of nauwelijks een disciplinerende werking uitgaat van gestapelde koperverbindingen op glasverbindingen. OPTA betwist niet dat koper in dat segment nog geen grote rol speelt. Dit is niet vreemd omdat pas sinds kort een capaciteit van 20 Mbit/s over koper kan worden gehaald, VDSL nog moet worden opgestart en KPN ervoor heeft gekozen om voor huurlijnen boven 2 Mbit/s glasverbindingen te gebruiken en geen gestapeld koper. Het blijkt dat in de capaciteitsband van 2 tot en met 20 Mbit/s zowel over koperen als over glasvezelnetwerken vergelijkbare kwaliteit en capaciteit kan worden geboden. Er is een (toenemende) concurrentiedruk van koper op glas in deze capaciteitsband, mede gelet op het aanbod van huurlijnen op basis van gestapeld koper van alternatieve aanbieders zoals bbned en Tele2. Afnemers van op koper gebaseerde huurlijnen met een capaciteit van 2 Mbit/s of minder die in de komende reguleringsperiode behoefte hebben aan uitbreiding tot maximaal 20 Mbit/s, zijn niet langer aangewezen op een nieuwe glasvezelverbinding, maar kunnen tegen geringere kosten ook extra capaciteit afnemen via de reeds aanwezige koperverbindingen.

Er zijn voldoende vrije koperaders aanwezig: minimaal zijn twee koperparen beschikbaar en bij grotere afstanden tot de centrale liggen er doorgaans al drie of meer koperparen. Op zakelijke locaties zijn doorgaans meer aderparen aanwezig, zodat zonder extra graafkosten op basis van gestapeld koper een hogere capaciteit kan worden gehaald. Gelet op de migratie van traditionele huurlijnen naar datacom zal het aantal locaties waar de benodigde vier koperparen ook vrij zijn, inmiddels hoger zijn dan door KPN gesteld en in de toekomst zal dit aantal nog verder stijgen.

Dat signalen over koper zwakker worden naarmate de afstand tot de MDF-centrale groter is, is een feit van algemene bekendheid dat door OPTA is meegewogen in het bestreden besluit. Dit blijkt uit randnummer 237 van dat besluit. Niet in geschil is dat voor een capaciteit van 20 Mbit/s over (gestapeld) koper de afstand van de eindgebruiker tot de centrale niet groter mag zijn dan ongeveer 1 kilometer. OPTA heeft niet onderzocht hoeveel procent van de zakelijke eindgebruikers zijn gevestigd binnen een straal van 1 kilometer van de MDF-centrale. Exacte informatie hierover was ook niet nodig voor de marktafbakening. OPTA erkent dat er situaties kunnen zijn waarbij een gedeelte van de zakelijke eindgebruikers zich bevindt op een grotere afstand dan 1 kilometer van de MDF-centrale. OPTA heeft deze omstandigheid meegenomen bij het bepalen van de bovengrens van de markt voor laagcapacitaire huurlijnen en hierin geen aanleiding gezien om de grens op een lager niveau dan 20 Mbit/s te leggen. Op basis van een prospectieve analyse, waarbij OPTA terecht belang heeft gehecht aan technische ontwikkelingen, heeft OPTA geoordeeld dat 20 Mbit/s voor de huidige reguleringsperiode de meest aangewezen (bestendige) grens is. Daarbij maakt het, gelet op het beperkte aantal lijnen in de capaciteitsband van 10 tot 20 Mbit/s, voor de dominantieanalyse geen verschil of de grens gelegd wordt bij 10, 15 of 20 Mbit/s.

Met betrekking tot VDSL2 heeft OPTA aangegeven dat KPN in haar netwerken allerlei vormen van toegang mengt: anders gezegd, de verhouding in de mix van FttO en FttC/VDSL kan voortdurend veranderen. Aanvankelijk waren de All-IP plannen van KPN gebaseerd op een grootschalige uitrol van VDSL2 vanuit de straatkast. KPN heeft haar plannen vervolgens gewijzigd en een grotere uitrol voor ODF-access voorzien. Intussen heeft KPN haar VDSL2-strategie opnieuw gewijzigd en in plaats van een snelle en massale uitrol van glasvezel tot aan de eindgebruikers, gekozen voor een FttC-achtige strategie waardoor VDSL2 met bandbreedtes tot 30 à 40 Mbit/s beschikbaar zal komen voor ongeveer 80 % van de bevolking. Hetgeen KPN heeft aangevoerd over de beperkte geografische footprint van VDSL2 en het aanvankelijk voorziene dekkingspercentage van maximaal 20 % aan het einde van de reguleringsperiode, doet derhalve geen

afbreuk aan het oordeel van OPTA met betrekking tot VDSL2 als onderbouwing voor de bepaling van de grens op 20 Mbit/s. Overigens is ook een dekkingsfactor van VDSL2 van 20 % een factor van betekenis. Het asymmetrisch karakter van VDSL2 is voor de zakelijke markt geen bezwaar mits de uploadsnelheid maar groot genoeg is. Voor coax geldt in beginsel hetzelfde, maar coax vormt niet echt een alternatief voor huurlijnen over glas omdat op het coaxnetwerk onvoldoende capaciteit beschikbaar is om bandbreedte te kunnen vrijmaken voor een commercieel huurlijnenaanbod. Gebleken is, dat KPN WBT op basis van VDSL2/FttC aan zakelijke eindgebruikers aanbiedt; daaruit blijkt dat KPN aan zakelijke eindgebruikers zowel symmetrische als asymmetrische verbindingen aanbiedt.

3.3.2 Uit het onderzoek van Dialogic uit 2008 naar de beweegredenen voor autonome migratie van laag- naar hoogcapacitaire huurlijnen kwam naar voren dat de prijs van de dienst en kenmerken die zijn gerelateerd aan de capaciteit van de huurlijnen, de belangrijkste redenen zijn voor een overstap van laag- naar hoogcapacitaire huurlijnen. Omdat afnemers van laagcapacitaire huurlijnen geen voorkeur hebben voor glas of koper, en de factor prijs iets vaker dan kwaliteit wordt genoemd als reden voor overstap, neemt OPTA als uitgangspunt dat bij migratie de kosten van doorslaggevend belang zijn. Dat zakelijke eindgebruikers een voorkeur zouden hebben voor glas, zoals KPN beweert, wijst het onderzoek niet uit.

Dat remigratie van glas naar koper onwaarschijnlijk is, staat niet in de weg aan OPTAs oordeel dat de grens zich bevindt bij 20 Mbit/s: uit de sterke aanwezigheid van glas in het segment van 2 tot 20 Mbit/s kan niet worden afgeleid dat geen sprake is van substitutie tussen (gestapeld) koper en glas.

3.3.3 OPTA erkent dat de capaciteit van huurlijnen op basis van Ethernet gemakkelijker schaalbaar is en dat daar waar glas al aanwezig is, de opbouw van de tarieven geleidelijker lijkt te zijn. Waar glas nog moet worden aangelegd, doet zich echter een prijssprong voor. Boven de 20 Mbit/s ontbreekt de disciplinering van een goedkoper koperaanbod, waardoor de extra kosten die gepaard gaan met de aanleg van glasvezel gemakkelijker kunnen worden doorberekend aan de eindgebruiker. De vergelijking van de prijs tussen een huurlijn met een capaciteit van 2 Mbit/s en een van 34 Mbit/s is een ondergeschikt element in de substitutieanalyse, maar bevestigt wel dat de tarieven van huurlijnen van meer dan

20 Mbit/s aanzienlijk hoger liggen dan de tarieven van huurlijnen van minder dan 20 Mbit/s. Vergelijking van tarieven tussen deze huurlijnen wordt bemoeilijkt omdat huurlijnen vaak gebundeld met allerlei andere telecommunicatiediensten worden verkocht en omdat huurlijnen in allerlei soorten en maten worden aangeboden. OPTA heeft de grens bepaald aan de hand van ontwikkelingen aan de vraagzijde en onderzoek naar de impact van technische ontwikkelingen. Het betreft hier de vaststelling dat er sprake is van een toenemende capaciteitsbehoefte bij eindgebruikers, het Dialogic-onderzoek uit 2007 waaruit blijkt dat eindgebruikers in beginsel geen voorkeur hebben voor koper of glas, technische ontwikkelingen waardoor over het kopernetwerk een bandbreedte tot 20 Mbit/s kan worden gerealiseerd, het Dialogic-onderzoek uit 2008 waaruit volgt dat de prijs van een huurlijn de belangrijkste reden voor een overstap vormt en de vaststelling dat bij een overstap naar glas bijna altijd graafkosten moeten worden gemaakt. Daarbij geldt dat OPTAs analyse door de meeste partijen wordt onderschreven.

Voorts is het volgens OPTA zo dat, voor zover KPN met subgrief 1.4 betoogt dat een SSNIP-test een onmisbaar element is voor de marktafbakening, KPN hiermee miskent dat het oordeel dat sprake is van substitutie niet noodzakelijkerwijs (enkel) op prijsdata hoeft te worden gebaseerd.

3.4 Met betrekking tot de door KPN met grief 1 aangevochten marktafbakening overweegt het College als volgt.

3.4.1 In het bestreden besluit heeft OPTA de relevante retail- en wholesalemarkten voor huurlijnen afgebakend. Deze markten zijn de retail-, respectievelijk wholesalemarkt voor laagcapacitaire huurlijnen, bestaande uit huurlijnen en datacommunicatiediensten met een (symmetrische) capaciteit die kleiner is dan of gelijk aan 20 Mbit/s, en de retail-, respectievelijk wholesalemarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen, bestaande uit huurlijnen en datacommunicatiediensten met een capaciteit groter dan 20 Mbit/s. OPTA heeft de grens tussen genoemde markten voor laagcapacitaire en hoogcapacitaire huurlijnen derhalve gelegd bij 20 Mbit/s. Hiermee is OPTA tot een andere marktafbakening gekomen dan in het Marktanalysebesluit huurlijnen 2005. In dat besluit onderscheidde OPTA naast een retailmarkt voor analoge huurlijnen, retail- en wholesalemarkten voor huurlijnen met een capaciteit van respectievelijk kleiner dan 2 Mbit/s, 2 Mbit/s, en meer dan 2 Mbit/s, en afzonderlijke wholesalemarkten voor datacommunicatie over koper en glas.

3.4.2 OPTA heeft de bovengrens voor laagcapacitaire huurlijnen vastgesteld op 20 Mbit/s op grond van de aanname dat binnen de onderhavige reguleringsperiode dit de verwachte capaciteitslimiet van koperverbindingen zal zijn. OPTA heeft daartoe gesteld dat door technische ontwikkelingen, namelijk door de mogelijkheid van het stapelen van ten hoogste vier koperparen van elk 5 Mbit/s en door het gebruik van de toegangstechnologie VDSL2, mag worden aangenomen dat de capaciteit van huurlijnen over koper in deze periode zal groeien tot maximaal 20 Mbit/s. Op basis van een substitutieanalyse heeft OPTA vervolgens geconcludeerd dat de relevante overstapdrempels tussen koper- en glasverbindingen zich bevinden bij 20 Mbit/s in verband met substantieel geachte kostenverschillen tussen koper en glas. Huurlijnen met een capaciteit van 20 Mbit/s of minder en huurlijnen met een capaciteit groter dan 20 Mbit/s zijn volgens verweerder daarom in onvoldoende mate onderling uitwisselbaar om tot dezelfde productmarkt te kunnen worden gerekend.

3.4.3 Op basis van de thans voorhanden zijnde gegevens is het College er niet van overtuigd dat de bovengrens van de markt voor laagcapacitaire huurlijnen bij 20 Mbit/s ligt.

In de eerste plaats is daartoe redengevend dat de door OPTA genoemde technische ontwikkelingen geen voldoende onderbouwing vormen voor het leggen van de grens tussen laag- en hoogcapacitaire huurlijnen bij 20 Mbit/s. OPTA heeft naar het oordeel van het College niet aannemelijk gemaakt dat op een niet verwaarloosbaar aantal locaties van zakelijke eindgebruikers voldoende koperaders aanwezig zijn waarmee gestapelde koperverbindingen met een capaciteit van 20 Mbit/s kunnen worden gerealiseerd. Evenmin heeft OPTA aannemelijk gemaakt dat, indien wel voldoende koperparen aanwezig zijn, deze vrij beschikbaar zijn voor gebruik ten behoeve van een huurlijn over een gestapelde koperverbinding met een capaciteit van 20 Mbit/s. Uit het bestreden besluit blijkt niet dat OPTA zich daarbij rekenschap heeft gegeven van deze aspecten. Hetgeen OPTA in het verweerschrift en in zijn reactie op de zienswijzen van partijen daarover naar voren heeft gebracht, acht het College te weinig onderbouwd om hem te overtuigen van de juistheid van het door OPTA daar ingenomen standpunt dat voldoende vrije koperparen beschikbaar zijn op genoemde locaties. Uit de in randnummer 4.5.17 van het verweerschrift weergegeven passage uit Annex 10d van de WPC2/EDC-rapportage volgt niet dat op deze locaties doorgaans meer dan twee koperparen aanwezig zijn. OPTAs stelling (in randnummer 4.1.21 van vorengenoemde reactie) dat, gelet op de migratie van traditionele huurlijnen naar datacommunicatie, het aantal locaties waar vier koperparen werkelijk vrij zijn hoger is dan KPN aangeeft, berust niet op een eigen zorgvuldige analyse van de eventuele gevolgen van genoemd verschijnsel voor de beschikbaarheid van vrije koperparen aan de hand van concrete gegevens.

Vervolgens overweegt het College dat het een vaststaand gegeven is dat de maximaal haalbare capaciteit over koper afhankelijk is van de afstand van de eindgebruikerlocatie tot de MDF-centrale. Naarmate de eindgebruikerlocatie verder af ligt van de MDF-centrale, neemt de capaciteit van de verbinding snel af. OPTA betwist niet dat voor een capaciteit van 20 Mbit/s over (gestapeld) koper de afstand van de eindgebruiker tot de centrale niet groter mag zijn dan ongeveer 1 kilometer. OPTA stelt dat zij deze omstandigheden heeft meegenomen bij het bepalen van de grens op 20 Mbit/s en dat dit blijkt uit randnummer 237 van het besluit.

Dit randnummer luidt:

" Capaciteiten tot en met 20 Mbit/s kunnen in het algemeen over aansluitingen van koperdraad worden geleverd. Voor hogere capaciteiten is thans in het algemeen een aansluiting van glasvezel nodig. Echter, de exacte grens van wat nog met koper kan worden geleverd, is afhankelijk van de lengte van de koperen aansluitlijn en de gebruikte techniek. Met het voortschrijden van de technische mogelijkheden wordt de maximum capaciteit die over koper kan worden geleverd steeds groter."

Hoewel OPTA hier een relatie legt tussen de lengte van de aansluitlijn en de capaciteit die over koper kan worden geleverd, heeft OPTA daarmee niet aannemelijk gemaakt dat de geconstateerde afstandsbeperking niet haar conclusie aantast dat in de onderhavige reguleringsperiode met gestapelde koperverbindingen op voldoende zakelijke eindgebruikerlocaties huurlijnen met een capaciteit van 20 Mbit/s kunnen worden gerealiseerd. De verwachting van OPTA dat met het voortschrijden van de technische mogelijkheden de maximumcapaciteit over koper steeds groter wordt, is in dit verband niet binnen de horizon van de

onderhavige reguleringsperiode met feiten onderbouwd en kan derhalve genoemde conclusie niet dragen.

Ook ten aanzien van VDSL2 heeft OPTA naar het oordeel van het College onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van een zodanige technische ontwikkeling dat deze steun biedt aan de conclusie van OPTA dat de grens tussen laag- en hoogcapacitaire huurlijnen bij 20 Mbit/s dient te worden gelegd. VDSL2 is een toegangstechnologie voor breedbandinternet die gebruik maakt van het bestaande koperen netwerk. Deze techniek voorziet in een asymmetrische verbinding, waarbij hoge downloadsnelheden mogelijk zijn. Dit gaat echter ten koste van de uploadsnelheid, die aanzienlijk lager ligt. Omdat consumenten doorgaans meer downloaden dan uploaden, lijkt VDSL2 bij uitstek geschikt voor de consumentenmarkt. Voorts geldt bij VDSL2 eveneens dat de afstand van de eindgebruikerlocatie tot de MDF-centrale een beperkende factor is in die zin dat de snelheid lager wordt naarmate de eindgebruikerlocatie verder weg is gelegen van de MDF-centrale.

Naar het oordeel van het College had OPTA zich rekenschap moeten geven van de vraag, of en in hoeverre vorengenoemde eigenschappen van VDSL2 in de weg staan aan het gebruik van deze techniek voor huurlijnen op de zakelijke markt, nu voor deze lijnen kenmerkend is dat zij door zakelijke eindgebruikers worden gebruikt voor het downloaden en uploaden van grote hoeveelheden informatie op alle op het bedrijfsnetwerk aangesloten bestemmingen.

Ten slotte draagt het feit dat aan het begin van de onderhavige reguleringsperiode nog geen sprake was van een substantiële uitrol van VDSL2 niet bij aan de overtuigingskracht van vorengenoemde conclusie van OPTA.

3.4.4 In de tweede plaats is voor het in rubriek 3.4.2 weergegeven oordeel van het College redengevend dat OPTA heeft nagelaten voldoende onderzoek te doen naar de feitelijke verhouding tussen het aantal koper- en glasverbindingen in het segment tot en met 20 Mbit/s. Inzicht in deze verhouding is van belang voor de beoordeling van de juistheid van OPTAs aanname dat in dit segment huurlijnen over koper voldoende prijsdruk uitoefenen op huurlijnen over glas om deze te laten behoren tot één en dezelfde relevante retail-, c.q. wholesalemarkt voor laagcapacitaire huurlijnen en de grens met de relevante retail- en wholesalemarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen moet worden gelegd bij 20 Mbit/s. KPN heeft gesteld dat in genoemd segment huurlijnen over koper geen, althans onvoldoende disciplinerende werking uitoefenen op huurlijnen over glas, omdat het aantal koperverbindingen in dit segment veel lager is dan het aantal glasverbindingen, het overgrote deel van de huurlijnen in dit segment over glas wordt afgenomen en een verwaarloosbaar deel van de huurlijnen verbindingen over koper betreft. Het College heeft in de gedingstukken en het verhandelde ter zitting onvoldoende aanknopingspunten gevonden voor de conclusie dat deze stellingen van KPN uit de lucht zijn gegrepen. Het feit dat OPTA in het verweerschrift (zie randnummer 4.5.13) heeft erkend dat het aantal huurlijnen op basis van koper in het segment van 2 tot en met 20 Mbit/s nog relatief beperkt is, levert eerder een aanwijzing op voor het tegendeel. Zonder nader onderzoek naar genoemde verhouding kan het standpunt van OPTA over de disciplinerende werking van huurlijnen over koper op huurlijnen over glas in dit segment derhalve niet als juist worden aanvaard. Hierbij moet nog worden aangetekend dat het College het niet waarschijnlijk of voor de hand liggend acht dat remigratie van glasverbindingen naar koperverbindingen in dit segment zal plaatsvinden, onder meer niet omdat dit met zich zou brengen dat gedane investeringen in glasverbindingen teniet worden gedaan en opnieuw moet worden geïnvesteerd in de aanschaf van apparatuur voor de afname van huurlijnen over koper.

3.4.5 OPTA is ook op basis van een analyse van de vraagsubstitutie tot de conclusie gekomen dat de bovengrens voor laagcapacitaire huurlijnen op 20 Mbit/s ligt. OPTA heeft in dit kader onderzocht in hoeverre digitale huurlijnen in de productsegmenten tot en met 20 Mbit/s enerzijds en groter dan 20 Mbit/s anderzijds concurrentiedruk op elkaar uitoefenen. Op grond van dit onderzoek heeft OPTA geconcludeerd dat onvoldoende vraagsubstitutie bestaat van retail huurlijnen over koper naar huurlijnen over glas om te kunnen spreken van één markt. Naar het oordeel van het College kent dit onderzoek echter zodanige gebreken dat het niet ten grondslag kon worden gelegd aan vorengenoemde conclusie. Het College overweegt daartoe als volgt.

3.4.5.1 Volgens OPTA wordt de bovengrens vanuit de vraagzijde van de markt bepaald door enerzijds de behoefte aan capaciteit en anderzijds de drempels die zijn gemoeid met de overstap naar een hogere capaciteit.

Met betrekking tot de behoefte aan capaciteit heeft OPTA in het bestreden besluit in het kader van de substitutieanalyse het volgende overwogen:

" 311. Onder eindgebruikers is sprake van een autonome migratie van laag- naar hoogcapacitaire huurlijnen. Dit blijkt () uit het onderzoek van Dialogic. ()

312. Voorts blijkt uit het onderzoek dat de belangrijkste, autonome, redenen voor de gesignaleerde migratie de prijs van de dienst is en kenmerken die gerelateerd zijn aan de capaciteit van de huurlijnen, zoals functionaliteiten en toekomstvastheid ().

315. Waar ten tijde van het vorige besluit een 2 Mb-huurlijn een bepaalde standaard was, worden tegenwoordig huurlijnen veel gevraagd met een standaardcapaciteit van 10 of 20 Mbit/s symmetrisch. Het betreft hier dan vaak verbindingen voor de minder grote bedrijfsvestigingen, met een relatief grote, maar beperkte capaciteitsbehoefte.

316. De gevraagde capaciteit begint in het hogere segment doorgaans bij 34 Mbit/s. Dit was technisch gedreven omdat de eerst lagere verbinding een 2Mb-verbinding was. Capaciteit gaat op basis van deze (traditionele SDH-) techniek met sprongen (2-34-155 Mbit/s). Met nieuwere technieken (Ethernet) wordt het ook mogelijk om tussenliggende capaciteiten te leveren. Voorheen werd dit opgelost door een aantal 2Mb-verbindingen af te nemen.

317. De technische standaard is gegroeid van 2 naar 5 Mbit/s. Door stapeling van 4 koperparen kan daarmee 20 Mbit/s gerealiseerd worden. De afbakening van 20 Mbit/s () sluit daarmee aan op zowel de technische standaard als de groei van de behoefte naar grotere capaciteit. Immers, hoe 20 Mbit/s gerealiseerd wordt is voor de eindgebruiker minder relevant."

Hieruit blijkt dat OPTA ervan uitgaat dat bij eindgebruikers vooral behoefte bestaat aan huurlijnen met een symmetrische capaciteit van 10 of 20 Mbit/s en, in het hogere segment, van 34 Mbit/s en meer. OPTA heeft zich daarbij gebaseerd op het rapport van Dialogic uit 2008.

Aan het rapport van Dialogic uit 2008 ontleent het College het volgende:

" 5.2 Overstapgedrag naar producten

MB- en GB-bedrijven stappen vaker over dan KB- en SOHO-bedrijven. In de afgelopen drie jaar is 19% van de MB-bedrijven en 22% van de GB-bedrijven van type huurlijn of VPN overgestapt. Nog eens 11% (MB) en 16% (GB) verwacht binnen de komende drie jaar (waarschijnlijk) over te stappen. Daarnaast is er nog een relatief grote groep van twijfelaars (respectievelijk 15% en 19%) die eventueel later ook nog zouden kunnen besluiten om over te stappen.

()

Vanwege het relatief kleine aantal respondenten en het grote aantal productopties is het niet zinnig om een overzicht te geven op het niveau van individuele producten zoals Ethernet of ATM huurlijnen. Daarvoor zijn de cellen te slecht gevuld. In plaats daarvan hebben we de gegevens geaggregeerd naar het niveau van de hoofdsoorten, hier respectievelijk huurlijnen en VPN. Met de nodige voorzichtigheid kunnen we () stellen dat er een migratie gaande is van conventionele huurlijnen naar nieuwerwetse VPN-diensten. Het gros van de respondenten geeft echter aan niet te weten van welk soort aansluiting naar welk soort aansluiting er zal worden overgestapt. Dat er de komende drie jaar de nodige migratie zal plaatsvinden is dus wel duidelijk maar hoe de migratiepatronen eruit zullen zien is (nog) niet duidelijk."

Uit deze onderzoeksbevindingen blijkt dat Dialogic tot de vaststelling is gekomen dat het gros van de respondenten heeft aangegeven niet te weten naar welk soort aansluiting zij zullen overstappen en dat

niet duidelijk is hoe de migratiepatronen eruit zullen zien. Deze vaststelling biedt derhalve onvoldoende aanknopingspunten voor het door OPTA bij de vraagsubstitutie gekozen uitgangspunt dat bij zakelijke eindgebruikers vooral behoefte bestaat aan huurlijnen met een capaciteit van 10 of 20 Mbit/s en, in het hogere segment, van 34 Mbit/s en meer. Ook overigens heeft het College in het rapport van Dialogic uit 2008 geen onderzoeksgegevens aangetroffen over de bij zakelijke eindgebruikers van huurlijnen in de onderhavige periode levende capaciteitsbehoefte. Daarbij wijst het College nog op het gestelde in voetnoot 23 van het rapport Dialogic 2008. Daarin is opgemerkt dat het op basis van de beschikbare data niet mogelijk is om het overstapgedrag van de geraadpleegde respondenten met betrekking tot de overstap van laag- naar hoogcapacitaire huurlijnen weer te geven in een tabel, zoals wel is gebeurd (in tabel 34) met betrekking tot de gegevens over het overstapgedrag die zijn vermeld in de hiervoor geciteerde tekst uit het rapport.

Dit betekent dat OPTA zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat in het rapport van Dialogic uit 2008 steun kan worden gevonden voor het bepalen van de bovengrens van laagcapacitaire huurlijnen op 20 Mbit/s in verband met de verwachte capaciteitsbehoefte van zakelijke eindgebruikers van huurlijnen.

3.4.5.2 Het College zal vervolgens ingaan op de drempels die volgens OPTA zijn gemoeid met de overstap naar een hogere capaciteit. Daarover is in het bestreden besluit het volgende overwogen.

" 319. Afnemers van huurlijnen van het type =20 Mbit/s zullen, als reactie op een relatieve 10%-prijsstijging hiervan, hun bestaande huurlijnen niet snel inwisselen voor huurlijnen uit het productsegment > 20Mbit/s. De prijs van het meest gangbare alternatief te weten een huurlijn van 34Mbit/s is circa een factor 3 hoger [is] dan de prijs van een 2 Mbit/s-huurlijn. De relatieve 10%-prijsstijging van een huurlijn van het type =20 Mbit/s is dan ook onvoldoende om dit prijsverschil weg te nemen. Indien bovendien rekening wordt gehouden met de klantspecifieke investeringen in randapparatuur, zal de prikkel om over te stappen slechts minimaal zijn. Afnemers zullen over het algemeen alleen een >20 Mbit/s-huurlijn afnemen indien zij een capaciteitsbehoefte hebben die hierbij aansluit."

OPTA stelt zich dus op het standpunt dat zich een prijssprong voordoet tussen een huurlijn van 2 Mbit/s en een huurlijn van 34 Mbit/s, zodat er geen vraagsubstitutie bestaat tussen het segment bestaande uit huurlijnen tot en met 20 Mbit/s en het segment bestaande uit huurlijnen boven 20 Mbit/s. Volgens KPN doet zich een dergelijke prijssprong evenwel niet voor, nu na introductie van Ethernet technologie huurlijnen van elke capaciteit kunnen worden geleverd, waarbij tussen 2 en 34 Mbit/s vele capaciteiten kunnen worden afgenomen die als het ware een ononderbroken keten van steeds duurder wordende, maar niettemin onderling met elkaar concurrerende diensten vormen.

Het College constateert in dit verband allereerst dat ter beantwoording van de voorliggende vraag of er een duidelijke prijssprong bestaat bij de overstap naar een huurlijn boven 20 Mbit/s het prijsverschil tussen een huurlijn van 2 Mbit/s en een huurlijn van 34 Mbit/s nauwelijks informatieve waarde kan hebben.

OPTA heeft echter aangegeven geen uitgebreid onderzoek te hebben gedaan naar het verschil in tarieven tussen huurlijnen met een capaciteit tot en met 20 Mbit/s en huurlijnen met een capaciteit van boven 20 Mbit/s. OPTA heeft als reden daarvoor aangedragen dat goede data ontbraken. Volgens OPTA hebben verzoeken aan marktpartijen om data ten behoeve van dergelijke tariefvergelijkingen te verstrekken nooit iets opgeleverd en is OPTA niet in staat om op basis van eigen onderzoek betrouwbare tariefvergelijkingen op te stellen. Bovendien wordt een dergelijk onderzoek bemoeilijkt doordat huurlijnen vaak gebundeld met allerlei andere telecommunicatiediensten worden verkocht en doordat huurlijnen in allerlei soorten en maten worden aangeboden, zoals met name het geval is bij op Ethernet gebaseerde huurlijnen.

Het vorenstaande ontslaat OPTA naar het oordeel van het College evenwel niet van de op haar rustende plicht om haar analyse door middel van betrouwbare en verifieerbare gegevens te onderbouwen. OPTA gaat er ten onrechte aan voorbij dat artikel 18.7, eerste lid, Tw haar de bevoegdheid verschaft om voor een juiste uitvoering van het bepaalde bij of krachtens de Tw van een ieder te allen tijde inlichtingen te vorderen voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van haar taak nodig is. Indien OPTA van deze bevoegdheid gebruik maakt, is degene van wie inlichtingen worden gevorderd ingevolge het tweede lid van voormeld artikel verplicht deze onverwijld te geven. OPTA heeft geen goede redenen aangevoerd waarom

zij zich niettemin bij het ontbreken van de voor de afbakening van de markt zwaarwegende gegevens heeft neergelegd.

De conclusie is dat het standpunt van OPTA dat geen vraagsubstitutie bestaat tussen huurlijnen met een capaciteit tot en met 20 Mbit/s en huurlijnen met een capaciteit boven 20 Mbit/s niet is gebaseerd op een zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten.

3.4.6 Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen, heeft het College moeten vaststellen dat het besluit nauwelijks concrete informatie bevat met betrekking tot de betekenis die de technische ontwikkelingen aangaande het stapelen van koper op de markt, gelet op de beschikbare mogelijkheden op de eindgebruikerlocaties, voor de huurlijnenmarkt(en) kunnen hebben. Ook de precieze behoefte van de eindgebruikers aan capaciteit in de komende periode is niet geconcretiseerd en de gestelde prijssprong tussen huurlijnen met een capaciteit tot en met 20 Mbit/s en huurlijnen met een capaciteit boven 20 Mbit/s is niet van een adequate feitelijke onderbouwing voorzien. Ook de in de huidige markt bestaande verhouding van koperverbindingen en glasverbindingen in het segment 2 tot en met

20 Mbit/s is naar het oordeel van het College onderbelicht gebleven.

OPTA heeft derhalve niet voldaan aan de uit artikel 3:2 Awb voortvloeiende verplichting om de nodige kennis omtrent de relevante feiten te vergaren en aan de uit artikel 3:46 Awb voortvloeiende verplichting om haar besluiten te voorzien van een deugdelijke motivering.

Voor wat betreft de afbakening van de markt(en) en de plaats van huurlijnen van 2 tot en met 20 Mbit/s daarin blijven op basis van de nu beschikbare informatie meerdere mogelijkheden open. Welke daarvan het meest aannemelijk is, heeft OPTA niet met kracht van argumenten kunnen onderbouwen.

Nu aldus niet is komen vast te staan dat de markten voor laagcapacitaire en hoogcapacitaire huurlijnen correct zijn afgebakend, kan de daarop gebaseerde marktanalyse geen stand houden. Onder deze omstandigheden komt het College niet toe aan een beoordeling van de beroepsgronden van Eurofiber, BT c.s. en bbned c.s.

3.5 Conclusie is dat het College het beroep van KPN, alsmede de beroepen van Eurofiber, BT c.s. en bbned c.s. gegrond zal verklaren, het bestreden besluit geheel zal vernietigen en OPTA zal opdragen binnen een termijn van zes maanden een nieuw besluit te nemen.

3.6 Het College zal bepalen dat OPTA het door de appellanten betaalde griffierecht van 288,-- aan ieder van hen vergoedt. Het College ziet voorts aanleiding OPTA te veroordelen in de proceskosten van Eurofiber in zaak AWB 09/214, BT c.s. in zaak AWB 09/215, KPN in zaak 09/216 en bbned c.s. in zaak AWB 09/217.

Met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden deze kosten voor Eurofiber vastgesteld op 1.288,-- (1 punt voor het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting; geen vergoeding voor de spontaan ingediende zienswijze van 9 oktober 2009), voor BT c.s. op 1.288,-- (1 punt voor het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting; geen vergoeding voor de spontaan ingediende zienswijze van 9 oktober 2009 waarvan de brief van 15 oktober 2009 deel uitmaakt), voor KPN op 1.288,-- (1 punt voor het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting; geen vergoeding voor de spontaan ingediende zienswijze van 9 oktober 2009 en de nadere stukken van 23 november 2009) en voor bbned c.s. op 1.288,-- (1 punt voor het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting; geen vergoeding voor de spontaan ingediende zienswijze van 9 oktober 2009 en de op 27 november 2009 ingediende stukken). Bij de proceskostenveroordeling wordt een wegingsfactor 2 toegepast voor het gewicht van de zaak.

Het College acht geen termen aanwezig voor een kostenveroordeling in verband met het optreden van Eurofiber, BT c.s., KPN en bbned c.s. in de zaken waarin zij zelf geen appellanten zijn.

4. De beslissing

Het College:

- verklaart de beroepen gegrond;

- vernietigt het bestreden besluit;

- bepaalt dat OPTA binnen zes maanden na de datum van deze uitspraak een nieuw besluit neemt met inachtneming van

hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

- bepaalt dat OPTA het door Eurofiber, BT c.s., KPN en bbned c.s. betaalde griffierecht van 288,-- (zegge:

tweehonderdachtentachtig euro) aan ieder van hen vergoedt;

- veroordeelt OPTA in de proceskosten van Eurofiber in zaak AWB 09/214, BT c.s. in zaak AWB 09/215, KPN in zaak AWB

09/216 en bbned c.s. in zaak AWB 09/217, voor ieder van de partijen afzonderlijk vastgesteld op 1.288,-- (zegge:

twaalfhonderdachtentachtig euro).

Aldus gewezen door mr. W.E. Doolaard, mr. H.O. Kerkmeester en mr. S.C. Stuldreher, in tegenwoordigheid van mr. E. van Kerkhoven als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 13 april 2010.

w.g. W.E. Doolaard w.g. E. van Kerkhoven