



OPTA aanvullende marktanalyse vaste telefonie 2011

Reactie van KPN op het aanvullende ontwerpbesluit van 7 december 2011
(kenmerk: OPTA/AM/2011/202784)

- 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/012

18 januari 2012

Inleiding en samenvatting

KPN heeft kennis genomen van het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie 2011 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.

Het college stelt dat zijn onderzoek in onderhavig aanvullend ontwerpbesluit 2011 erop is gericht te onderzoeken of de op de zakelijke retailmarkt bij het aanvullend marktanalysebesluit 2008 opgelegde verplichtingen in stand moeten blijven, gewijzigd of ingetrokken. Het college voert dan ook in onderhavig ontwerpbesluit een marktanalyse uit voor de retailmarkten die diensten bevatten uit deze zakelijke retailmarkt. Dat zijn de markt voor tweevoudige gesprekken en de markt voor meervoudige gesprekken.

KPN stelt zich in haar reactie op het standpunt dat zowel de analyse van het college als de feitelijke ontwikkelingen op de retailmarkten voor twee- en meervoudige gesprekken geen overtuigend bewijs leveren voor de door het college opgelegde retailmaatregelen. Daarnaast heeft het college de opgelegde retailmaatregel, die geënt is op de reeds in het huidige kader bestaande ND-5 verplichting op wholesale niveau, op een aantal onderdelen dusdanig verzaamd dat KPN op een onredelijk en onacceptabel grote achterstand wordt gezet ten opzichte van andere aanbieders op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie.

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.

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

Inhoud

In dit document worden de volgende onderwerpen behandeld:

1	Gehanteerde methodiek: drie-criteriatoets versus marktanalyse	3
1.1	<i>Inleiding</i>	3
1.2	<i>Uitspraak van het CBb</i>	3
1.3	<i>Het toepassen van de drie-criteriatoets</i>	5
2	Aanvullende analyse vaste telefonie 2011	8
2.1	<i>Tegenstrijdige uitkomsten dominantieanalyse tussen ontwerpbesluiten 2011</i>	8
2.2	<i>Dominantieanalyse anno 2011</i>	11
3	Potentiele mededingingsproblemen	17
3.1	<i>Geen risico op marge uitholling op ISDN2</i>	17
3.2	<i>Geen marge-uitholling op ISDN15/20/30</i>	17
3.3	<i>Prijsdiscriminatie</i>	18
3.4	<i>Bundeling</i>	18
4	Verplichtingen	20
4.1	<i>Standalone aanbod van gereguleerde diensten of bundelaanbod</i>	20

1 Gehanteerde methodiek: drie-criteriatoets 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 Europees regelgevend kader voor ex ante regulering

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.

Echter, het college stelt in het aanvullend ontwerpbesluit vaste telefonie 2011 voorts dat hij het niet zonder meer met het CBb eens dat de drie-criteriatoets in alle gevallen slechts een soort voorlopig marktonderzoek op hoofdpunten is. Met name ingeval wordt overwogen of een nog ongereguleerde markt die niet op de Aanbeveling staat voor onderzoek of ex-anteregulering in aanmerking komt, acht het college, gelet op het ingrijpende karakter van ex ante regulering, een meer gedetailleerd onderzoek naar de noodzaak van ex ante regulering op langere termijn op zijn plaats.

Volgens KPN past het college in het onderhavige ontwerpbesluit echter de instructies van het CBb onjuist toe. Het CBb stelt dat het college opgelegde verplichtingen – op een met de drie-criteriatoets tevoren afgebakende markt – pas kan intrekken nadat die markt met een volledige marktanalyse is beoordeeld. Dat betekent dat het college bij nieuwe beoordeling van het besluit uit 2008 zou moeten kijken of op de markt zoals in 2005 is afgebakend een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht is.

Dat is echter niet wat het college in het ontwerpbesluit doet. Het college komt met een nieuwe markt-afbakening, die substantieel afwijkt van de marktafbakening in de voorgaande reguleringsperiodes (2006-2008 en 2009-2011) zonder dat daarvoor de drie-criteriatoets is toegepast. Het college dient in die situatie eerst voor deze retailmarkten een drie-criteriatoets uit te voeren. Indien de betreffende markten aan alle drie de criteria voldoen, kan het college besluiten een diepgaande marktanalyse op grond van artikel 6a.1 en 6a.2 van de Tw te verrichten.

KPN merkt op dat het college deze aanpak heeft toegepast in zijn oordeel televisie, maar niet in de marktanalyse van de markt voor vaste telefonie.

1.2.2 Toepassing regelgevend kader

In lijn met de instructie van het CBb dient het college in het geval van de nieuw afgebakende retailmarkten voor enkel-, twee- en meervoudige gesprekken een drie-criteriatoets uit te voeren in afwezigheid van de telefoniespecifieke wholesale maatregelen zoals WLR. Immers, WLR is een hoger gelegen wholesale dienst voor de levering van vaste retail telefonie-aansluitingen en aangezien WLR niet als een markt is afgebakend die in de EC Aanbeveling vermeld staat, dient deze dienst bij de uitvoering van de drie-criteriatoets voor elk van deze drie nieuw afgebakende markten buiten beschouwing gelaten te worden. Wanneer het college de drie-criteriatoets voor elk van deze drie nieuw afgebakende markten in aanwezigheid van de WLR verplichting uitvoert, hoeft immers niet meer onderzocht te worden of deze markten in aanmerking komen voor ex-ante regulering omdat de WLR maatregel de ex ante regulering is.

KPN meent voorts dat het college op basis van de foutieve aanname dat de retailmarkten voor twee- en meervoudige gesprekken op grond van het aanvullend marktanalysebesluit op Vaste Telefonie 2008 gereguleerd zijn², het regelgevend kader onjuist toepast door eerst een marktanalyse als bedoeld in artikel 6a.1, derde en vijfde lid, van de Tw uit te voeren en daarna – ten overvloede – in aanwezigheid van wholesale regulering een drie-criteriatoets uit te voeren.

Allereerst zijn de retailmarkten voor twee- en meervoudige gesprekken in het aanvullend ontwerpbesluit Vaste Telefonie 2008 niet door het college afgebakend. Het college heeft in dit besluit de residentiele retailmarkt voor vaste telefonie, bestaande uit verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op 2 of minder gelijktijdige gesprekken en de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie, bestaande uit verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op meer dan 2 gelijktijdige gesprekken, afgebakend. Het college bakent in het ontwerpbesluit Vaste Telefonie 2011 drie van de EC Aanbeveling én van het marktanalysebesluit 2008 afwijkende retailmarkten voor vaste telefonie af. De afwijking blijkt niet alleen uit het verschil in aantal en in naamgeving van de afgebakende retailmarkten maar met name uit het verschil in afgebakende productmarkten. Geen van de relevante productmarkten van de drie retailmarkten komt overeen met een van de relevante productenmarkten uit de vorige marktanalyse of de EC Aanbeveling. Het college heeft deze relevante retailmarkten derhalve niet eerder afgebakend en ex-ante gereguleerd. Uit het Europees regelgevend kader volgt dat het college voor elke van de drie nieuw afgebakende retailmarkten eerst – en niet ten overvloede – een drie-criteriatoets dient uit te voeren. Indien het college vaststelt dat de afgebakende retailmarkt

² Het college geeft in rnr. 19 in het oordeel televisie het volgende te kennen dat: 'Het college is op basis van de Tw in twee gevallen verplicht een marktanalyse als bedoeld in hoofdstuk 6a Tw uit te voeren en daarover een besluit te nemen. Allereerst is het college op grond van artikel 6a.1, eerste lid jo. 6a.2 van de Tw, verplicht om een dergelijk besluit te nemen, indien de betreffende markt op de Aanbeveling staat. Het college is daarnaast op grond van artikel 6a.4 van de Tw verplicht om een dergelijk besluit te nemen, indien de betreffende markt reeds gereguleerd is.'

aan de drie criteria van de drie-criteriatoets voldoet, dient het college vervolgens per afgebakende markt een marktanalyse uit te voeren om vast te stellen of ex ante regulering van de markt noodzakelijk is. Indien de drie criteria niet cumulatief slagen, is er geen rechtvaardiging voor ex-ante regulering van de betreffende retailmarkt. KPN merkt overigens op dat het college deze aanpak toepast in haar oordeel televisie van 2011. KPN ziet dan ook geen reden waarom het college voor een andere aanpak zou kiezen inzake de drie nieuwe retailmarkten die hij heeft afgebakend in het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie 2011.

Voor zover het college meent – ten onrechte - dat de drie afgebakende retailmarkten in het ontwerpbesluit vaste telefonie 2011 overeenkomen met de twee retailmarkten in het marktanalysebesluit voor vaste telefonie 2008, merkt KPN het volgende op. De in het onderhavig ontwerpbesluit tot de relevante retailmarkt voor tweevoudige gesprekken behorende diensten, ISDN1/ISDN2/VoB2-aansluitingen en het verkeer hierover, behoorden in de vorige reguleringsperiode tot de residentiële retailmarkt voor vaste telefonie. Deze retailmarkt heeft het college op grond van het marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 en van het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie 2008 niet gereguleerd.³ In het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie 2011 is het college echter van mening dat op basis van een marktanalyse de relevante markt voor tweevoudige gesprekken, een markt die in het (aanvullend ontwerp) marktanalysebesluit 2008 nog tot de residentiële markt behoorde, wel gereguleerd dient te worden.

De in het onderhavig ontwerpbesluit tot de relevante retailmarkt voor meervoudige gesprekken behorende diensten, ISDN15/ISDN20/ISDN30-aansluitingen en het verkeer hierover, behoorden in de vorige reguleringsperiode tot de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie. Het college heeft op grond van het aanvullend ontwerpbesluit op marktanalyse vaste telefonie 2008 over de zakelijke retailmarkt geoordeeld dat als gevolg van de aanmerkelijke marktmacht van KPN en de geconstateerde mededingingsproblemen op deze markt van in 2005 opgelegde retailverplichtingen aan KPN alleen de ondergrenstariefregulering – in aangepaste vorm – passend is en derhalve in stand wordt gehouden. Wat betreft de voorgenomen retailregulering op deze markt verwijst KPN naar haar bedenkingen in haar reactie op het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie 2008. KPN heeft in die reactie uitvoerig toegelicht dat de wholesale maatregelen inclusief de ontwikkelingen op de retailmarkt voor zakelijke telefonie effectief zijn geweest om potentiële mededingingsproblemen als gevolg van de AMM positie van KPN weg te nemen en dat retailmaatregelen derhalve op deze markt dan ook helemaal niet nodig en passend zijn.

1.3 Het toepassen van de drie-criteriatoets

Naast de hierboven door KPN genoemde bezwaren tegen de toepassing door het college – in afwijking van de uitspraak van het CBb - van het regelgevend kader en afgezien van de gewijzigde methodiek tussen het aanvullende ontwerpbesluit en het ontwerpbesluit, maakt KPN zich ook zorgen over de gewijzigde inzichten waarmee het college komt in het aanvullende ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie zonder deze nader te onderbouwen.

Het is voor KPN onduidelijk waarom het college in het aanvullend marktanalysebesluit vaste telefonie van 7 december 2011 opeens tot de conclusie komt dat regulering van de retailmarkten voor twee- en meervoudige gesprekken noodzakelijk is, terwijl in het ontwerpbesluit van 14 juli 2011 het college nog van mening was dat dit niet nodig was.

³ Dat het college dit concludeert blijkt overtuigend uit de marktaandeelontwikkeling van KPN in de residentiële markt voor vaste telefonie in figuur 1 in het marktanalysebesluit ULL van 29 december 2011.

Dit gewijzigde inzicht van het college, zonder nadere onderbouwing, tussen het ontwerpbesluit vaste telefonie van 7 juli en het aanvullende ontwerpbesluit vaste telefonie van 14 december jl. komt duidelijk naar voren indien de drie-criteriatoets die het college in het ontwerpbesluit vaste telefonie van 14 juli vergeleken wordt met de drie-criteriatoets van het college in annex B van het aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse vaste telefonie van 7 december. Ongeacht of er een drie-criteriatoets uitgevoerd dient te worden, maakt KPN zich ernstige zorgen over het gemak waarmee het college de ene keer argumenten gebruikt om ze vervolgens kort nadien volledig om te draaien. Dit laatste wordt op de volgende wijze geïllustreerd:

(i) Criterium 1: De aanwezigheid van hoge toetredingsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard

In het ontwerpbesluit van 14 juli oordeelt het college nog dat er zowel voor de retailmarkten voor twee- en meervoudige gesprekken geen sprake is van hoge toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard. De voornaamste redenen die het college hiervoor aanvoert is dat de (gereguleerde) bouwstenen C(P)S/WLR, ULL en WBT ervoor zorgen dat belangrijke belemmeringen voor toegang tot de retailmarkten voor vaste telefonie worden weggenomen

In het aanvullend besluit komt het college echter tot een volledig andere conclusie en stelt hij dat er voor de retailmarkt voor twee- en meervoudige gesprekken, ondanks de beschikbaarheid van wholesale bouwstenen sprake is van hoge toegangsbelemmeringen. Het college lijkt opeens in het aanvullend besluit de beschikbaarheid van wholesale bouwstenen te verwaarlozen en de nadruk te leggen op het hebben van een bepaalde minimale schaal voor toetreders. De rol van kabelaanbieders en hun VoB aanbod komen helemaal niet meer aan de orde in het aanvullend ontwerpbesluit.

Voor KPN is volstrekt onduidelijk hoe het college inzake het eerste criterium van de drie criteria toets binnen 6 maanden tijd tot een ander inzicht is gekomen, zonder dat er in de marktontwikkelingen aanleiding toe bestaat. KPN verzoekt het college dan ook zijn conclusie in het aanvullend ontwerpbesluit te herzien dan wel nader te onderbouwen en uitleg te geven aan zijn veranderd inzicht.

(ii) Criterium 2: De structuur van de markt neigt niet naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon.

Net als voor het eerste criterium komt het college in het aanvullende besluit met betrekking tot het tweede criterium tot een volledig andere conclusie dan in het ontwerpbesluit van 14 juli. In het ontwerpbesluit van 14 juli concludeert het college voor de retailmarkt voor tweevoudige gesprekken:

‘Hoewel het college een beweging richting mededinging ziet, kan hij op basis van het hoge marktaandeel van KPN en de grotere mate van onzekerheid niet vaststellen of aan het tweede criterium wordt voldaan.’

Vervolgens concludeert het college in het ontwerpbesluit van 14 juli inzake de markt voor meervoudige gesprekken:

‘Op basis van bovenstaande concludeert het college dat de retailmarkt voor meervoudige gesprekken binnen de relevante tijdshorizon neigt naar daadwerkelijke mededinging. Hiermee wordt evenmin voldaan aan het tweede criterium.’

In het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december concludeert het college echter voor de markt voor twee- en meervoudige gesprekken dat:

'de retailmarkt voor twee- en de retailmarkt voor meervoudige gesprekken niet neigen naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. Hiermee wordt voor beide markten eveneens voldaan aan het tweede criterium.'

Hoe het college tot dit veranderd inzicht komt is KPN net als voor het eerste criterium volledig onduidelijk, mede gelet op het feit dat het uitgangspunt wat betreft de marktaandelen in beide analyses volledig hetzelfde is. Het enige wat KPN constateert, is dat in het ontwerpbesluit van 14 juli het college de rol van VoB en de concurrentiedruk die hiervan uit kan gaan in zowel de retailmarkt voor twee- als meervoudige gesprekken erkent (zie rnr. 1030 en 1046). Vervolgens wordt echter door het college in het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december op een onverklaarbare en niet onderbouwde wijze nauwelijks een rol toegekend aan VoB en wordt de nadruk gelegd op het feit dat KPN een landelijk dekkend netwerk heeft. Dit laatste punt komt niet eens aan de orde in het ontwerpbesluit van 14 juli.

Net als voor het eerste criterium verzoekt KPN het college dan ook zijn conclusie in het aanvullend ontwerpbesluit te herzien dan wel nader te onderbouwen en uitleg te geven aan zijn veranderd inzicht.

(iii) Criterium 3 Het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen.

Aangezien het college in het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december tot de conclusie komt dat aan de eerste twee criteria is voldaan, dient hij ook het derde criterium toe te passen en te concluderen dat eraan voldaan is alvorens te concluderen dat een relevante markt aan de drie-criteria toets voldoet. Het college komt inderdaad in rnr. 20 van annex B van het aanvullend ontwerpbesluit tot de conclusie dat aan het derde criterium is voldaan.

KPN is echter van mening dat de conclusie van het college niet gedragen wordt door de onderbouwing. Zie ook de manier waarop het college criteria 1 en 2 heeft beoordeeld. In rnr. 19 van annex B van het aanvullend ontwerpbesluit stelt het college dat ex-ante regulering het meest effectief geïmplementeerd kan worden om de potentiële mededingingsproblemen die het in hoofdstuk 3 van het aanvullend ontwerpbesluit constateert te remediëren. Een dergelijke algemene argumentatie is volgens KPN niet voldoende en het college zou op zijn minst nader moeten onderbouwen waarom specifiek in de retailmarkten voor twee- en meervoudige gesprekken het mededingingsrecht niet voldoet om potentiële mededingingsproblemen weg te nemen. KPN doet dan ook een uitdrukkelijk verzoek aan het college om de derde criteria nader te onderbouwen.

2 Aanvullende analyse vaste telefonie 2011

Hierna zal KPN nader ingaan op een aantal tegenstrijdigheden die zij constateert in de analyse voor de markt voor twee- en meervoudige gesprekken tussen het ontwerpbesluit van 14 juli 2011 en het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december 2011.

2.1 Tegenstrijdige uitkomsten dominantieanalyse tussen ontwerpbesluiten 2011

KPN stelt vast dat het college naar aanleiding van de uitspraak van het CBb in paragraaf 2.5 en 2.6 van het aanvullend ontwerpbesluit een dominantieanalyse uitvoert voor respectievelijk de retailmarkt voor twee- en meervoudige gesprekken in aanwezigheid van wholesale regulering. KPN merkt echter op dat het college een aantal conclusies trekt in deze paragrafen die haaks staan op zijn conclusies in paragrafen 11.3.2 en 11.3.3 van het ontwerpbesluit van 14 juli over deze retailmarkten in aanwezigheid van wholesale regulering. Dat er in het ontwerpbesluit van 14 juli voor een drie-criteria toets is gekozen en in het aanvullend besluit voor het uitvoeren van dominantieanalyse is volgens KPN geen reden om tot andere inzichten te komen wat betreft de retailmarkten. Aangenomen mag worden dat het college beide analyses zorgvuldig heeft uitgevoerd. Zo stelt het college zelf in annex B van het aanvullend besluit dat hij het niet zonder meer met het CBb eens is dat de drie-criteriatoets in alle gevallen slechts een soort voorlopig marktonderzoek op hoofdpunten is. Met name ingeval wordt overwogen of een nog ongereguleerde markt die niet op de Aanbeveling staat voor ex-ante regulering in aanmerking komt, acht het college, gelet op het ingrijpende karakter van ex-ante regulering, een meer gedetailleerd onderzoek naar de noodzaak van ex-ante regulering op langere termijn op zijn plaats. KPN zal hierna nader uiteenzetten welke verschillen zij constateert en doet een verzoek aan het college om nader te onderbouwen hoe hij tot een ander inzicht is gekomen dan wel waarom hij zijn conclusies in het ontwerpbesluit van 14 juli meent te moeten handhaven.

2.1.1 De markt voor tweevoudige gesprekken

(i) Marktaandeelen in de markt voor tweevoudige gesprekken

In rnr. 1028 van het ontwerpbesluit van 14 juli concludeert het college met betrekking tot de marktaandeelontwikkeling van KPN op de retailmarkt voor tweevoudige gesprekken in aanwezigheid van regulering het volgende:

'Uit Tabel 15 blijkt dat KPN Q2 2010 op de retailmarkt voor tweevoudige gesprekken een marktaandeel heeft van [90-95 procent] [KPN betrouwbaar -]. In aanwezigheid van regulering zal dit marktaandeel dalen naar 70-85 procent eind 2014. Dit betreft een daling in marktaandeel van [5-25 procentpunt] [KPN betrouwbaar -]. Hoewel het college verwacht dat het marktaandeel van KPN in de komende reguleringsperiode daalt, blijft het op een hoger niveau dan op de retailmarkten voor enkel- en meervoudige gesprekken.'

Hieraan wordt in het aanvullend ontwerpbesluit geen aandacht meer geschonken. In rnr. 56 van het aanvullend ontwerpbesluit stelt het college:

'Op basis van de verwachtingen van deze partijen daalt de rol van WLR licht door onder meer migratie naar VoB. Het college acht een aandeel van 2-5% voor diensten geleverd op basis van telefoniespecifieke regulering reëel voor 2014. Gezien de migratie naar VoB acht het college tevens een groei tot 2-5% procent reëel voor diensten die geleverd worden op basis van hoger gelegen bouwstenen.'

KPN deelt de conclusie van het college in het ontwerpbesluit van 14 juli. Hoe het college tot een ander inzicht is gekomen in het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december is volstrekt onduidelijk en niet onderbouwd.

(ii) De rol van kabelaanbieders en VoB in de markt van tweevoudige gesprekken

In het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december stelt het college in rnr. 57:

'Het groeipotentieel van de kabelaanbieders acht het college op deze markt minder hoog dan op de retailmarkt voor enkelvoudige gesprekken. Ten eerste hebben de kabelaanbieders hun coax-netwerken niet uitgerold naar bedrijventerreinen. Ten tweede bieden zij vrijwel uitsluitend VoB, terwijl de zakelijke vraag nog in belangrijke mate uitgaat naar ISDN.'

In het ontwerpbesluit van 14 juli concludeerde het college echter in rnr. 1025 en 1030 nog:

'Dat kabelaanbieders recent diensten zijn gaan aanbieden op deze markt en naar verwachting van het college een belangrijke groei gaan doormaken en derhalve met succes tot deze markt [tweevoudige gesprekken] is voor het college een indicatie dat de toetredingsdrempels niet meer van niet-voorbijgaande aard zijn.'

'Zoals het college reeds in... heeft gesteld acht hij het aannemelijk dat de kabelaanbieders in staat zijn om hun marktaandeel op deze markt (tweevoudige gesprekken) substantieel te vergroten. Hieraan ligt ten grondslag dat de kabelaanbieders pas sinds relatief korte tijd over een VoB2 aanbod beschikken. ... De kabelaanbieders zullen zich bovendien de komende periode op het SOHO segment richten, het segment waar steeds meer bundels met VoB worden afgenomen. ... De verwachting van het college dat VoB de mededinging op de retailmarkt voor tweevoudige gesprekken zal doen toenemen is in lijn met de overweging van de commissie ten aanzien van VoB.'

KPN deelt de conclusie van het college in het ontwerpbesluit van 14 juli dat de kabelaanbieders in de komende reguleringsperiode hun marktaandeel op de markt voor tweevoudige gesprekken substantieel zullen zien groeien. Hoe het college tot een ander inzicht is gekomen in het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december is volstrekt onduidelijk en niet onderbouwd.

(iii) Voordelen KPN in de markt voor tweevoudige gesprekken

In het aanvullend ontwerpbesluit stelt het college in rnr. 66 en 70:

'Het college concludeert dat de controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur de netwerkdekking en de verticale integratie in beperkte mate bijdragen aan een AMM-positie van KPN op de markt voor tweevoudige gesprekken.' "Het college concludeert dat schaalvoordelen en product-/dienstendiversificatie in beperkte mate bijdragen en breedtevoordelen bijdragen aan een AMM positie van KPN.'

In het ontwerpbesluit van 14 juli was het college in rnr. 209 nog van mening dat KPN niet of nauwelijks concurrentievoordelen heeft:

'Daarnaast stelt het college vast dat KPN in aanwezigheid van wholesaleregulering niet of nauwelijks concurrentievoordelen meer ontleent aan de controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur en netwerkingsvoordelen. ... Tevens stelt het college vast KPN in aanwezigheid van wholesaleregulering niet of nauwelijks concurrentievoordelen meer ontleent aan product- of dienstendiversificatie, schaalvoordelen en breedtevoordelen. Op basis van ULL, WBT, C(P)S en WLR zijn partijen immers in staat om diensten die KPN aanbiedt ook aan te bieden.'

KPN deelt de conclusie van het college in het ontwerpbesluit van 14 juli dat KPN in aanwezigheid van wholesaleregulering niet of nauwelijks concurrentievoordelen meer ontleent aan product- of dienstendiversificatie, schaalvoordelen en breedtevoordelen. Hoe het college tot een ander inzicht is gekomen in het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december is volstrekt onduidelijk en niet onderbouwd.

(iv) Toetredingsdrempels

In het aanvullend ontwerpbesluit stelt het college in rnr. 81:

'Het college concludeert tevens dat ook in aanwezigheid van wholesaleregulering sprake is van toetredingsdrempels en het hieruit volgende gebrek aan disciplinerende door potentiële concurrentie.'

In het ontwerpbesluit van 14 juli was het college echter van mening dat er geen hoge toegangsbelemmeringen waren. Zo stelde het college in rnr. 1050:

'Het college concludeert dat er op de retailmarkt voor tweevoudige gesprekken geen sprake is van hoge toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard.'

KPN deelt de conclusie van het college in het ontwerpbesluit van 14 juli dat er op de retailmarkt voor tweevoudige gesprekken geen sprake is van hoge toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard. Hoe het college tot een ander inzicht is gekomen in het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december is volstrekt onduidelijk en niet onderbouwd.

Het is ten aanzien van deze tegenstrijdigheden in de beide ontwerpbesluiten volstrekt onduidelijk welke marktontwikkelingen het college tot een heel andere conclusie leiden. Het kan niet zo zijn dat de wens van het college om bij nader inzien wel retailregulering op te leggen tot een andere conclusie van dezelfde feiten leidt, want dat zou illustreren dat de analyse meer op wens dan inhoud heeft plaatsgevonden. Dus kan het niet anders dan dat het college nieuwe feiten en marktontwikkelingen heeft gezien sinds juli 2011. Maar het is dan wel zeer noodzakelijk dat die expliciet worden benoemd en geanalyseerd.

2.1.2 De markt voor meervoudige gesprekken

(i) Marktaandeelen in de markt voor meervoudige gesprekken

KPN verbaast zich erover dat het college in het aanvullende ontwerpbesluit van 7 december tot de conclusie komt dat het marktaandeel van KPN gedurende de reguleringsperiode licht daalt maar dat het marktaandeel nog steeds hoog is. Terwijl in het ontwerpbesluit van 14 juli er nog gesproken wordt van een daling in marktaandeel van **[KPN Vertrouwelijk –]** (zie rnr. 1043). Daarbij valt op dat het college in het ontwerpbesluit van 14 juli uitgaat van een werkelijk hoger marktaandeel van KPN in 2010 dan in het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december.

Overigens valt op dat het college in het aanvullend ontwerpbesluit opeens aanbestedingen als een relevante parameter gebruikt terwijl dit niet aan de orde kwam in het ontwerpbesluit van 14 juli.

Het college heeft op geen enkele wijze onderbouwd waarom hij tot een ander inzicht is gekomen. KPN doet een verzoek aan het college om alsnog dit veranderde inzicht nader te onderbouwen dan wel aansluiten bij zijn eerdere beoordeling van 14 juli.

(ii) De rol van kabelaanbieders en VoB in de markt van meervoudige gesprekken

In het aanvullend ontwerpbesluit van 7 december stelt het college dat op de markt van meervoudige gesprekken weinig dynamiek is, deels omdat VoB op die markt in onvoldoende mate een substituut is (rnr. 103). Vervolgens stelt het college in rnr. 118 dat de vraag naar VoB voor meervoudige gesprekken de komende reguleringsperiode zal toenemen, maar stelt het college:

'de omvang van VoB en de groei in de afgelopen jaar verwacht het college dat deze concurrentiedruk niet snel zal toenemen.'

Het is voor KPN volstrekt onduidelijk hoe deze laatste conclusie van het college valt te verenigen met zijn conclusie in het ontwerpbesluit van 14 juli waarbij het college in rnr. 1046 nog stelde:

'Mocht VoB na deze reguleringsperiode in bepaalde mate een substituut worden voor ISDN – dan zal dit gezien de replicerbaarheid ervan een positief effect hebben op de mededinging op deze markt.'

Bovendien sluit het college niet uit dat marktverhoudingen op langere termijn kunnen veranderen als gevolg van de invloed van mobiele telefonie, OTT-telefonie en Voice over VPN op deze markt.

Zoals KPN in haar eerdere antwoorden inzake vragen over vaste telefonie als ook haar reactie op het ontwerpbesluit van 14 juli heeft aangegeven, is KPN van mening dat VoB en OTT in de komende reguleringsperiode ook op de markt voor meervoudige gesprekken voor de nodige concurrentiedruk zal zorgen. KPN doet dan ook het verzoek aan het college om nader te onderbouwen waarom hij in het aanvullend ontwerpbesluit opeens concludeert dat de concurrentiedruk van VoB niet zal toenemen, dan wel zijn conclusie aanpast.

2.2 Dominantieanalyse anno 2011

Het college heeft in het aanvullend ontwerpbesluit 2008 geoordeeld dat als gevolg van de aanmerkelijke marktmacht van KPN én de geconstateerde mededingingsproblemen op de retailmarkt voor zakelijke vaste telefonie, van in 2005 opgelegde retailverplichtingen aan KPN alleen de ondergrenstariefregulering – in aangepaste vorm – passend is en derhalve in stand wordt gehouden. In onderhavige analyse dient het college te onderbouwen waarom voortzetting van deze verplichting – voor zover er al gesproken kan worden van ‘voortzetting van regulering’ aangezien het een niet eerder afgebakende markt betreft - op de markt voor meervoudige gesprekken de komende reguleringsperiode noodzakelijk is.

Daarnaast dient het college in onderhavige analyse te onderbouwen waarom nieuwe aanvullende verplichtingen op de retailmarkt voor tweevoudige gesprekken – gegeven het feit dat deze retailmarkt, voor zover er al gesproken kan worden van een met de retailmarkt voor residentiele telefonie vergelijkbare markt, in de vorige periode niet ex-ante gereguleerd was, de komende reguleringsperiode noodzakelijk zijn. Het college dient daarbij te beoordelen in hoeverre de bestaande wholesale regulering effectief/afdoende is geweest en indien dit niet het geval is, welke (potentiele) mededingingsproblemen er zijn en geredigeerd dienen te worden en welke extra retailmaatregelen dan passend zijn.

KPN zal hierna nogmaals onderbouwen dat aanvullende retailverplichtingen op de retailmarkten voor tweevoudige en meervoudige gesprekken, in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesale maatregelen, gegeven de huidige en toekomstig te verwachten marktontwikkelingen niet passend zijn.

2.2.1 Afbakening retailmarkt voor enkel- en tweevoudige gesprekken

Hoewel de gewijzigde afbakening van de retailmarkten voor vaste telefonie geen onderdeel vormt van het aanvullend ontwerpbesluit, acht KPN het noodzakelijk om hiertegen in onderhavige reactie haar ernstige bedenkingen te uiten. KPN acht dit van belang aangezien deze marktafbakening ook gevolgen heeft voor de dominantieanalyse die het college zowel in het ontwerpbesluit als in het aanvullend ontwerpbesluit toepast. Als KPN op het moment van de publicatie van het ontwerpbesluit vaste telefonie op 14 juli 2011 kennis zou hebben gehad van de impact van onderhavig aanvullend ontwerpbesluit, zou dit haar reactie op het ontwerpbesluit beïnvloed hebben.

Allereerst merkt KPN op dat vanaf het moment in 2005 dat het college marktanalyses uitvoert de afbakening van de retailmarkten voor vaste telefonie gekenmerkt worden door het onderscheid tussen telefonieaansluitingen waarover maximaal 2 gelijktijdige gesprekken en meer dan 2 gelijktijdige gesprekken gevoerd kunnen worden. Dit kenmerkende onderscheid staat meer dan 6 jaar in de markt. De marktafbakening in het ontwerpbesluit van 14 juli 2011 maakt hier zonder reden en met ingrijpende gevolgen voor de dominantieanalyse een

einde aan. KPN stelt dat wanneer het college de afgebakende retailmarkt voor residentiële telefonie van de twee vorige reguleringsperioden in stand had gelaten, er geen enkele noodzaak was om retailtariefverplichtingen op te leggen voor de diensten behorend tot de nieuw afgebakende retailmarkt voor tweevoudige gesprekken.

In haar reactie van 8 september op het ontwerpbesluit van 14 juli heeft KPN ook inhoudelijke bedenkingen geuit tegen de marktafbakening. KPN heeft hierin betoogd dat de marktafbakening op basis van aanbodssubstitutie en vraagsubstitutie niet voldoende is onderbouwd. Dit geldt met name voor het verschil tussen de markten voor enkel- en tweevoudige gesprekken. Zo heeft KPN onder andere opgemerkt in haar reactie van 8 september 2011:

- dat het onderscheid tussen residentiële en zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie vervaagt, mede gelet op de migratie naar IP. Daarnaast heeft KPN benadrukt dat een groot deel van de zakelijke markt voor vaste telefonie een zelfde vraagprofiel als consumenten heeft.
- dat het college niet in overweging heeft genomen dat er mogelijk sprake is van ketensubstitutie. Het college heeft zijn conclusie inzake vraagsubstitutie tussen de verschillende typen traditionele telefoonaansluitingen dus onvoldoende onderbouwd.
- dat een onderscheid tussen PSTN, n*ISDN2, ISDN15, ISDN20 en ISDN30 zich moeten vertalen in het profiel van afnemers. Het college maakt echter alleen een onderscheid tussen zakelijke afnemers en consumenten. Voor KPN is onduidelijk op basis van welk criterium afnemers van PSTN, ISDN2, ISDN15, ISDN20 en ISDN30 zich onderscheiden.
- dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de migratie naar VoB op de zakelijke markt de komende drie jaar zal versnellen. Zo zijn de afgelopen drie jaar diverse nieuwe partijen die diensten aanbieden op basis van IP succesvol toegetreden tot segmenten van de zakelijke retailmarkt en hebben diverse partijen ambitieuze plannen aangekondigd om verder te willen groeien in de zakelijke markt.
- dat KPN de scheiding tussen de markten voor 1 en 2 gelijktijdige gesprekken niet herkent. Zo zat ISDN1 in de markt voor 1 gelijktijdig gesprek⁴ en ISDN2 in de markt voor 2 gelijktijdige gesprekken. KPN mist hier een analyse van de aanbodssubstitutie. Ook voor VoB aansluitingen zou KPN een analyse van de aanbodssubstitutie verwachten. Standaard worden deze geleverd met één actieve ATA poort (analoge telefonie adapter) en één inactieve. Een handige doe-het-zelver kan soms zelf de tweede ATA activeren. Hij kan dan twee gelijktijdige gesprekken voeren met hetzelfde nummer. In eerdere reacties heeft KPN aangegeven dat een extra nummer bij Internet Plus Bellen kan worden afgenomen voor EUR 2,50 per maand, ook al maken op dit moment nog niet heel veel klanten gebruik van deze mogelijkheid.

KPN constateert dat bovenstaande feiten niet zijn geadresseerd in de analyse en is van mening dat de marktafbakening tussen enkelvoudige en tweevoudige aansluitingen onvoldoende is onderbouwd. Daarnaast merkt KPN op dat het gegeven, dat een product niet afgenomen wordt, geen reden is dat het product niet als vraagsubstituut aangemerkt kan worden. Het is immers zeer aannemelijk dat bij een prijsverhoging van 10 à 15% alsnog overgestapt wordt op VoB en daarmee er dus wel sprake is van vraagsubstitutie. Eveneens kan er via ketensubstitutie (vraagsubstitutie van VoB naar PSTN naar ISDN naar ISDN15 etc.), sprake zijn van het feit dat VoB een vraagsubstituut is voor ISDN15, ISDN20 en ISDN30.

⁴ Dit heeft het college gewijzigd naar aanleiding van de dupliek, zie marktanalysebesluit ontbondelde toegang van 29 december 2011. ISDN1 zit in markt van 2 gelijktijdige gesprekken. KPN vindt het overigens ook merkwaardig dat ISDN1 niet tot de markt voor enkelvoudige gesprekken behoort.

KPN kan zich dan ook niet aan de indruk onttrekken dat de gewijzigde marktafbakening, nu deze niet gebaseerd is op feiten en ontwikkelingen die nieuw zijn ten opzichte van de in de vorige reguleringsperioden afgebakende markten, niet op een inhoudelijke mededingingsanalyse heeft plaatsgevonden maar eerder om een bepaald doel te bereiken.

2.2.2 De markt voor meervoudige gesprekken

Het college heeft in het aanvullend ontwerpbesluit 2008 geoordeeld dat als gevolg van de aanmerkelijke marktmacht van KPN én de geconstateerde mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt, van de in 2005 aan KPN opgelegde retailverplichtingen alleen de onder-grenstariefregulering – in aangepaste vorm – passend is en derhalve in stand wordt gehouden. In onderhavige analyse dient het college te onderbouwen waarom voortzetting van deze verplichting – voor zover er al gesproken kan worden van ‘voortzetting van regulering’ aangezien het een niet eerder afgebakende markt betreft - op de markt voor meervoudige gesprekken de komende reguleringsperiode noodzakelijk is.

Het college voert in dit verband een aanvullende dominantieanalyse uit voor de retailmarkt voor meervoudige gesprekken. KPN plaatst bij deze analyse de volgende opmerkingen.

(i) Marktaandeelontwikkeling

Allereerst stelt het college in rnr. 85. dat KPN op de retailmarkt voor meervoudige gesprekken in Q2 2011 een hoog marktaandeel heeft dat bovendien sinds de intrekking van de retailregulering op 1 januari 2010 redelijk stabiel is gebleven. In aanwezigheid van wholesale regulering verwacht het college dat dit aandeel gelijk blijft dan wel licht daalt en zich eind 2014 bevindt tussen de 56 en 66 procent. KPN meent dat het college zich in zijn analyse van de ontwikkeling van marktaandelen op de zakelijke markt in onderhavig ontwerpbesluit onterecht beperkt tot de periode vanaf de intrekking van de retailregulering op 1 januari 2010. Om de ontwikkelingen op de markt en effecten van regulering goed te kunnen analyseren dient het college de marktaandeel ontwikkeling gedurende de gehele voorgaande reguleringsperiode in ogenschouw te nemen.

Wat betreft de marktaandeel ontwikkeling gedurende de gehele voorgaande reguleringsperiode stelt het college in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang (MDF-, SDF- en ODF-access (Ftth)) van 29 december 2011⁵ dat het marktaandeel van KPN de afgelopen reguleringsperiode veel minder is gedaald dan voorspeld. In rnr. 1285 van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang (MDF-, SDF- en ODF-access (Ftth)) van 29 december 2011 wordt het volgende gesteld:

‘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 Het aandeel van KPN daalt in de periode medio 2008 – medio 2011 met [KPN betrouwelijk -] % naar [KPN betrouwelijk -] % medio 2011. ...’

⁵ OPTA/AM/2011/202886.

	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 [vertrouwelijk].⁶

KPN merkt op de conclusies van het college over de ontwikkeling van het marktaandeel van KPN ([KPN vertrouwelijk -]) in beide besluiten, ULL-besluit en het onderhavig ontwerpbesluit, niet stroken met andere door het college gepubliceerde overzichten. Deze overzichten bevestigen dat het marktaandeel van KPN op de zakelijke retailmarkt sinds medio 2007 wel degelijk is afgenomen.

In rnr. 284 van 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 vertrouwelijk:] procentpunt naar [70-75 procent] [KPN vertrouwelijk:] procent eind 2010. Het aandeel van de grootste concurrent op basis van aansluitingen, Tele2, heeft haar aandeel met [0-5 procentpunt] [vertrouwelijk: XXX procentpunt] zien groeien naar [5-10 procent] [vertrouwelijk: 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 vertrouwelijk en vertrouwelijk]

Ook 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)

Daarmee lijkt het dus aannemelijk dat het in het ontwerpbesluit vaste telefonie van juli 2011 genoemde marktaandeel van KPN van [KPN vertrouwelijk -]% klopt en niet het percentage van [KPN vertrouwelijk -]% in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang. Dit betekent dat het marktaandeel van KPN gedurende de afgelopen reguleringperiode van Q2

⁶ In dit overzicht wordt, waar van toepassing, KPN met Atlantic samengenomen, evenals Tele2 met BBNEED, 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.

2008 tot en met Q2 2011, in aanwezigheid van generieke en telefonie specifieke wholesale maatregelen en in afwezigheid van retailregulering per 1 januari 2010 met **[KPN vertrouwelijk –]%** is gedaald.

Sinds de intrekking van de retailregulering per 1 jan 2010 heeft het marktaandeel van KPN zich ontwikkeld van waarschijnlijk **[KPN vertrouwelijk –]%** in Q4 2009 naar **[KPN vertrouwelijk –]%** 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 vertrouwelijk –]%** 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 vertrouwelijk –]%** eind 2009 naar **[KPN vertrouwelijk –]%** 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 vertrouwelijk –]%** gedaald (**[KPN vertrouwelijk –]%**) en na intrekking per 1 januari 2010 met in ieder geval **[KPN vertrouwelijk –]%** (**[KPN vertrouwelijk –]%**). Hieronder geeft KPN 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) Effect wholesale maatregelen

Uit het ontwerpbesluit blijkt dat het college van marktpartijen informatie over verwachte groei van op WLR gebaseerde retaildiensten tot eind 2014 heeft ontvangen. Op basis van deze informatie verwacht het college, zo blijkt uit rnr. 86, enig effect van deze wholesale specifieke regulering op marktaandelen op de retailmarkt. Echter, het college verwacht slechts dat een deel van de door marktpartijen zelf aangegeven groei wordt gerealiseerd en gebruikt dan ook niet de door marktpartijen opgegeven aantal, maar een lager aantal voor het inschatten van het marktaandeel van aanbieders op basis van telefoniespecifieke regulering (C(P)S/WLR). KPN verzoekt het college aan te geven hoe groot dit verschil is.

(iii) Dynamiek op de zakelijke markt

Het college stelt zich in rnr. 87 op het standpunt dat het stabiele, hoge marktaandeel van KPN op de retailmarkt voor meervoudige gesprekken het gevolg is van het beperkt aantal aanbieders dat op deze markt succesvol actief is. Ter onderbouwing heeft het college een inventarisatie gemaakt van aanbestedingen en vergelijkbare commerciële procedures op deze markt. Het college geeft over deze inventarisatie het volgende aan:

'88. KPN heeft **[KPN vertrouwelijk –]**.

].

98. Het eerste beeld van de inventarisatie van aanbestedingen en vergelijkbare commerciële procedures is dat KPN op dit segment minder dan de helft van de aanbestedingen wint. Het andere beeld is dat de positie van de alternatieve aanbieders, ondanks dat deze in dit segment relatief veel winnen, kwetsbaar is.

99. Het college concludeert derhalve dat slechts een beperkt aantal aanbieders succesvol diensten aanbiedt in aanbestedingen en vergelijkbare commerciële procedures. Andere partijen bieden vaak niet aan of zijn niet succesvol als ze wel aanbieden. De concurrentie van de partijen die aanbestedingen winnen acht het college nog onvoldoende duurzaam.'

KPN kan de conclusies van het college niet volgen. Allereerst bewijst deze inventarisatie dat er sprake is van dynamiek en concurrentie op de retailmarkt voor meervoudige gesprekken. KPN stelt op basis van de conclusies van het college vast dat er kennelijk aanbieders zijn op de markt die wel succesvol zijn en aanbieders die die niet zijn. Afgezien van het feit dat KPN geen inzicht heeft in de hoeveelheid aanbieders die wel en niet succesvol zijn, is het voor KPN onbegrijpelijk hoe het college kan concluderen dat KPN's AMM positie veroorzaakt dat aanbieders niet succesvol actief kunnen zijn terwijl diverse aanbieders ondanks KPN AMM positie wel succesvol zijn.

(iv) Churn

Een andere indicatie die het college tot slot buiten beschouwing laat is de overstapbereidheid, de mate waarin klanten geneigd zijn naar een andere aanbieder over te stappen in de markt. Uit cijfers over de churn in de Structurele Marktmonitor van het college blijkt, in rnr. 1286 t/m 1288 van het marktanalysebesluit ULL van 29 december 2011, dat de churn in het hoogcapacitaire segment sinds medio 2008 is toegenomen en medio 2011 zelfs hoger ligt dan in het laagcapacitaire segment. Daarnaast merkt het college op dat in het hoogcapacitaire segment in de periode medio 2008 - medio 2011 per jaar circa 5 procent van de gebruikers is overgestapt naar een andere aanbieder. Uit het eindgebruikersonderzoek van Dialogic volgt dat in 2010 8 procent van de gebruikers in het SOHO-segment is overgestapt van aanbieder van vaste telefonie. Voor het kleinbedrijf, het middenbedrijf en het grootbedrijf is dit respectievelijk 11 procent, 17 procent en 9 procent. Over het gehele zakelijke segment bezien komt Dialogic uit op circa 10 procent.⁷

Volgens KPN kan op grond van het bovenstaande niet anders dan geconcludeerd worden dat de wholesale maatregelen inclusief de ontwikkelingen op de retailmarkt voor zakelijke telefonie effectief zijn geweest om potentiële mededingingsproblemen als gevolg van de AMM positie van KPN weg te nemen. Retailmaatregelen lijken op deze markt dan ook helemaal niet nodig en passend.

Concluderend meent KPN dat de wholesale maatregelen inclusief de ontwikkelingen op de retailmarkt voor zakelijke telefonie effectief zijn geweest om potentiële mededingingsproblemen als gevolg van de AMM positie van KPN weg te nemen. Retailmaatregelen lijken op deze markt dan ook helemaal niet nodig en passend.

⁷ Dialogic, Eindgebruikersonderzoek zakelijke marktsegmenten, mei 2011, blz. 39.

3 Potentiele mededingingsproblemen

Het college stelt in rnr's. 127 en 128 dat reeds tijdens de reguleringsperiode 2009-2011 de combinatie van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering ervoor zorgde dat andere aanbieders dan KPN in staat waren om diverse zakelijke telefoniediensten van KPN aan te bieden en de concurrentie met KPN op de retailmarkten voor twee- en meervoudige gesprekken aan te gaan. De diensten die KPN aanbiedt op de retailmarkten voor twee- en meervoudige gesprekken zijn technisch repliceerbaar, waardoor de toetredingsdrempels zijn verlaagd en alternatieve aanbieders de verschillende typen telefoniediensten kunnen leveren. Het college meent echter 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 bij ISDN2 en op de markt voor meervoudige aansluitingen.

3.1 *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 Spraak 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 zelfs 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 zelfde 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.

3.2 *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 de paragraaf wordt ook hier de (theoretische) situatie beschreven van mogelijke marge-utholling ten opzichte van aanbieders die alleen op basis van WLR aanbiedingen doen. In de praktijk blijken dus de aanbieders in dit marktsegment voor een belangrijk deel te beschikken over eigen infrastructuur en WLR-hoogcapacitair als extra mogelijkheid

kunnen 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 mindere 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.

3.3 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 paragraaf 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 case 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 retaildiensten niet kunnen wederverkopen of dat KPN deze wederverkoop kan staken. KPN kan deze opmerkingen niet plaatsen. WLR betreft immers de wederverkoop van KPN's retaildiensten 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 retaildiensten te wederverkopen aan eindgebruikers.

3.4 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-utholling. Hierboven heeft KPN al betoogd dat er geen sprake van marge-utholling kan zijn bij ISDN2 en op de

markt voor meervoudige aansluitingen. KPN ziet niet in dat marge-utholling ook zou gelden voor bundels; als er geen risico is op marge-utholling 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.

4 Verplichtingen

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 huidig kader bestaande ND-5 methodiek, maar introduceert wijzigingen die ieder voor zich een inhoudelijke verzwarende 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.

4.1 *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 repliceerbaarheid.

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 repliceerbaarheid.

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.

4.1.1 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.

4.1.2 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) Reguleringssuitkomst 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 verkeer 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 huidig 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 bun-

deling. Denk hierbij aan een analyse waarom zo'n bundel wel of niet prijstechnisch replicerbaar 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 retail-opslag 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 reguleringsuitkomst 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 redenatie 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.