

Zienswijze

Tele2 Nederland B.V., en
EspritXB B.V.

op het ontwerp voor het

AANVULLEND BESLUIT MARKT-
ANALYSE VASTE TELEFONIE 2008

van 7 december 2011
(OPTA/AM/2011/202785)

Openbare versie

18 januari 2012

TELE2

EspritXB 

Zienswijze
AANVULLEND BESLUIT
MARKTANALYSE VASTE TELEFONIE
2008

Zienswijze Tele2 Nederland B.V. ("Tele2") en EspritXB B.V. ("EspritXB") op het ontwerp voor het Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 van 7 december 2011 (OPTA/AM/2011/202785; "het ontwerp aanvullend besluit 2008").

18 januari 2012

OPERNBARE VERSIE

1 Inleiding

1. Tele2 en ExpritXB achten het van groot belang voor de concurrentiële situatie op de zakelijke retailmarkt dat het Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 zo snel mogelijk in werking treedt.
2. Retailregulering op de zakelijke retailmarkt is passend en noodzakelijk. De concurrentiële ontwikkeling vanaf 1 januari 2010 spreekt wat dat betreft boekdelen. Tele2 en EspritXB hebben daar voortdurend in consultaties en juridische procedures op gewezen, ondermeer:
 - tijdens de consultatie van het Marktanalysebesluit 2008 en de daarop volgende beroepsprocedures.

Zie ondermeer (i) de zienswijzen op het ontwerpbesluit Marktanalyse Vaste Telefonie van ACT en van Tele2, Atlantic Telecom en Pretium Telecom, beiden van 8 september 2008 en (ii) de beroepsgronden van Tele2, Atlantic Telecom en Pretium Telecom van 14 augustus 2009 en de overige processtukken in de procedure AWB 09/212 S2.

- in het kader van en de het spoedverzoek ex art. 6b.3 Tw van 18 januari 2010 en de daarop volgende beroepsprocedure.

Zie ondermeer (i) het verzoekschrift van Tele2, Atlantic Telecom en Pretium Telecom van 18 januari 2010 en (ii) de beroepsgronden van Tele2, Atlantic Telecom, Pretium Telecom en BT Nederland van 18 mei 2010 en de overige processtukken in de procedure AWB 10/375 S2.

- In de recente zienswijze en dupliek op het ontwerpbesluit Vaste Telefonie 2011.

Zie (i) Zienswijze Tele2, Pretium Telecom en EspritXB van 8 september 2011, in het bijzonder par. 4.3, en (ii) Dupliek van Tele2, Pretium Telecom en EspritXB van 21 oktober 2011 betreffende de

verplichtingen marktanalyse Vaste Telefonie en de non-discriminatieverplichtingen marktanalyse Vaste Telefonie en marktanalyse Ontbundelde toegang, in het bijzonder randnummer 7 onder ii.

3. Tele2 en EspritXB handhaven hetgeen zij in voornoemde procedures naar voren hebben gebracht. Dat geldt voor alle onderwerpen die in het ontwerp aanvullende besluit 2008 aan de orde komen. Zij verzoeken OPTA de desbetreffende in die procedures ingediende stukken – voor zover zij de in het ontwerpbesluit behandelde onderwerpen betreffen – hier als herhaald en ingelast te beshouwen.
 4. Voorts hebben Tele2 en Esprit XB in de voornoemde procedures al gewezen op de spoed die is gemoeid met het herstellen van zakelijke retailregulering. Gelet op het feit dat het OPTA niet gelukt is om aan de opdracht van het CBb te voldoen, namelijk dat OPTA binnen drie maanden na zijn uitspraak van 20 september 2011, dus uiterlijk 30 december 2011 een nieuw besluit zou nemen over dit onderwerpen, menen Tele2 en EspritXB dat nu extra haast geboden is. Partijen ondersteunen daarom volledig het streven van OPTA om het onderhavige besluit zo snelmogelijk in werking te laten treden en daarbij de korte implementatietermijnen zoals voorgesteld in het ontwerpbesluit vast te stellen. De noodzaak van de onderhavige regulering voor de periode vanaf 1 januari 2010 staat niet ter discussie. Er is geen enkele reden waarom KPN aanspraak zou kunnen maken op enigerlei vorm van verlichte regulering. Deze situatie is naar de mening van Tele2 en EspritXB zeer schadelijk voor de resterende concurrentie op de zakelijke retailmarkt en bovendien niet in overeenstemming met de CBb uitspraak noch met de Telecommunicatiewet.
- 2 Bedenkingen: geen regulatory holiday voor KPN als aangewezen AMM partij
5. In dit verband wordt opgemerkt dat KPN zich in discussies met Tele2 – ten onrechte – op het standpunt heeft gesteld dat zij op dit moment in het geheel niet aan retailverplichtingen is onderworpen ondanks de vernietiging door het CBb van de intrekking van de retailverplichtingen voor het resterende deel van de lopende reguleringsperiode (vanaf 1 januari 2010).¹ Naar de mening van Tele2 en EspritXB is dit standpunt onjuist, aangezien de tussentijdse intrekking van de retailverplichtingen uit het Marktanalysebesluit 2008 als gevolg van de CBb uitspraak is vernietigd. Verwezen wordt naar de [bijlage 1](#) bij deze bedenkingen.
 6. Het standpunt van KPN in dezen toont echter eens te meer aan dat het essentieel is dat de aangescherpte retailregulering op de kortst mogelijke termijn in werking treedt en dient te zijn geïmplementeerd, omdat KPN zich

¹ Dit stelde KPN ondermeer tijdens de zitting van 13 januari 2012 bij het Hof Den Haag inzake de aanbesteding OT2010.


klaarblijkelijk op dit moment – ten onrechte – aan geen enkele beperking gebonden acht.

- 3 Bedenkingen van Tele2 en EspritXB bij de in het ontwerp het aanvullend besluit 2008 voorgestelde tariefondergrensregulering en het vervallen van de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting.
 7. Ofschoon Tele2 en EspritXB het van het grootste belang achten dat het Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 zo spoedig mogelijk in werking treedt willen zij graag de volgende bedenkingen onder de aandacht van OPTA brengen.

Tariefondergrensregulering

8. In de aangescherpte ondergrenstariefregulering zoals voorgesteld wordt ervan uitgegaan dat voor de ondergrensregulering tenminste de integrale retailkosten onderdeel dienen uit te maken van de door KPN te dekken kosten. De retailopslag stijgt daardoor naar 18,6%.
9. Tele2 en EspritXB menen dat dit percentage onjuist is en onvoldoende effectief is om op langere termijn concurrentiebeperkend gedrag van KPN op de zakelijke retailmarkt te voorkomen. Zij verwijzen wat dat betreft naar hun zienswijze van 18 januari 2012 op het ontwerp Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2011 (OPTA/AM/2011/202784).
10. Gegeven de noodzaak van zo spoedig mogelijke inwerkingtreding van de aangescherpte retailregulering in het aanvullend besluit 2008 geven Tele2 en EspritXB echter de voorkeur aan spoedige inwerkingtreding van het aanvullend besluit 2008 met een retailopslag van 18.6% voor een overgangperiode, en aanpassing van dat percentage voor de (middel)lange termijn in het aanvullende besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2011. Daarbij gaan zij ervan uit dat het aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 conform de planning in maart 2012 in werking zal treden.

Non-discriminatie en de transparantie

11. Voorts moet worden vastgesteld dat de aangescherpte ondergrensregulering geen passende remedie voorde verschillende concurrentieproblemen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie. Ondergrensregulering alleen volstaat niet. Tele2 en EspritXB wijzen bijvoorbeeld op de lock in door KPN van ca. 450.000 Zakelijk BelBasis abonnees die per 1 januari 2011 heeft plaatsgevonden en die met de aangescherpte ondergrenstariefregulering niet op adequate wijze wordt geadresseerd. [BEDRIJFSVERTROUWELIJK:

].
12. Om mededingingsproblemen als gevolg van bijvoorbeeld de Zakelijk BelBasis

actie van KPN te kunnen adresseren is het essentieel dat de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting op de zakelijke retailmarkt naast de aangescherpte tariefondergrensregulering van toepassing blijven zoals deze ook in het Marktanalysebesluit VT 2008 in stand zijn gehouden (welke verplichtingen als gevolg van de CBb uitspraak niet tussentijds per 1 januari 2010 zijn geëindigd). Dat betekent bijvoorbeeld dat acties als Zakelijk BelBasis ook aan de volgende verplichtingen zoals die ook thans van toepassing zijn dienen te voldoen:

vii. Op grond van artikel 6a. 12, onder a, van de Tw legt het college aan KPN de verplichting tot non-discriminatie op. Het college verplicht KPN om bij de levering van haar diensten op de niet concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie eindgebruikers in gelijke gevallen gelijk te behandelen. Daarnaast legt het college KPN de volgende aanvullende gedragsregels op:

- verbod op selectieve prijsoponderbieding mag dezelfde diensten niet tegen verschillende voorwaarden en tarieven leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel. KPN mag geen aanbod doen aan individuele of onvoldoende grote groepen eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd wordt;
- verbod op loyaliteitskortingen. KPN mag geen kortingen geven die gericht zijn op afname van alle diensten door een eindgebruiker bij één aanbieder. Daarnaast mag KPN geen kortingen geven die gebaseerd zijn op het historische koopgedrag van de eindgebruiker. Daarnaast mag KPN geen aanbiedingen doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels;
- indien gedifferentieerd wordt op basis van het vraagprofiel, moet de differentiatie 1) op objectieve criteria gebaseerd zijn, 2) logisch en consistent opgebouwd zijn en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke eindgebruikers, maar gericht zijn op een voldoende grote groep eindgebruikers;
- indien differentiatie gebaseerd is op aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is differentiatie geoorloofd. Differentiatie in de retailtarieven voor verkeer van KPN naar de verschillende off net aanbieders mag alleen als deze differentiatie voldoet aan de hiervoor genoemde voorwaarden.

13. Voor de effectiviteit van de retailondergrensregulering is voorts essentieel dat voor bundels met ISDN diensten eveneens de retailopslag van 18,6% dient te worden gehanteerd, waarbij Tele2 en EspritXB begrijpen en ervan uitgaan dat deze ondergrens voor de volledige bundel geldt. Een andere benadering zou maken dat de voorgestelde retailondergrensregulering zeer eenvoudig te omzeilen zou zijn.

BIJLAGE 1

- i) Op 30 september 2011 heeft het CBb uitspraak gedaan (LJN: BT6098) in beroep tegen het Marktanalysebesluit VT. Deze uitspraak vernietigt uitsluitend die delen van het Marktanalysebesluit VT van OPTA waarin de retailregulering op de zakelijke retailmarkt lopende de huidige reguleringsperiode (die loopt vanaf 1 januari 2009) werd ingetrokken. Deze uitspraak leidt tot instandhouding van de retailregulering zoals die gold in het eerste jaar (2009) van de huidige reguleringsperiode vanaf 1 januari 2010 tot het moment waarop het Herstelbesluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 in werking treedt (volgens OPTA begin maart 2012).
- ii) Dat wil zeggen dat de non-discriminatie en de transparantieverplichting op de zakelijke retailmarkt zoals die in 2009 golden ook vanaf 1 januari 2010 van toepassing zijn gebleven.
- iii) KPN heeft in discussies met Tele2 verwezen naar de uitspraak van het CBb van 15 november 2010 (LJN: BO6543), waarin het CBb zou hebben bepaald dat verplichtingen uit een oud marktbesluit die bij een nieuw marktanalysebesluit zijn ingetrokken, niet herleven op het moment dat dat nieuwe marktanalysebesluit wordt vernietigd.
- iv) Die uitspraak betreft echter een wezenlijk andere situatie. In de door de Staat genoemde uitspraak heeft het CBb het hele marktanalysebesluit van OPTA vernietigd wegens een verkeerde marktafbakening in de omroepsector (regionaal in plaats van nationaal). Dat marktanalysebesluit is daardoor zelfs niet gedeeltelijk in stand gebleven. Bovendien was in dat geval ook het oude marktanalysebesluit op die geografische marktafbakening gebaseerd. In een dergelijk geval is het inderdaad volstrekt niet passend om verplichtingen opgelegd op basis van die vernietigde marktafbakening en AMM aanwijzing te laten herleven.
- v) Van een "recente marktanalyse" was in dit geval dan ook geen sprake.
- vi) Hier doet zich echter een geheel andere situatie voor. In dit geval is de analyse met betrekking tot de marktafbakening en de conclusie dat de zakelijke retailmarkt niet daadwerkelijk concurrerend is juist in stand gelaten door het CBb. In dit geval gaat het ook niet om een "herleving" van verplichtingen op grond van een eerder marktanalysebesluit, maar om de vernietiging van de tussentijdse intrekking van die verplichtingen in de lopende reguleringsperiode. OPTA heeft in het Vaste Telefonie besluit uit 2008 (randnr. 999) uitdrukkelijk bepaald dat zij de toen vigerende retailverplichtingen op de zakelijke markt in stand hield, totdat de intrekking

daarvan ingaat. Door de vernietiging het betreffende dictumonderdeel in het marktanalysebesluit van 2008 heeft die intrekking nog niet plaatsgevonden, en gaat die pas in bij de inwerkingtreding van het aanvullende marktanalysebesluit.

- vii) Uit de uitspraak van het CBb blijkt ook niet dat zijn uitspraak van 30 september 2011 alleen voor een deel van de reguleringsperiode of alleen voor de toekomst zou gelden in welk geval tot "gedeeltelijke vernietiging" van de intrekking van verplichtingen zou zijn overgegaan.
- viii) De conclusie is derhalve dat de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting zoals opgenomen in het Marktanalysebesluit VT 2008 niet per 1 januari 2010 zijn ingetrokken, maar van kracht zijn gebleven en dat KPN daaraan ook vooruitlopend op de inwerkingtreding van het Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefoon 2008 dient te voldoen.
