



OPTA aanvullende marktanalyse vaste telefonie 2008

Reactie van KPN op het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december 2011
(kenmerk: OPTA/AM/2011/202785)

- OPENBARE VERSIE -

KPN
Contactpersoon: mr. I.M.A. van der Hart
Postbus 30 000
2500 GA Den Haag
iris.vanderhart@kpn.com

Kenmerk: R/12/U/011

18 januari 2012

Inleiding en samenvatting

KPN heeft kennis genomen van het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie 2008 van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA of het college) van 7 december 2011. Het college heeft deze aanvullende marktanalyse vaste telefonie uitgevoerd naar aanleiding van de vernietiging van het marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 op 30 september 2011 door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CbB).¹ Het college stelt dat hij volgens het CbB de drie-criteriatoets niet had mogen toepassen als grondslag voor het intrekken van verplichtingen op de retailmarkt voor zakelijke vaste telefonie. Ook, zo stelt het college, heeft hij naar het oordeel van het CbB onvoldoende gemotiveerd dat er daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt wordt gerealiseerd aan het einde van de reguleringsperiode dan wel de periode kort daarop volgend. Het college stelt dat hij gelet op artikel 6a.4 jo. 6a.2 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) naar de stand van eind 2008 had dienen te beoordelen of de bij het marktanalysebesluit vaste telefonie 2005 aan KPN opgelegde verplichtingen moesten worden voortgezet na 1 januari 2010.

Het college geeft aan dat de onderhavige aanvullende marktanalyse zich uitsluitend richt op de vraag of de bij het marktanalysebesluit vaste telefonie 2005 aan KPN opgelegde verplichtingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie nog steeds passend zijn. Meer specifiek voert het college een analyse van de potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt en een analyse van passende verplichtingen om de geconstateerde problemen te remediëren uit. Voorts merkt het college op dat hij deze aanvullende, door het CbB opgedragen analyse kan uitvoeren zonder aanvullende informatie van marktpartijen in te winnen. Als reden hiervoor voert het college aan dat hij reeds beschikt over informatie van partijen in het kader van het marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 en dat hij in het kader van de nieuwe marktanalyse vaste telefonie in 2011 nieuwe relevante informatie heeft vergaard.

Het college mag dan wel over voldoende informatie beschikken om een aanvullende analyse uit te voeren, KPN meent dat het college desondanks de aanvullende analyse onzorgvuldig onderbouwt en dientengevolge voorbijgaat aan de implicaties van onderhavige aanvullende analyse voor KPN en andere marktpartijen. Dit blijkt ook uit de door het college vastgestelde implementatietermijnen. Hoewel het college erkent dat vanaf het moment van inwerkingtreding van onderhavig besluit KPN enige tijd nodig zal hebben om de impact van de ondergrenstariefregulering op zowel haar actief afneembaar portfolio (list prices, onlangs ontvangen offerte-aanvragen en uitstaande offertes) als haar installed base (lopende contracten) te onderzoeken, meent hij dat het redelijk is om met het oog op de uitspraak van het CbB in onderhavige situatie implementatietermijnen te hanteren die korter zijn dan gebruikelijk.

In de navolgende reactie zal KPN het voorgaande verder uitwerken.

Vertrouwelijkheid

KPN doet een uitdrukkelijk beroep op de vertrouwelijkheid van informatie die in dit document en de daarbij behorende bijlagen wordt gegeven. **Vertrouwelijke informatie in de tekst wordt in vette letter weergegeven.** Deze informatie mag niet zonder toestemming van KPN openbaar worden gemaakt. Zoals verzocht, zal KPN ook een openbare versie van deze reactie zenden.

Inhoud

In dit document worden de volgende onderwerpen behandeld:

1	Gehanteerde methodiek: drie-criteria toets versus marktanalyse	3
1.1	<i>Inleiding</i>	3
1.2	<i>Uitspraak van het CBb</i>	3
1.3	<i>AMM-positie KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie</i>	4
2	Potentiele mededingingsproblemen	9
2.1	<i>Geen risico op marge-uitholling op ISDN2</i>	9
2.2	<i>Geen marge-uitholling op ISDN15/20/30</i>	9
2.3	<i>Prijsdiscriminatie</i>	10
2.4	<i>Bundeling</i>	11
3	Verplichtingen	12
3.1	<i>Retailtariefregulering</i>	12
3.2	<i>ND-5 verplichting</i>	12
3.3	<i>Implementatietermijnen</i>	17

¹ LJN: BT6098, AWB 09/209 tot en met 09/213.

1 Gehanteerde methodiek: drie-criteria toets versus marktanalyse

1.1 Inleiding

Het college stelt dat hij volgens het CBb de drie-criteriatoets niet had mogen toepassen als grondslag voor het intrekken van verplichtingen op de retailmarkt voor zakelijke vaste telefonie; hij had op grond van artikel 6a.4 jo. 6a.2 van de Tw naar de stand van eind 2008 dienen te beoordelen of de bij het marktanalysebesluit vaste telefonie 2005 aan KPN opgelegde verplichtingen moesten worden voortgezet na 1 januari 2010. In dit hoofdstuk gaat KPN nader in op de uitspraak van het CBb en de conclusies die het college hieraan verbindt.

1.2 Uitspraak van het CBb

1.2.1 Toegepaste methodiek

Het CBb heeft in zijn uitspraak overwogen dat een besluit tot intrekking van bestaande verplichtingen moet worden gebaseerd op een onderzoek van de relevante markt als bedoeld in artikel 6a.1, derde en vijfde lid, van de Tw, en niet op de toepassing van de drie-criteriatoets, ongeacht of de afgebakende markt op de Aanbeveling staat. In rnr. 10.7.2 en in 10.8 van de uitspraak overweegt het CBb het volgende:

'10.7.2 [...] Naar het oordeel van het College past de toepassing van de drie-criteriatoets niet binnen dit beoordelingskader dat is toegespitst op de dominantieanalyse van de relevante markten aan de hand van daarbij in aanmerking te nemen specifieke criteria en, indien de analyse daartoe noopt, vervolgens op de beoordeling van concrete mededingingsrechtelijke problemen op die markten met het oog op het opleggen van passende verplichtingen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. De drie-criteriatoets is van belang bij de selectie van markten die aan een marktanalyse onderworpen moeten worden en niet bij de waardering van de resultaten van een dergelijke analyse. [...]

'10.8 [...] De drie-criteriatoets is immers ook niet meer dan een soort voorlopig marktonderzoek op hoofdpunten, op basis waarvan door de Commissie of een NRI besloten kan worden of een veel meer op de details ingaande marktanalyse moet worden verricht. Op basis daarvan is simpelweg ondenkbaar dat, waar een marktanalyse een noodzaak aantoonde om regulering op te leggen, de drie-criteriatoets een inzicht zou kunnen opleveren op grond waarvan daar toch zou moeten worden afgezien.'

Het college stelt in het aanvullend ontwerpbesluit vaste telefonie 2011 dat hij zich kan vinden in de stelling van het CBb dat de intrekking van bestaande regulering slechts kan plaatsvinden op basis van een onderzoek van de relevante markt als bedoeld in artikel 6a.1, derde en vijfde lid van de Tw.

KPN deelt deze analyse van het CBb, hetgeen betekent dat het college op basis van de stand van eind 2008 dient te beoordelen of de bij het marktanalysebesluit vaste telefonie 2005 aan KPN opgelegde verplichtingen dienden te worden voortgezet na 1 januari 2010.

1.2.2 Aanvullende analyse van de retailmarkten vaste telefonie

In overweging 10.8 stelt het CBb dat het college geen 'clear evidence' heeft aangedragen dat daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt zal worden gerealiseerd aan het einde van de onderhavige reguleringsperiode [2005-2008] dan wel de periode kort daarop volgend. De daartoe door het college genoemde ontwikkelingen, zoals een verwachte afname van het marktaandeel van KPN met 5-10% en de verwachte stijging van het aandeel VoB van 1% naar 11% aan het einde van de reguleringsperiode hebben het CBb daarvan niet kunnen overtuigen. Bovendien, zo stelt het CBb, concludeert het college in de rnr. 969 en 970 zelf dat in aanwezigheid van generieke en specifieke wholesale verplichtingen de posi-

tie van KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie nog zo sterk is, dat deze markt niet concurrerend is.

1.3 AMM-positie KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie

Het college heeft in onderdeel 13.4.1 tot en met 13.4.3 van het marktanalysebesluit 2008 geconstateerd dat de zakelijke markt voor vaste telefonie in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesale regulering binnen of in ieder geval aan het begin van de reguleringsperiode 2009-2011 niet daadwerkelijk concurrerend is. De redenen daarvoor zijn de lichte daling van KPN's marktaandeel van 76% in 2008; naar verwachting bedraagt het op het einde van de reguleringsperiode nog steeds 65-75%, de beperkte rol van de kabel en de verwachting dat VoB pas op de langere termijn een vergelijkbare rol zal spelen als in de residentiële markt, waarbij door de continuering van de C(P)S-regulering het voordeel van KPN ten opzichte van alternatieve aanbieders afneemt. Het college heeft daarnaast echter in rnr. 986 geconcludeerd dat op grond van de uitgebreide set van de wholesale verplichtingen – die een toenemende concurrentie van andere aanbieders dan KPN bewerkstelligen – en de toenemende concurrentiedruk vanuit de partijen die in een eigen infrastructuur investeren erop zichzelf reeds toe zullen leiden dat aan het einde van de reguleringsperiode 2009-2011 dan wel de periode kort daarop volgend daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie wordt verwezenlijkt.

In het aanvullend ontwerpbesluit vaste telefonie 2011 volgt het college de overwegingen van het CBb en bevestigt hij de conclusies met betrekking tot de concurrentieanalyse van de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesale regulering. Ook lijkt het college de overweging van het CBb te volgen dat hij had moeten motiveren dat er aan het einde van de reguleringsperiode 2005-2008 dan wel de periode kort daarop volgend daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt vaste telefonie wordt gerealiseerd. Het college had kunnen volstaan met de opmerking dat op grond van de ontwikkelingen op dat moment niet kon worden geconcludeerd dat er daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt vaste telefonie was gerealiseerd. Het college licht echter ten overvloede toe dat zijn verwachtingen met betrekking tot de ontwikkelingen op de relevante zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie gedurende de reguleringsperiode niet correct waren. Sterker nog het college concludeert op basis van twee alinea's in rnr. 22 dat de ontwikkelingen op de relevante zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie gedurende de reguleringsperiode 2009-2011 bevestigen dat aan het eind van deze reguleringsperiode de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie niet daadwerkelijk concurrerend is.

KPN meent dat uit de uitspraak van het CBb volgt dat de bij het marktanalysebesluit vaste telefonie 2005 aan KPN opgelegde verplichtingen na 1 januari 2010 slechts konden worden ingetrokken wanneer het college dit kon staven met feitelijke ontwikkelingen, die in de reguleringsperiode vanaf 2005 tot eind 2008 op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie hebben plaatsgevonden. De te verwachten ontwikkelingen in de daarop volgende reguleringsperiode zijn daarbij niet van doorslaggevend belang. Om die reden meent KPN dat het college in onderhavig aanvullend ontwerpbesluit onnodig ingaat op de ontwikkelingen op de relevante zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie gedurende de reguleringsperiode 2009-2011. KPN vallen hierbij de volgende aspecten op.

1.3.1 Analyse ontwikkelingen onzorgvuldig

Allereerst gaat het college slechts in op 3 van de 5 ontwikkelingen die hij in zijn analyse heeft betrokken. Het college werkt in onderhavig aanvullend ontwerpbesluit de ontwikke-

ling van het marktaandeel van KPN, van het aandeel van VoB en het aandeel zakelijke vaste telefoniediensten op basis van CPS/WLR eind 2011 nader uit. Echter, niet wordt uitgewerkt in hoeverre de aanwezigheid van kabelaanbieders en/of investeringen in (glas)infrastructuur effect hebben gehad op de concurrentiedruk op de relevante zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie gedurende de reguleringsperiode 2009-2011.

1.3.2 Uitwerking ontwikkelingen onjuist

Ten tweede acht KPN de conclusies ten aanzien van de beoordeelde ontwikkelingen onjuist.

(i) Marktaandeel van KPN op de zakelijke markt

In het aanvullend ontwerpbesluit vaste telefonie 2011 concludeert het college dat de daling van het marktaandeel van KPN op de zakelijke retailmarkt in de periode medio 2008 tot eind 2011 minder hard is gegaan dan hij had voorspeld. Het college had ingeschat dat het marktaandeel van KPN op de zakelijke retailmarkt in de periode medio 2008 tot eind 2011 zou dalen met 5 tot 10 procent [**KPN betrouwelijk** -] procent; in de praktijk is het marktaandeel van KPN in de periode medio 2008 tot medio 2011 gedaald met 0 tot 5 procent [**KPN betrouwelijk** -] procent.

KPN kan de door het college geschetste ontwikkeling van het marktaandeel van KPN niet volgen; deze weergave wijkt af van eerder door het college gepubliceerde gegevens en is naar de mening van KPN dan ook niet juist. KPN licht het hierna verder toe.

In rnr. 284 het ontwerpbesluit vaste telefonie van juli 2011 staat het volgende:

*'In Figuur 12 wordt de ontwikkeling getoond van de aandelen in het hoogcapacitaire segment (meervoudige gesprekken) over de periode medio 2007 – eind 2010. Het overzicht toont een dalend aandeel van KPN en een stijgend aandeel van de kabelaanbieders en de aanbieders die afhankelijk zijn van regulering. Het aandeel van KPN daalt in de periode medio 2007 – eind 2010 met [5-10 procentpunt] [**KPN betrouwelijk**:] procentpunt naar [70-75 procent] [**KPN betrouwelijk**:] procent eind 2010. Het aandeel van de grootste concurrent op basis van aansluitingen, Tele2, heeft haar aandeel met [0-5 procentpunt] [**betrouwelijk: XXX procentpunt**] zien groeien naar [5-10 procent] [**betrouwelijk: XXX procent**].'*

	Q2 2007	Q4 2007	Q2 2008	Q4 2008	Q2 2009	Q4 2009	Q2 2010	Q4 2010
KPN	[80-85%] [%]	[75-80%] [%]	[75-80%] [%]	[70-75%] [%]	[70-75%] [%]	[70-75%] [%]	[70-75%] [%]	[70-75%] [%]
Tele2	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]
UPC	[0-5%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]
Ziggo	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[5-10%]	[5-10%]	[0-5%]	[0-5%]
Overig	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]

Figuur 12. Aandelen hoogcapacitaire aansluitingen [KPN betrouwelijk** en **betrouwelijk**]**

In het marktanalysebesluit ontbundelde toegang (MDF-, SDF- en ODF-access (FttH)) van 29 december 2011² en het aanvullend ontwerpbesluit vaste telefonie 2011 hanteert het college echter andere cijfers, die erop neer komen dat het marktaandeel van KPN veel minder is gedaald afgelopen reguleringsperiode en sinds de intrekking van de retailverplichtingen sinds 2010 het marktaandeel stabiel is gebleven.

In rnr. 1285 van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang (MDF-, SDF- en ODF-access (FttH)) van 29 december 2011 wordt het volgende gesteld:

² OPTA/AM/2011/202886.

'In figuur 38 wordt de ontwikkeling getoond van de aandelen in het hoogcapacitaire segment (meervoudige gesprekken) over de periode medio 2008 – medio 2011. Het overzicht toont een dalend aandeel van KPN en een stijgend aandeel van de kabelaanbieders en de aanbieders die afhankelijk zijn van regulering. Het aandeel van KPN daalt in de periode medio 2008 – medio 2011 met [0-10 procentpunt] [KPN betrouwbaar -] procentpunt naar [65-70 procent] [KPN betrouwbaar -] procent medio 2011. Het aandeel van de grootste concurrent op basis van aansluitingen, Tele2, heeft haar aandeel met [0-5 procentpunt] [betrouwbaar: XXXXXXXXXX] zien groeien naar [10-15 procent] [betrouwbaar: XXXXXXXX].'

	Q2 2008	Q4 2008	Q2 2009	Q4 2009	Q2 2010	Q4 2010	Q2 2011
KPN	[%]	[%]	[%]	[%]	[%]	[%]	[%]
Tele2	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]
UPC	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]
Ziggo	[0-5%]	[0-5%]	[5-10%]	[5-10%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Overig	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[10-15%]	[5-10%]

Figuur 1. Aandelen hoogcapacitaire aansluitingen [betrouwbaar].³

In rnr. 85 van het aanvullend ontwerpbesluit vaste telefonie 2011 staat het volgende:

'KPN heeft op de retailmarkt voor meervoudige gesprekken Q2 2011 een marktaandeel van [65-70 procent] [KPN betrouwbaar -] (zie Tabel 5). Sinds de intrekking van de retailregulering op 1 januari 2010 is dat aandeel redelijk stabiel gebleven. In aanwezigheid van wholesaleregulering verwacht het college dat dit aandeel gelijk blijft dan wel licht daalt en zich eind 2014 bevindt tussen de 56 en 66 procent. Hoewel het marktaandeel van KPN gedurende de reguleringsperiode dus mogelijk licht daalt, is het in 2014 met 56-66 procent nog steeds hoog.⁴

	Q2 2010 Werkelijk	Q2 2011 Werkelijk	2014 Met regulering
KPN	[65-70%] [%]	[65-70%] [%]	56%-66%
Aanbieders met eigen infrastructuur	[10-15%]	[10-15%]	10%-24%
Aanbieders o.b.v. hoger gelegen bouwstenen (ULL, WBT en ILL)	[15-20%]	[15-20%]	4%-20%
Aanbieders o.b.v. telefoniespecifieke regulering (C(P)S/WLR)	[0-5%]	[0-5%]	2-5%

Tabel 5. Prognose marktaandeelontwikkeling retailmarkt voor meervoudige gesprekken

KPN plaatst gelet op het bovenstaande grote vraagtekens bij de door het college gehanteerde cijfers in onderhavig aanvullend ontwerpbesluit. In de SMM cijfers over Q4 2010 en Q1 2011 wordt aangegeven dat het marktaandeel van KPN in Q2 2008 tussen de 75 en 80 procent ligt.

	30-6-2008	31-12-2008	30-6-2009	31-12-2009	30-6-2010	31-12-2010
KPN	[75-80%]	[70-75%]	[70-75%]	[70-75%]	[65-70%]	[70-75%]

SMM Vaste telefonie: Marktaandelen retail hoogcapacitaire aansluitingen PSTN + VoB (2010Q4)

	30-6-2008	31-12-2008	30-6-2009	31-12-2009	30-6-2010	31-12-2010	31-3-2011
KPN	[75-80%]	[70-75%]	[70-75%]	[70-75%]	[65-70%]	[70-75%]	[65-70%]

SMM Vaste telefonie: Marktaandelen retail hoogcapacitaire aansluitingen PSTN + VoB (2011Q1)

³ In dit overzicht wordt, waar van toepassing, KPN met Atlantic samengenomen, evenals Tele2 met BBNED, T Mobile met Online, UPC met UPC Business en Ziggo met @home, Casema en Multikabel. Ten opzichte van het ontwerpbesluit zijn cijfers van enkele partijen gecorrigeerd.

⁴ In deze cijfers is AtlanticTelecom niet opgenomen, omdat deze is overgenomen door KPN. Atlantic Telecom had op dat moment een aandeel van [betrouwbaar: XXX procent] [0-5 procent] op basis van telefoniespecifieke regulering.

Daarmee lijkt het dus aannemelijk dat het in het ontwerpbesluit vaste telefonie van juli 2011 genoemde marktaandeel van KPN van [KPN betrouwelijk -]% klopt en niet het percentage van [KPN betrouwelijk -]% in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang. Dit betekent dat het marktaandeel van KPN gedurende de afgelopen reguleringsperiode, in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesale maatregelen en in afwezigheid van retailregulering per 1 januari 2010 wel met 5 tot 10 procent [KPN betrouwelijk -]% is gedaald.

Sinds de intrekking van de retailregulering per 1 jan 2010 heeft het marktaandeel van KPN zich ontwikkeld van waarschijnlijk [KPN betrouwelijk -]% in Q4 2009 naar [KPN betrouwelijk -]% in Q2 2011. In het aandeel van KPN zijn bovendien de meervoudige aansluitingen van Atlantic meegenomen. Deze zouden er in principe vanaf getrokken moeten worden om op een objectieve wijze te kunnen beoordelen welk effect de wholesale maatregelen en de ontwikkelingen op de markt hebben gehad voor de concurrentieontwikkeling. In de tabel 38 in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang staat weergegeven dat in Q2 2010 het marktaandeel van KPN [KPN betrouwelijk -]% was. Gesteld zou kunnen worden dat het marktaandeel van KPN sinds de intrekking van de regulering op de retailmarkt voor zakelijke telefonie is gedaald van [KPN betrouwelijk -]% eind 2009 naar [KPN betrouwelijk -]% medio 2010. Concluderend stelt KPN vast dat voor intrekking van de regulering op de retailmarkt voor zakelijke telefonie in 2010 het marktaandeel van KPN met [KPN betrouwelijk -]% gedaald ([KPN betrouwelijk -]%) en na intrekking per 1 januari 2010 met in ieder geval [KPN betrouwelijk -]% ([KPN betrouwelijk -]%). Voor de volledigheid geeft KPN hieronder de volgens haar juiste marktaandeelontwikkeling van Q2 2007 tot en met Q2 2011 weer.

	Q2 2007	Q4 2007	Q2 2008	Q4 2008	Q2 2009	Q4 2009	Q2 2010	Q4 2010	Q2 2011
KPN	[%]	[%]	[%]	[%]	[%]	[%]	[%]	[%]	[%]

(ii) Aandeel VoB op de zakelijke markt

In het marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 heeft het college in zijn prospectieve analyse aangenomen dat het aandeel van zakelijke vaste telefoniediensten op basis van VoB zou stijgen van 1% medio 2008 naar 11% eind 2011. Dit aandeel van VoB bedroeg medio 2011 echter [Vertrouwelijk -]%. De groei van VoB is daarom veel minder sterk dan in 2008 werd aangenomen.

Het college mag in zijn aanvullende analyse concluderen dat de groei van VoB veel minder sterk is dan in 2008 werd aangenomen, maar het college gaat echter niet in op de ontwikkelingen die wel hebben plaatsgevonden. Zo heeft KPN in haar reactie van 14 februari 2011⁵ op vragen van het college aangegeven dat de effecten van ontwikkelingen – zoals de migratie naar IP - op de zakelijke markt wellicht minder duidelijk blijken dan op de consumentenmarkt, dat betekent niet dat deze effecten er niet zijn. Deze effecten zijn er wel degelijk zijn en zullen zich in de toekomst verder manifesteren. De kans dat de migratie naar IP op de zakelijke markt zich de komende jaren op volle schaal zal voordoen, blijkt uit de vele persberichten van marktpartijen waarin zij hun ambities aangeven, maar ook artikelen van onafhankelijke experts die hun visie geven over de ontwikkelingen in de markt. Voorts heeft KPN op een onderzoek laten uitvoeren door TNS/NIPO waaruit blijkt dat het marktaandeel van KPN (installed base) voor vaste telefonie is gedaald van [KPN Vertrouwelijk -]

⁵ Kenmerk R/11/U/013.

)). De toename van niet-traditionele telefonie vindt zowel in onderkant als in bovenkant van de zakelijke markt plaats. Nu het college ervoor kiest deze ontwikkelingen nader uit te werken in het ontwerpbesluit, zou het college deze ontwikkelingen in ieder geval op een zodanige wijze dienen uit te werken dat daarmee recht gedaan wordt aan de feitelijke ontwikkelingen en niet een eenzijdig beeld van deze ontwikkeling moeten schetsen.

(iii) Aandeel zakelijke vaste telefoniediensten op basis van CPS/WLR

In het marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 heeft het college de verwachting uitgesproken dat het aandeel zakelijke vaste telefoniediensten op basis van CPS/WLR eind 2011 0-5% zou bedragen. Op basis van inschattingen van marktpartijen heeft het college aangenomen dat het aantal aansluitingen via WLR-hoogcapacitair [Vertrouwelijk: XXXXX-XXXXX] zou bedragen, ofwel een marktaandeel van [Vertrouwelijk -]%. In de praktijk is de vraag naar WLR-hoogcapacitair gegroeid tot [KPN vertrouwelijk -] aansluitingen in Q1 2011. Door de overname door KPN van de grootste afnemer van WLR-hoogcapacitair, zijnde Atlantic Telecom, is de vraag gedaald naar [KPN vertrouwelijk -] aansluitingen in Q2 2011. De vraag naar WLR-hoogcapacitair heeft zich dus tot deze overname volgens de verwachting ontwikkeld. KPN maakt hieruit op dat deze wholesale maatregelen daadwerkelijk effect sorteren. Ook hier valt het KPN dat het college in zijn uitwerking een eenzijdig beeld schetst van deze ontwikkeling en bijvoorbeeld niet ingaat op de effectiviteit van de maatregel.

1.3.3 Uitwerking ontwikkelingen onvolledig

Voor zover het college ervoor kiest in het aanvullend ontwerpbesluit in te gaan op de ontwikkelingen op de markt, wordt bovendien onvoldoende aandacht geschonken aan andere aspecten die kunnen wijzen op de aanwezigheid van daadwerkelijke concurrentie. Ten eerste is daar de afwezigheid van significante toetredingsdrempels die heeft geleid tot de toetreding van veel kleine partijen op de zakelijke telefonie markt. Eén van de aspecten van een daadwerkelijk concurrerende markt is namelijk lage toetredingsdrempels. Zo ontbreken in de analyse van het college cruciale elementen als een overzicht van alle partijen die op dit moment op de zakelijke telefoniemarkt actief zijn en van partijen die in de afgelopen reguleringsperiode zijn toegetreden. Een ander aspect waaruit kan blijken dat de markt daadwerkelijk concurrerend is en dat ontbreekt in de analyse, is de mate waarin afnemers een keuze hebben tussen meerdere aanbieder en in hoeverre er overstapdrempels bestaan die de concurrentie negatief beïnvloeden. Als afnemers daadwerkelijke keuze hebben tussen meerdere aanbieders en er geen noemenswaardige objectieve overstapdrempels bestaan, dan is er sprake van een effectief concurrerende markt, ook als afnemers maar beperkt daadwerkelijk overstappen.

Concluderend is KPN van oordeel dat het college in onderhavig aanvullend ontwerpbesluit geen overtuigend sluitend bewijs heeft geleverd voor zijn conclusie in rnr. 22 dat de ontwikkelingen op de relevante zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie gedurende de reguleringsperiode 2009-2011 bevestigen dat aan het eind van deze reguleringsperiode de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie niet daadwerkelijk concurrerend is. Niet alleen is deze conclusie van het college gebaseerd op een onvolledige en onzorgvuldige analyse, 2 van de 3 door het college beschreven ontwikkelingen wijzen er juist op dat de dynamiek op de retailmarkt voor zakelijke telefonie is toegenomen. Retailmaatregelen lijken op deze markt voor de toekomst dan ook helemaal niet nodig en passend.

2 Potentiele mededingingsproblemen

Het college geeft in rnr. 29 en volgende aan dat reeds tijdens de reguleringsperiode 2006-2008 de combinatie van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering ervoor zorgde dat andere aanbieders dan KPN in staat waren om diverse zakelijke telefoniediensten aan te bieden en de concurrentie met KPN op de zakelijke retailmarkt aan te gaan.

De diensten die KPN aanbiedt op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie zijn technisch repliceerbaar, waardoor de toetredingsdrempels zijn verlaagd en alternatieve aanbieders de verschillende typen telefoniediensten kunnen leveren. Het college is echter van oordeel dat de prijstechnische repliceerbaarheid op retailniveau niet voor alle diensten en bundels wordt gegarandeerd vanwege de aanhoudende AMM-positie op retailniveau en concurrentievoordelen van KPN. Het college stelt dat er meerdere mededingingsbeperkende gedragingen zijn die alle een effect van marge-utholling tot gevolg kunnen hebben. KPN zal hieronder onderbouwen dat er geen sprake van marge-utholling kan zijn op de markt voor twee- en meervoudige gesprekken.

2.1 *Geen risico op marge-utholling op ISDN2*

Het college stelt in paragraaf 3.2 dat KPN bij VoB in veel mindere mate over voordelen beschikt dan bij ISDN en dat KPN geen mogelijkheid heeft om marges uit te hollen. VoB wordt echter in toenemende mate door marktpartijen als vervangende dienst voor ISDN aangeboden.

VoB wordt daarbij als add-on over een breedbanddienst geboden. Er zijn legio partijen die op deze wijze vaste telefonie als add-on op hun breedbanddiensten in de zakelijke markt aanbieden. Hierbij hebben partijen volgens het college voldoende ruimte om VoB aan te bieden. In het aanvullend ontwerpbesluit 2008 maakt ISDN2 – terecht - nog onderdeel uit van de markt van residentiële telefonie en is ongereguleerd. Het college zag toen al terecht dat er meer dan voldoende concurrentie was en is op ISDN2. Er zijn meer dan voldoende aanbieders die ISDN2 of VoB met dezelfde functionaliteit kunnen bieden; het maakt daarbij niet uit of de afnemers consumenten dan wel zakelijke gebruikers zijn. De tarieven van ISDN2 van KPN kunnen op basis van WLR eenvoudig worden gerepliceerd en de aanbiedingen van VoB zijn veel gunstiger voor klanten: inkoopkosten en tarieven van VoB liggen lager dan van ISDN2.

KPN zal de tarieven van ISDN minimaal op basis van WLR plus een incrementele retailopslag moeten vaststellen. Deze prijs is altijd hoger dan de prijs voor VoB. Het is dan ook onbegrijpelijk dat het college nu stelt dat marge-utholling een potentieel mededingingsprobleem zou zijn en dat ondergrensregulering op ISDN2 nodig is om dit probleem tegen te gaan. Hierbij zal KPN de prijs van ISDN2 relatief ten opzichte van VoB hoger moeten vaststellen waardoor partijen nog meer ruimte krijgen om VoB gunstiger te bieden dan ISDN2. Het college baseert het risico op marge-utholling teveel op partijen die alleen diensten op basis van WLR aanbieden.

2.2 *Geen marge-utholling op ISDN15/20/30*

Niet valt in te zien hoe de conclusie uit paragraaf 3.4 dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om op ISDN marge-utholling toe te passen is te rijmen met de uitkomsten van het onderzoek naar de RfP's. KPN heeft minder dan de helft van de uitgebrachte aanbiedingen gewonnen. In deze paragraaf wordt ook hier de (theoretische) situatie beschreven van mogelijke marge-utholling ten opzichte van aanbieders die alleen op basis van WLR aanbie-

dingen doen. In de praktijk blijken de aanbieders in dit marktsegment voor een belangrijk deel te beschikken over eigen infrastructuur en WLR-hoogcapacitair als extra mogelijkheid te benutten om KPN effectief te beconcurreren. Ondergrensregulering zet KPN alleen maar meer op achterstand ten opzichte van deze partijen, omdat KPN moet uitgaan van een volledige inkoop op basis van WLR met zelfs een hogere retailopslag. Partijen kunnen eenvoudig bepalen welke nieuwe beperktere prijsruimte KPN heeft en daar hun prijzen op afstemmen. Dit zal te zijner tijd leiden tot voor klanten hogere prijzen dan nu, hetgeen ook niet in het belang is van eindgebruikers. Het geschetste risico op marge-utholling deed en doet zich op de markt voor hoogcapacitaire aansluitingen niet voor.

Daarnaast had het college in zijn analyse van het risico op marge-utholling niet alleen moeten kijken naar concurrenten op basis van WLR-hoogcapacitair maar nadrukkelijk ook naar andere methoden om ISDN15/20/30 te realiseren. Het is bij het college genoegzaam bekend dat ook huurlijnen met een capaciteit van 2048kbit/s zeer veel gebruikte bouwstenen zijn om ISDN15/20/30 aansluitingen te realiseren.

2.3 Prijsdiscriminatie

Het college stelt dat op de markt voor vaste telefonie aan drie voorwaarden is voldaan voor KPN om succesvol op prijs te kunnen discrimineren en marge-utholling te kunnen toe passen.

Als eerste stelt het college dat KPN aanmerkelijke marktmacht heeft. Dat impliceert dat KPN onafhankelijk van andere partijen haar prijs kan vaststellen. Op de markt voor ISDN2 en VoB geldt deze situatie niet, omdat de prijs van ISDN2 wordt gedisciplineerd door VoB. Indien KPN de prijs voor ISDN2 voor bepaalde groepen klanten lager zet en voor andere, minder prijsgevoelige, klanten de prijs hoog houdt, zullen partijen de laatste groep klanten gunstige aanbiedingen op VoB kunnen aanbieden. Uit de opgelopen churn van KPN (zie ook rnr. 1286 t/m 1288 van het marktanalysebesluit ULL van 29 december 2011 over churn) blijkt dat dit ook in de praktijk gebeurt. Ook op de markt voor ISDN15/20/30 kan KPN niet onafhankelijk van andere partijen haar prijzen bepalen, zoals hierboven al is beschreven. Dus hoewel KPN nog een relatief hoog marktaandeel heeft op ISDN2, heeft KPN niet de mogelijkheid om deze positie te benutten om marktmacht in de vorm van onafhankelijk prijsgedrag toe te passen.

Het college stelt ten tweede dat KPN de mogelijkheid heeft om te discrimineren tussen groepen afnemers. Ook andere partijen hebben deze mogelijkheid. KPN zal in haar aanbod op prijsgevoelige klanten altijd een prijs moeten hanteren die minimaal de WLR inkoop goedmaakt plus een retailopslag. In de praktijk blijkt dat KPN wel lagere prijzen aanbiedt, maar niet dusdanig lage prijzen dat alleen de retailopslag wordt goedgemaakt. KPN heeft namelijk de prikkel om zoveel mogelijk al haar kosten goed te maken en ook bij prijsgevoelige klanten een gezonde marge te maken. Ook andere partijen kunnen dus zonder risico op marge-utholling deze prijzen matchen. De boetebesluiten waar het college naar verwijst, betreffen specifieke cases waar KPN en het college van mening verschillen in hoeverre dergelijke aanbiedingen wel of niet gereguleerde bundels betreffen en dat daar de non-discriminatieverplichting op van toepassing zou zijn of niet; in deze situatie was geen sprake van marge-utholling. Ook het college zelf is hiervan op de hoogte.

Ten derde stelt het college dat andere partijen KPN's retailediensten niet kunnen wederverkopen of dat KPN deze wederverkoop kan staken. KPN kan deze opmerkingen niet plaatsen. WLR betreft immers de wederverkoop van KPN's retailediensten en KPN is verplicht WLR aan te bieden. Maar ook in de situatie toen WLR voor hoogcapacitaire aansluitingen nog niet

beschikbaar was, waren partijen in staat om op basis van contract overname KPN's retail-diensten te wederverkopen aan eindgebruikers.

2.4 Bundeling

Het college stelt dat bundels van ISDN met andere diensten prijstechnisch niet gerepliceerd zouden kunnen worden door andere partijen.

Dit probleem zou overeenkomen met de eerder geschetste marge-uitholling. Hierboven heeft KPN al betoogd dat er geen sprake van marge-uitholling kan zijn bij ISDN2 en op de markt voor meervoudige aansluitingen. KPN ziet niet in dat marge-uitholling ook zou gelden voor bundels; als er geen risico is op marge-uitholling bij ISDN2 en ISDN15/20/30, dan ziet KPN niet in waarom dat wel voor bundels met ISDN zou gelden. Het college komt ook niet met voorbeelden waar dit uit zou blijken en blijft steken in een theoretische benadering.

3 Verplichtingen

3.1 Retailtariefregulering

Om de vastgestelde potentiële mededingingsproblemen te remediëren legt het college aan KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie een retailtariefverplichting op. Het college geeft in rnr. 73 aan dat de gekozen retailtariefregulering van toepassing is op alle zakelijke retail vaste telefonie ISDN-diensten van KPN, dus ongeacht of deze los of in bundels worden aangeboden of geleverd. Uit de formulering van het college kan gelezen worden dat de retailtariefregulering ook betrekking heeft op de diensten die behoren tot de residentiële markt voor vaste telefonie, nl. ISDN2. KPN merkt op dat, voor zover het college dit bedoeld heeft, dit in strijd is met de door het college in 2008 afgebakende residentiële en zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie en de conclusie van de college dat deze eerstgenoemde retailmarkt daadwerkelijk concurrerend was en derhalve op deze markt geen retailverplichtingen zijn opgelegd.

3.2 ND-5 verplichting

Het college geeft in rnr. 29 aan dat reeds tijdens de reguleringsperiode 2006-2008 de combinatie van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering ervoor zorgde dat andere aanbieders dan KPN in staat waren om diverse zakelijke telefoniediensten aan te bieden en de concurrentie met KPN op de zakelijke retailmarkt aan te gaan.

De diensten die KPN aanbiedt op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie zijn technisch repliceerbaar, waardoor de toetredingsdrempels zijn verlaagd en alternatieve aanbieders de verschillende typen telefoniediensten kunnen leveren. Het college is echter van oordeel dat de prijstechnische repliceerbaarheid op retailniveau niet voor alle diensten en bundels wordt gegarandeerd vanwege de aanhoudende AMM-positie op retailniveau en concurrentievoordelen van KPN.

Het college gaat er daarom toe over om voor de retailmarkt voor tweevoudige gesprekken en de retailmarkt voor meervoudige gesprekken een nieuwe retail ondergrensregulering op te leggen. Het college ent deze voor een groot deel op de reeds in het huidige kader bestaande ND-5 methodiek voor wholesale diensten, maar introduceert wijzigingen die ieder voor zich een inhoudelijke verzwaring betekenen van de ondergrenstoets op retailniveau.

Deze wijzigingen betreffen :

- de vervanging van LRIC door EDC minus als kostengrondslag;
- de uitbreiding van de scope van de EDC minus tot alle componenten en diensten van het vaste net;
- de wijziging van een incrementele in een integrale retailopslag voor retailgereguleerde diensten;
- de wijziging van de retailopslag voor bundels van retailgereguleerde diensten met andere retaildiensten (ongereguleerd), met name ten aanzien van de retailopslag die moet worden gerekend voor de ongereguleerde retaildiensten en componenten.

Het is goed om te realiseren dat bovenstaande wijzigingen een cumulatief effect hebben op de uitkomst van de toetsen en dus bijzonder ingrijpend zijn voor KPN.

3.2.1 Standalone aanbod van gereguleerde diensten of bundelaanbod

Het college verbindt de retailregulering in eerste instantie aan de los aangeboden diensten van KPN, althans voor zover deze behoren tot het gereguleerde deel van de onderzochte markt. Vervolgens legt het college ook voor bundels retailregulering op.

Merkwaardig is dat het college hierbij ook een extra mededingingsprobleem ziet van wat het college een bundel noemt in de zin van koppelverkoop van gereguleerde typen aansluiting met gereguleerde vormen van verkeersaanbod van KPN.

Dit is een op zich al merkwaardige redenering: als het college via de marktafbakening heeft vastgesteld dat de relevante markt bestaat uit aansluitingen én verkeer samen hoe kan er dan een extra mededingingsprobleem zijn uit hoofde van het samen aanbieden van aansluiting en verkeer?

KPN zou juist verwachten dat het samen aanbieden van aansluiting en verkeer de kernsituatie is in de aldus afgebakende markt. Zoals het college weet, is dit bij de klanten van KPN verreweg de meest voorkomende situatie, en zowel KPN als het college mogen aannemen dat dit ook geldt voor verreweg de meesten van de klanten van de andere aanbieders op deze markt.

Voor KPN is dit vermeende extra mededingingsprobleem van bundels, leidend tot een idee van koppelverkoop van aansluiting en verkeer (twee gereguleerde onderdelen van eenzelfde markt) niet de essentie van haar commentaar op de regels voor bundels en de wijze waarop het college vraagtekens heeft gezet bij de prijstechnische replicerbaarheid.

KPN abstraheert dus in onderstaande tekst van de typering 'bundel' voor het samen aanbieden van een gereguleerde aansluiting en een gereguleerd verkeersaanbod. Daarmee abstraheert KPN ook van wat het college daarover heeft gezegd met betrekking tot prijstechnische replicerbaarheid.

KPN zal ten behoeve van onderstaande tekst het begrip bundel hanteren in de zin van een retailaanbod van KPN dat een combinatie vormt van enerzijds een of meer gereguleerde diensten en anderzijds een of meer ongereguleerde diensten.

3.2.2 De categorie 'ongereguleerd' nader beschouwd

De categorie 'ongereguleerd' kan in het algemeen nader worden opgesplitst: enerzijds op basis van de inhoudelijke resultaten en statussen van de marktanalyses en anderzijds op basis van de omschrijving van de ND-5 kostencategorieën.

Deze nadere onderverdeling van 'ongereguleerd' ziet er als volgt uit:

1. ongereguleerde componenten van het vaste netwerk van KPN;
2. diensten van het vaste netwerk van KPN behorend tot de onderzochte markt maar waarvoor van wholesale regulering is afgezien;
3. diensten die niet behoren tot de onderzochte markten en dus per definitie ongereguleerd zijn maar wel (deels) over het vaste netwerk van KPN lopen;
4. bundels van een gereguleerde dienst met een of meer andere diensten waarvoor één of meer van bovenstaande situaties 1 t/m 3 geldt.

Kijkend naar de retailmarkten voor vaste telefonie constateert KPN bovenal dat de door het college opgelegde scheidslijn tussen gereguleerde en ongereguleerde vaste telefoniediensten als gevolg heeft dat het aanbod en de afname in de praktijk vrijwel altijd bestaat uit een bundel van gereguleerde diensten met ongereguleerde diensten c.q. componenten.

Klanten met een afname van louter gereguleerde vaste telefoniediensten bestaan vrijwel niet.

Deze constatering leidt er onmiddellijk toe dat vooral de regels en de wijze van invulling van de retailondergrens voor bundels van belang is, temeer wanneer die regels en wijze van invulling ertoe leiden dat de reguleringssuitkomst van het geheel anders is dan de optelsom van de reguleringssuitkomsten (in de zin van ondergrenzen) van de onderdelen wanneer deze los (standalone) worden aangeboden.

3.2.3 Reguleringssuitkomst van het geheel versus de optelsom van de reguleringssuitkomsten (in de zin van ondergrenzen) van de onderdelen

KPN zal hierna eerst vaststellen wat de reguleringssuitkomst is in de zin van de afzonderlijke ondergrenzen van de onderdelen wanneer die los (standalone) worden aangeboden door KPN.

(i) Ondergrens van de losse (standalone) diensten: indien een gereguleerde dienst

De nieuwe retailondergrens wordt voor deze vorm van diensten gevormd door de kosten van de ND-5 categorie A plus eventueel de kosten van de ND-5 categorie D, voor zover van toepassing, en deze kosten worden dan vervolgens vermeerderd met de integrale retailopslag van 18,6%.

Zoals gezegd, de pure vorm van een aanbod van uitsluitend gereguleerde dienst – dus zonder enige ongereguleerde component of dienst – komt vrijwel niet voor. In de praktijk zit er vrijwel altijd een ongereguleerde component bij, ook al is dit slechts de transmissie van het lokale netvlak op het traditionele spraaknetwerk naar een hoger netvlak, bijvoorbeeld nationaal. Deze hogere netvlakken zijn ongereguleerd.

Het college heeft de wijziging geïntroduceerd dat in de ND-5 toetsen en dus ook in de nieuwe retailondergrenzen voor ISDN2 en ISDN15/20/30 voortaan als kostengrondslag voor het hogere netvlak – een evident ongereguleerde component – EDC minus moet gelden, en niet langer LRIC. KPN heeft reeds eerder in haar reactie op het ontwerpbesluit ontbundelde toegang kritiek geuit op deze generieke wijziging. Korthedshalve zij hier daarnaar verwezen.

KPN illustreert bovenstaande met een getalsmatig voorbeeld voor een gereguleerde dienst zonder hoger netvlak: ondergrens is categorie A + categorie D, stel dit is 100. Vermeerderd met integrale retailopslag wordt de ondergrens dan 118,6. (De categorieën en de letters verwijzen naar de bekende ND-5 kostencategorieën).

Hetzelfde doet KPN voor dezelfde dienst maar dan op nationaal niveau waarbij de EDC minus kosten voor het hogere netvlak 8 bedragen: $(100 + 8) * 1,186 = 128,1$. Dezelfde berekening maar dan met de eerdere LRIC in plaats van EDC minus: $(100 + 5) * 1,186 = 124,5$. De verandering naar EDC minus betekent dus hier een relatieve kostenverhoging voor de ondergrens van bijna 3%.

(ii) Ondergrens van de losse (standalone) diensten: indien een ongereguleerde dienst

Van retaildiensten, die niet onder de nieuwe ondergrensregulering vallen, zijn er vele voorbeelden. Het college noemt reeds een aantal soorten verkeer, zoals verkeer naar een aantal bijzondere nummers. KPN neemt in dit kader vooral de diensten in aanmerking, die ongereguleerd zijn en die vallen onder 1 van de volgende categorieën:

- diensten van het vaste netwerk van KPN behorend tot de onderzochte markt maar waarvoor van wholesale regulering is afgezien;
- diensten die niet behoren tot de onderzochte markten en dus per definitie ongereguleerd zijn maar wel (deels) over het vaste netwerk van KPN lopen,

dan valt KPN hierbij het volgende op:

- Het betreft hier vaak en veel voorkomende diensten zoals mobiele telefonie, internationaal verkeer, vele vormen van aanbod van wat het college VoB noemt (voice over breedband), inkomend verkeer al dan niet in combinatie met speciale en/of intelligente routeringsdiensten en VASsen, en ook huurlijnen in de hogere netvlakken om klantlocaties aan te sluiten op datacenters, telecomhouses of marktplaatsen.
- Dit betreffen diensten waarvan is vastgesteld dat zij behoren tot markten of delen van markten waarop voldoende marktwerking aanwezig is. Voor de als tweede genoemde categorie geldt dit zelfs in afwezigheid van enige wholesale regulering. Sterker nog, deze diensten behoren tot markten die niet eens voorkomen op de Aanbeveling relevante markten van de EC.
- De aanwezigheid van marktwerking staat vast. En daarmee ook dat er geen andere ondergrens geldt dan het algemene mededingingskader (mededingingskader plus regelgevend kader o.b.v. artikel 102).
- Volgens dit kader geldt er niet bij voorbaat één specifieke kostengrondslag als basis voor een retailondergrens. Als globale range kan worden gesteld dat – navenant de mate van een eventuele economische machtspositie of niet – er een range kan worden gesteld van een waarde tussen de gemiddelde relevante variabele kosten en de gemiddelde relevante totale kosten. Waarbij overigens de ND-5 dienstdefinitie die het college hanteert een veel smallere definitie is dan de definitie van relevante markt uit de mededingingskaders. Dit drukt dus de uitkomst van de relevante kosten in de ondergrens.

Ook dit illustreert KPN met een getalsmatig voorbeeld: ondergrens voor een ongereguleerde dienst is 100. Hier is geen OPTA-regulering van toepassing, dus geen retailopslag. Kostenondergrens blijft 100.

(iii) Optelsom van bovenstaand

Voor een gecombineerd aanbod (bundelaanbod) van de dienst onder (i) en de ongereguleerde dienst onder (ii) ontstaat de volgende optelsom:

- $118,6 + 100 = 218,6$ in geval van aanbod op lager netvlak
- $128,1 + 100 = 228,1$ in geval van hoger netvlak en de nieuwe EDC minus regel
- $124,5 + 100 = 224,5$ in geval van hoger netvlak en de oude LRIC

(iv) Reguleringuitkomst van de bundel als geheel volgens de nieuwe invulling

De nieuwe regels van het college met de wijzigingen in de ND-5 categorieën en de wijze van invulling van de nieuwe retailondergrens in bundels werken als volgt uit.

Voor de gereguleerde dienst onder (i) zal in geval van aanbod op hoger netvlak de mee te nemen kosten 108 bedragen.

Voor de ongereguleerde dienst is allereerst een analyse nodig in welke mate deze dienst gebruik maakt van het vaste netwerk. Stel dat deze dienst bijvoorbeeld internationaal ver-

keer is. De wijziging ten opzichte van het huidige ND-5 bouwwerk en wijze van invulling die het college lijkt te beogen is dat het opgaande deel van het uitgaande verkeer vanaf de klantlocatie naar de internationale switch van KPN voortaan én moet worden meegenomen als kosten én bovendien op EDC minus moet worden gecalculeerd.

Voor andere ongereguleerde diensten lijkt het college vergelijkbare interpretaties op te leggen. Zo zou voor mobiele telefonie voor de verbindingen van de mobiele base stations met het vaste netwerk van KPN voortaan ook én de kosten moeten worden meegenomen én deze kosten bovendien moeten worden berekend op EDC minus. Voor nog andere ongereguleerde diensten kunnen bijvoorbeeld huurlijnen en backhaul verbindingen aan de orde zijn waarvoor voortaan ook EDC minus kosten lijken te moeten worden mee gecalculeerd in de toets. Dit geldt ook voor verbindingen van bijvoorbeeld Hotspot netwerken.

Bovenstaande zijn allemaal wijzigingen ten opzichte van het huidige kader, en wel wijzigingen in de sfeer van ongereguleerde markten, waarvoor het college geen specifieke analyse en motivering heeft gemaakt aangaande eventuele mededingingsproblemen. Het college heeft niet alleen nagelaten een algemene analyse uit te voeren, maar het college heeft juist ook geen analyse uitgevoerd in de context van specifieke problemen ten gevolge van bundeling. Denk hierbij aan een analyse waarom zo'n bundel wel of niet prijstechnisch repliceerbaar is. Dit is volgens KPN een serieus manco. Gelet op dit gebrek aan motivering komt het voorschrift van EDC minus hiervoor uit de lucht vallen.

KPN illustreert hiervan de getalsmatige consequenties: stel dat binnen de eerder onder (ii) genoemde kosten-ondergrens het aandeel van de componenten binnen het vaste net 50 bedraagt. Deze 50 zullen moeten worden gecalculeerd op EDC minus. Stel hier komt 80 uit in plaats van 50. Dan worden de ND-5 relevante kosten van het ongereguleerde dienst uit de bundel $80 + 50 = 130$.

Tot slot moet er volgens de huidige interpretatie van het college over het geheel een retailopslag van 18,6% worden toegepast. Dit is overigens zeer merkwaardig want de gedachte van een opslag van 18,6% heeft uitsluitend betrekking op de gereguleerde traditionele vaste telefonie diensten van KPN en deze heeft dus geen enkele relevantie tot de mededingingsrechtelijke relevante retailkosten voor ongereguleerde diensten.

Dit leidt tot een getalsmatige uitkomst volgens de nieuwe invulling van het college van:

$$(108 + 130) * 1,186 = 282,3$$

Dit is een aanzienlijk hogere uitkomst dan hierboven bij (iii) zijnde 228,1. De reguleringuitkomst onder de nieuwe invulling van het college is dus maar liefst 24% hoger dan onder de eenvoudige optelsom van de afzonderlijke delen.

In geval van een bundel van gereguleerd met niet 1 maar twee ongereguleerde diensten (bijvoorbeeld IDD en mobiele telefonie) neemt dit effect fors toe:

$$(108 + 130 + 130) * 1,186 = 436,4 \text{ versus } (108 * 1,186) + 100 + 100 = 328,1$$

Dit is al een verschil van 33% hogere kosten onder de nieuwe invulling van het college ten opzichte van wat de logische uitkomst zou zijn van de optelsom van de delen. De door het college voorgestelde invulling van de ondergrens voor bundels kent dus een vorm van een kostenverhogende multiplier die niet terug te voeren is op enig benoemd mededingingsprobleem noch op een kwantitatief ingestoken analyse daarover. Het leidt dus ook tot willekeurige uitkomsten.

Er kan tevens worden geconstateerd dat zo'n uitkomst ook een rem zet (in feite een straf) op het introduceren van innovaties (bijvoorbeeld PSTN in combinatie met VoB voor hoogcapacitair). **[KPN Vertrouwelijk –**

].

Gelet op het ontbreken van een analyse en motivering met betrekking tot extra mededingingsproblemen uit hoofde van wel/niet prijstechnische replicerbaarheid is niet te begrijpen langs welke redentie het college komt tot de genoemde invulling van ND-5 voor bundels en voor de nieuwe retailondergrens voor bundels van gereguleerde en ongereguleerde diensten.

Het is vooralsnog niet te begrijpen – en al zeker niet voor bundels met diensten uit markten die niet eens staan op de EC Aanbeveling met markten die in aanmerking komen voor ex-ante regulering - dat de reguleringsuitkomst op basis van de invulling door het college zóveel afwijkt van de optelsom van de afzonderlijke logische reguleringsuitkomsten van de standalone situaties. De eindconclusie is dan ook dat de invulling door het college voor de ondergrens van bundels tot een zwaardere toets leidt dan nodig en gerechtvaardigd is.

Er is immers geen twijfel aan de prijstechnische replicerbaarheid voor de situaties dat een KPN aanbod qua prijs zich beweegt op het niveau van minstens de 228,1 en de 328,1 uit de hierboven genoemde voorbeeldsituaties.

3.3 Implementatietermijnen

KPN meent dat de door het college overwogen implementatietermijnen in het aanvullende ontwerpbesluit vaste telefonie 2008 onredelijk, onuitvoerbaar en in strijd zijn met de wet zijn. KPN zal dit hierna toelichten.

3.3.1 Disproportionele uitvoeringslast

Op 23 december 2011 heeft het college per mail een update van de planning van de marktanalysebesluiten gegeven. Uit deze planning blijkt dat, afgezien van het moment van publicatie⁶, alle nog komende processtappen van de aanvullende marktanalysebesluiten vaste telefonie 2008 en 2011 gelijk zijn.

Het college lijkt bewust te kiezen voor een gefaseerde inwerkingtreding van de definitieve aanvullende marktanalysebesluiten vaste telefonie 2008 en 2011. De in deze marktanalysebesluiten opgelegde implementatietermijnen zullen elkaar voor het doorvoeren van correcties voor het actief afneembaar portfolio niet in tijd overlappen. Dit betekent dat KPN het actief afneembaar portfolio twee maal dient te onderzoeken op eventuele correcties. Wanneer het definitieve aanvullend besluit marktanalyse Vaste Telefonie 2008 in werking treedt, dienen correcties van het actief afneembaar portfolio door KPN binnen één werkdag doorgevoerd te worden. Wanneer het definitieve aanvullend besluit marktanalyse Vaste Telefonie 2011 in werking treedt, dienen correcties van het actief afneembaar portfolio door KPN binnen 3 maanden doorgevoerd te worden.

⁶ Publicatie van het marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 is gepland in maart 2012; van het marktanalysebesluit vaste telefonie 2011 in maart/april 2012.

KPN merkt op dat door de bewuste keuze van het college om de aanvullende marktanalyse-besluiten vaste telefonie 2008 en 2011 gefaseerd in werking te laten treden, hij daarmee wat betreft de implementatie van de verplichtingen uit deze besluiten zwaardere administratieve en organisatorische eisen aan KPN stelt en tevens voor onnodig veel onrust in de markt. KPN acht de administratieve last en de onrust in de markt niet in verhouding staan tot het doel dat het college beoogt met de gefaseerde inwerkingtreding van deze besluiten. De door het college gestelde verplichtingen met betrekking tot de implementatietermijn acht KPN derhalve niet in overeenstemming met het proportionaliteitsvereiste.

Tot slot blijkt niet duidelijk uit het aanvullend ontwerpbesluit 2008 hoe de verplichting dat binnen 6 maanden na inwerkingtreding van het definitieve aanvullend besluit marktanalyse vaste telefonie 2008 correcties van bestaande overeenkomsten doorgevoerd dienen te zijn, zich verhoudt tot de verplichting dat binnen 9 maanden na inwerkingtreding van het definitieve aanvullend besluit marktanalyse vaste telefonie 2011 correcties van bestaande overeenkomsten doorgevoerd dienen te zijn. KPN gaat ervan uit dat wanneer de termijnen ten behoeve van de implementatie van de verplichtingen uit beide besluiten elkaar in tijd overlappen, de opgelegde implementatietermijn van 6 maanden uit het eerst gepubliceerde besluit vervalt en de opgelegde implementatietermijn van 9 maanden uit het marktanalyse-besluit dat het laatst gepubliceerd is, leidend is. Mocht het college dit niet zo bedoeld hebben, dan betekent dit dat KPN bestaande overeenkomsten twee maal dient te onderzoeken op eventuele correcties.

3.3.2 Implementatietermijnen onuitvoerbaar

KPN merkt op dat de opgelegde implementatietermijn van 1 werkdag om een aantal redenen onuitvoerbaar is. Allereerst merkt KPN op dat de salesorganisaties van KPN en van haar dochterbedrijven enerzijds gebruik maken van volledig geautomatiseerde systemen voor het uitbrengen van offertes en anderzijds gebruik maken van business partners die op hun beurt weer offertes uitbrengen. Er worden derhalve dagelijks diverse aanbiedingen aan eindgebruikers gedaan. Offertes die KPN uitbrengt hebben een geldigheidsduur van 90 dagen.

Gelet hierop is het voor KPN onmogelijk om op de dag van publicatie van het definitieve besluit gecontroleerd te hebben welke aanbiedingen geraakt worden door de opgelegde verplichting en deze te hebben aangepast waarbij er tevens op dezelfde dag communicatie met de klant heeft plaatsgevonden. Daarnaast geldt dat KPN ook offertes heeft verzonden voor de publicatie van het ontwerpbesluit. Zoals gezegd, hebben deze een geldigheidsduur van 90 dagen, hetgeen betekent dat KPN ook deze offertes vanuit civielrechtelijk oogpunt niet zo maar, zonder juridische consequenties, kan intrekken.

Daarnaast zijn er ook vanaf 7 december 2011 contracten gesloten, deels vóór 7 december geoffreerd en deels na 7 december geoffreerd, die ook allemaal binnen 1 werkdag moeten zijn aangepast en de aanpassing moet gecommuniceerd met de klant; dit verhoudt zich sowieso niet met het recht dat klanten hebben om bij tariefverhogingen 4 weken kosteloos te kunnen opzeggen. Dus praktisch is het onmogelijk om binnen 1 werkdag na publicatie van het besluit alle eventuele uitstaande offertes en contracten vanaf 7 december gecorrigeerd te hebben.

De enige oplossing die KPN ziet is om reeds vooraf aan de publicatie te onderzoeken welke listprijzen in actief afneembaar portfolio en offertes en contracten conform het conceptbesluit een te lage prijs zouden hebben. De te lage listprijzen en de offertes en contracten met te lage prijzen zouden dan reeds vóór de eventuele (in te schatten) publicatiedatum moeten

worden aangepast op basis van het conceptbesluit, dat niet definitief is en nog geen rechtskracht heeft en nog aan aanpassingen onderhevig kan zijn: zie ook hieronder.

3.3.3 Implementatietermijnen in strijd met de wet

KPN acht de voorgenomen implementatietermijnen in het ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie 2008, gelet op de implementatietermijnen in ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie 2011 en marktanalysebesluit ULL van 29 dec 2011 onredelijk en bovendien in strijd met de wet. KPN zal dit hierna toelichten.

Hoewel het college erkent dat KPN vanaf het moment van inwerkingtreding van het aanvullende marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 enige tijd nodig zal hebben om de impact van de ondergrenstariefregulering op zowel haar actief afneembaar portfolio (list prices, onlangs ontvangen offerte-aanvragen en uitstaande offertes) als haar installed base (lopende contracten) te onderzoeken, meent het college dat het toch redelijk is om in dit marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 implementatietermijnen te hanteren die ongeveer drie maanden korter zijn dan hij in het kader van het aanvullend marktanalysebesluit vaste telefonie 2011⁷ en in de nota van bevindingen ULL⁸ voor ND-5 redelijk acht. Het college acht deze kortere termijn redelijk om – met het oog op de uitspraak van het CbB van 30 september 2011, waarin het college wordt opgedragen binnen drie maanden een nieuw besluit te nemen over instandhouding van de verplichtingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie na 1 januari 2010 - zo veel mogelijk de positieve gevolgen van de regulering te realiseren. Het college oordeelt echter dat KPN in onderhavig geval de periode tussen publicatie van dit aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse Vaste Telefonie 2008 en publicatie van het definitieve aanvullend besluit marktanalyse Vaste Telefonie 2008 *kan en dient* te gebruiken om de noodzakelijke wijzigingen door te voeren. De facto komt dit erop neer dat na inwerkingtreding van het definitieve aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 eventuele correcties van bestaande overeenkomsten gesloten vóór 7 december 2011 binnen 6 maanden in plaats van 9 maanden doorgevoerd dienen te zijn. Eventuele correcties van bestaande overeenkomsten gesloten tussen 7 december 2011 en datum van inwerkingtreding van het definitieve aanvullend besluit marktanalyse Vaste Telefonie 2008 dienen de eerste werkdag na laatstgenoemde datum doorgevoerd te zijn; en hetzelfde geldt voor eventuele correcties van het actief afneembaar portfolio.

KPN meent dat de opgelegde implementatietermijnen van 6 maanden voor correcties van bestaande overeenkomsten gesloten vóór 7 december 2011 en van 1 werkdag voor correcties van bestaande overeenkomsten gesloten tussen 7 december 2011 (de publicatie van het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse Vaste Telefonie 2008) en de datum van inwerkingtreding van het definitieve aanvullend besluit marktanalyse Vaste Telefonie 2008 en voor correcties van het actief afneembaar portfolio in strijd zijn met artikel 3:40 van de Awb aangezien deze termijn er de facto toe leidt dat de rechtsgevolgen intreden voordat het definitieve besluit in werking is getreden. Ook ontbreekt een wettelijke grondslag in de Awb en in de Tw voor de stelling van het college dat KPN de periode tussen publicatie van dit aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse Vaste Telefonie 2008 en publicatie van het definitieve aanvullend besluit marktanalyse Vaste Telefonie 2008 *kan en dient* te gebruiken om de noodzakelijke wijzigingen door te voeren.

Uit het aanvullend marktanalysebesluit vaste telefonie 2011 en in de nota van bevindingen ULL blijkt dat het college voor de implementatie van de ND-5 verplichting in beginsel een

⁷ Zie paragraaf 4.5 van het aanvullend ontwerpbesluit vaste telefonie 2011 van 7 december 2011, kenmerk OPTA/AM/2011/202784.

⁸ Zie de Nota van Bevindingen ULL van 10 november 2011, kenmerk OPTA/AM/2011/202581.

langere termijn redelijk acht dan hij in het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse Vaste Telefoonie 2008 oplegt. Het argument van het college dat hij, gegeven de opdracht van het CBb, zo veel mogelijk [naar het oordeel van KPN bedoelt het college 'zo snel mogelijk'] de positieve gevolgen van de regulering wil realiseren, rechtvaardigt op geen enkele wijze de van het ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefoonie 2011 en het ULL besluit afwijkende en kortere implementatietermijnen. Het college geeft hiermee om een onacceptabele wijze gehoor aan de opdracht van het CBb om binnen drie maanden een nieuw besluit te nemen over instandhouding van de verplichtingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefoonie na 1 januari 2010.

Voorts meent KPN dat voor de drie maanden kortere implementatietermijn voor eventuele correcties van bestaande overeenkomsten gesloten vóór 7 december 2011 in het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse Vaste Telefoonie 2008 geen enkele inhoudelijke onderbouwing gegeven kan worden. Sterker nog, verondersteld mag worden dat KPN eerder meer tijd nodig zal hebben om de impact van de ondergrenstariefregulering op zowel haar actief afneembaar portfolio (list prices, onlangs ontvangen offerte-aanvragen en uitstaande offertes) als haar installed base (lopende contracten) te onderzoeken bij de inwerkingtreding van het aanvullende marktanalysebesluit vaste telefoonie 2008 dan bij de inwerkingtreding, korte tijd later, van het aanvullende marktanalysebesluit vaste telefoonie 2011. Immers, KPN heeft bij de inwerkingtreding van het besluit 2011 haar volledige installed base reeds onderzocht. Het college lijkt hierover ook zo te denken. In rnr. 191. in het aanvullende ontwerpbesluit vaste telefoonie 2011 merkt het college immers het volgende op:

'Het college is van mening dat de aanvullende kosten van de in dit Aanvullend ontwerpbesluit 2011 opgelegde retailregulering relatief beperkt zijn. Dit met name omdat voor de invulling van de aanvullende ondergrenstariefregulering bijna volledig wordt aangesloten bij de reeds op basis van het ontwerpbesluit VT 2008 en het ontwerpbesluit VT 2011 gebruikte methodiek. De enige wijziging ten opzichte van dit systeem betreft dat een andere retailopslag wordt gehanteerd in het bij dit besluit goedgekeurde kostentoerekeningsstelsel.'

Gelet op bovenstaande meent KPN dat zij niet gehouden is of kan worden de in onderhavig ontwerpbesluit voorgenomen implementatietermijnen in acht te nemen. Dit geldt des te meer nu KPN tevens vraagtekens zet bij de inhoudelijke invulling van de ondergrensverplichting met name in de context van bundels van gereguleerde diensten met ongereguleerde diensten. Zolang er geen zekerheid is dat KPN terecht deze opmerkingen plaatst, is het niet zeker dat de voorgenomen invullingwijze voor bundels en retailopslag wel of niet nog gaat veranderen. De implementatietermijnen zouden tenminste hetzelfde moeten zijn als de gestelde implementatietermijnen in het aanvullend ontwerpbesluit 2011.