

Kennedy Van der Laan

OPTA
afdeling Markten
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG

Per telefax: 070 – 315 35 01 en per email MA

uw ref.
OPTA/AM/2010/201590

onze ref.
35600/MRO/lrb/662180

datum
7 juni 2010

tel. direct (secr.)
(020) 5506 897

fax direct
(020) 5506 997

e-mail
Machteld.Robichon@kvdl.nl

inzake: Ontwerpbesluit vaste en mobiele gespreksafgifte

Geacht college,

Namens Schiphol Telematics B.V. (hierna: ST) maak ik graag gebruik van de aan ST geboden mogelijkheid om haar zienswijze in te brengen ten aanzien van het ontwerpbesluit van 15 augustus 2008 Marktanalyse vaste en mobiele gespreksafgifte (OPTA/AM/2010/ 201280) (hierna: het ontwerpbesluit). De uiterste datum van indiening van een zienswijze is 7 juni 2010, zodat deze zienswijze tijdig is ingediend. ST behoudt zich het recht voor om haar zienswijze aan te vullen en uit te werken.

De zienswijze van ST bevat geen vertrouwelijke informatie.

OPTA is blijkens het ontwerpbesluit voornemens om ST aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM) inzake gespreksafgifte op het vaste netwerk van ST en daarbij aan ST een aantal verplichtingen op te leggen, waaronder een tariefverplichting. ST is van mening dat zij niet beschikt over AMM en dat de opgelegde verplichtingen niet passend en disproportioneel zijn. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst ST naar haar aanvullend beroepschrift van 6 november 2009 tegen het marktanalyse besluit vaste gespreksafgifte van 18 december 2008 (OPTA/AM/2008/202723) en haar zienswijze van 25 september 2008 tegen het ontwerpbesluit van 15 augustus 2008, beiden aangehecht als **productie 1**, welke als hier herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd.

Op alle door of namens Kennedy Van der Laan N.V. gesloten overeenkomsten waarbij zij werkzaamheden dient te verrichten zijn haar algemene voorwaarden van toepassing, welke - onder andere - de op de omzijkzijde afgedrukte beperking van de aansprakelijkheid bevatten.

All agreements entered into by or on behalf of Kennedy Van der Laan N.V. pursuant to which it shall perform services shall be subject to its general terms and conditions, which contain - inter alia - the limitation of liability printed on the back of this document.

Haarlemmerweg 333, 1051 LH Amsterdam
Postbus 58188, 1040 HD Amsterdam
t. +31 (0)20 5506 666, f. +31 (0)20 5506 777
e. info@kvdl.nl, www.kennedyvanderlaan.nl

advocatuur ING-Bank 65 33 79 773 t.n.v. Stichting Beheer
Derdengelden Kennedy Van der Laan Advocatuur
notariaat ING-Bank 69 62 10 053 t.n.v. Derdengelden
Kennedy Van der Laan Notariaat


In aanvulling daarop stelt ST dat OPTA in het huidige ontwerpbesluit de tarieven voor de vaste gespreksafgifte ten onrechte verder verlaagt. Uw college gaat daarbij ten onrechte voorbij aan de positie en kostensystematiek van een kleine aanbieder als ST. ST kan, hoewel zij een efficiënte aanbieder is, niet tegen zelfde kosten als KPN opereren, onder meer vanwege haar beperkte schaal en omdat haar infrastructuur afwijkt van de infrastructuur van KPN. Niettemin neemt OPTA de structuur van KPN als uitgangspunt. Bovendien is ST voor een groot aantal diensten, die al dan niet kosten gereguleerd zijn, afhankelijk van KPN, wat ervoor zorgt dat zij het zich niet kan veroorloven om de gespreksafgiftetarieven te verhogen. KPN beschikt dan ook ten opzichte van ST over tegenwerkende kopersmacht.

Met een verwijzing naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 26 mei 2010 (AWB 07/674 e.v.) in de marktanalyse mobiele gespreksafgifte, stelt ST dat OPTA het glijpad, dat de mobiele aanbieders onderling zijn overeengekomen, niet kan overnemen in het ontwerpbesluit. OPTA gunt eenvoudigweg aan de mobiele aanbieders ten onrechte een te hoge winstmarge. ST meent voorts dat er geen grond is om aan de aanbieders van mobiele gespreksafgifte een hoger tarief te gunnen dan de aanbieders van vaste gespreksafgifte. Door zulks wel te doen handelt OPTA niet alleen in strijd met het doel van hoofdstuk 6a Telecommunicatiewet, maar ook met het gelijkheidsbeginsel.

Conclusie

ST concludeert dat OPTA ten onrechte voornemens is om ST aan te wijzen als partij met AMM. In ieder geval kunnen aan ST geen verplichtingen worden opgelegd als vermeld in het dictum. Voor zover OPTA toch van mening blijft dat er sprake is van AMM, zijn de voorgestelde verplichtingen niet passend. In het geval dat OPTA vasthoudt aan de voorgestelde tariefmaatregel, geldt dat het voorgestelde tarief te laag is en dat het tarief niet zorgvuldig is berekend.

Hoogachtend,



M.I. Robichon
advocaat

PRODUCTIE 1

Kennedy Van der Laan

Per telefax: 070 – 381 39 99 en
Aangetekend m.h.r.
College van Beroep voor het
Bedrijfsleven
Postbus 20021
2500 EA 's-Gravenhage

uw ref.

Procedurenummer: AWB 09/171

onze ref.

35600/MRO/621484

datum

6 november 2009

tel. direct (secre.)

(020) 5506 862

fax direct

(020) 5506 962

e-mail

Machteld.Robichon@kvdl.nl

**inzake: Aanvullend beroepschrift van Schiphol Telematics tegen besluit OPTA
van 18 december 2008 vaste gespreksafgifte OPTA/AM/2008/202723**

Geacht College,

Op verzoek van Schiphol Telematics B.V. (hierna: "ST"), zend ik u binnen de door uw College gestelde termijn die eindigt op 6 november de aanvullende gronden van beroep tegen het besluit van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: "OPTA") van 18 december 2008 met kenmerk OPTA/AM/2008/202723 inzake de Marktanalyse vaste gespreksafgifte (hierna: "bestreden besluit").

Volgens ST is OPTA ten onrechte en zonder voldoende motivering voorbij gegaan aan haar zienswijze van 25 september 2008 (**productie 1**) tegen het ontwerpbesluit van 15 augustus 2008. De zienswijze wordt daarom mede aan het beroep ten grondslag gelegd en dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

I. Inleiding

1. OPTA heeft ST in het bestreden besluit ten onrechte aangewezen als partij met aanmerkelijke markt macht (hierna: "AMM") op het vaste netwerk van ST en aan haar ten onrechte een aantal verplichtingen opgelegd.

Op alle door of namens Kennedy Van der Laan N.V. gesloten overeenkomsten waarbij zij werkzaamheden dient te verrichten zijn haar algemene voorwaarden van toepassing, welke - onder andere - de op de ommezijde afgedrukte beperking van de aansprakelijkheid bevatten.

All agreements entered into by or on behalf of Kennedy Van der Laan N.V. pursuant to which it shall perform services shall be subject to its general terms and conditions, which contain - inter alia - the limitation of liability printed on the back of this document.

Haarlemmerweg 333, 1051 LH Amsterdam
Postbus 58188, 1040 HD Amsterdam
t. +31 (0)20 5506 666, f. +31 (0)20 5506 777
e. info@kvdl.nl, www.kennedyvanderlaan.nl

advocatuur ING-Bank 65 33 79 773 t.n.v. Stichting Beheer
Derdengelden Kennedy Van der Laan Advocatuur
notariaat ING-Bank 69 62 10 053 t.n.v. Derdengelden
Kennedy Van der Laan Notariaat

2. Deze onjuiste conclusies houden onder meer verband met het feit dat OPTA een aantal actualiteiten heeft miskend: de marktpositie van ST en KPN niet zorgvuldig heeft beschouwd, ten onrechte de afwezigheid van kopersmacht van KPN heeft aangenomen en zich heeft gebaseerd op verouderde en onvolledige rapporten. Nu OPTA de effecten van de intrekking van de retailregulering op de markt voor vaste telefonie en ook anderszins de verwevenheid tussen de markten niet volledig heeft meegenomen, is de dominantieanalyse ook daarom onvolledig. Gevolg hiervan is onder andere dat OPTA de toegenomen mogelijkheden voor KPN om de concurrentie schade toe te brengen middels diverse (prijs)strategieën onderschat.
3. De onterechte aanwijzing van ST als partij met AMM heeft geleid tot het onterecht opleggen van maatregelen aan ST. Ten aanzien van KPN geldt dat de marktomstandigheden vergen dat voor KPN de non-discriminatieverplichting wordt gehandhaafd. Voor zover een aanwijzing van ST als AMM partij aan de orde zou zijn, is ten onrechte de vertraagde reciprociteit afgeschaft, dan wel had in ieder geval een glijpad gehanteerd moeten worden. Van belang hierbij is dat de tarieven voor mobiele en vaste gespreksafgifte gezien de convergentie van vast naar mobiel ten onrechte niet op identieke wijze zijn benaderd.
4. Hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet (hierna: "Tw") heeft tot doel om daadwerkelijke concurrentie te waarborgen, zodat er voor eindgebruikers voldoende keuzevrijheid bestaat, ook wat betreft prijs en kwaliteit. Het bestreden besluit dient deze doelstelling niet en is daarmee in strijd met de verplichting die op grond van artikel 1.3 van de Tw op OPTA rust. Specifiek is het strijdig met het zorgvuldigheidsvereiste in de zin van artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: "Awb") en het motiveringsvereiste uit artikel 3:4 Awb.

II. Miskennen actualiteiten in marktafbakening

5. OPTA heeft bij de afbakening van de betrokken markt in strijd met de vereiste zorgvuldigheid geen rekening gehouden met een aantal ontwikkelingen, zoals de opkomst van VoIP en de bundeling van diensten. Daarnaast heeft OPTA de economische realiteit waarin ST moet opereren miskend. De aanbieders van breedband internet toegang concurreren direct met vaste telefonie aanbieders als gevolg van de groei van VoIP¹, en zoals uitgewerkt in paragraaf VII van dit aanvullend beroepschrift, is er sprake van convergentie van vaste en mobiele telefonie. Dit heeft geleid tot bundeling door diverse marktpartijen. Het feit dat de markt voor vaste gespreksafgifte op afzonderlijke netwerken als zodanig is opgenomen in de

¹ Zoals ook beschreven in de verslagen van de Europese Commissie:

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/annualreports/13th/country_chapters/sec2008_356_dts_nl.pdf en http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/implementation_enforcement/annualreports/14threport/nl.pdf.

Aanbeveling van de Europese Commissie² (hierna: "Aanbeveling") doet niet af aan de noodzaak om rekening te houden met de daadwerkelijke ontwikkelingen en de economische realiteit op de Nederlandse markt. Deze ontwikkelingen en realiteit en de geboden mogelijkheden om af te wijken van de Aanbeveling zijn door OPTA niet in het bestreden besluit meegenomen. Dit gebrek werkt zowel door bij de vraag of ST beschikt over AMM als bij de vraag welke maatregelen als passend kunnen worden beschouwd.

III. De uitgevoerde dominantieanalyse is onjuist, onvolledig, onzorgvuldig en niet deugdelijk gemotiveerd

6. De aanwijzing van ST als partij met AMM is hoofdzakelijk gebaseerd op haar marktaandeel. Hiermee miskent OPTA randnummer 78 van de Richtsnoeren van de Europese Commissie³ (hierna: "Richtsnoeren"), waarin staat dat het bestaan van een machtspositie niet kan worden aangetoond aan de hand van een groot marktaandeel alleen. Met de overige in randnummer 78 van de Richtsnoeren genoemde criteria, zoals de totale omvang van de onderneming, product- of dienstendiversificatie, schaalvoordelen, breedtevoordelen en verticale integratie wordt echter onvoldoende rekening gehouden door OPTA. Randnummer 79 van de Richtsnoeren vermeldt dat een machtspositie kan bestaan op grond van de optelsom van de verschillende criteria. Een dergelijke optelsom moet ook worden gemaakt bij een marktaandeel van 100 procent. OPTA heeft dat ten onrechte nagelaten.
7. Volgens OPTA zouden slechts de prijselasticiteit van de vraag voor vast telefonieverkeer, marginale kosten en eventuele kopersmacht invloed kunnen hebben op het gedrag van de aanbieders van vaste gespreksafgifte. De eerder genoemde criteria blijven daarbij, behoudens het kort aanstippen van de schaal- en breedtevoordelen, buiten beschouwing omdat deze niet op de prijselasticiteit en de marginale kosten zouden ingrijpen. OPTA had deze criteria juist wel bij haar analyse moeten betrekken, net als OPTA dat volgens Annex G randnummer 69 stelt te hebben gedaan in het marktanalysebesluit vaste telefonie, hoewel volgens ST ook daar de analyse niet zorgvuldig is. Een dergelijk onderzoek is vooral ook nodig omdat de aanbieders van (vaste en mobiele) telefonie met elkaar concurreren over het geheel van hun diensten. In die concurrentiestrijd spelen alle eerder genoemde factoren een belangrijke rol. OPTA miskent op deze manier dat zij conform randnummer 78 en 79 van de Richtsnoeren een grondige en complete analyse moet maken van de betrokken markt, voordat zij daarover enige conclusie kan trekken. OPTA mag daarom deze criteria niet slechts indirect een rol

² Aanbeveling van de commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen.

³ Richtsnoeren van de Commissie van 11 juli 2002 voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.

laten spelen. De analyse van OPTA is daarom volgens ST onvolledig en onzorgvuldig.

8. OPTA overweegt met betrekking tot schaal- en breedtevoordelen dat het niet aannemelijk lijkt dat kleinere aanbieders hogere marginale kosten hebben.⁴ ST bestrijdt dit. Een toename van de productie kan juist van kleine aanbieders additionele investeringen vergen. De (marginale) kosten van de gespreksafgifte liggen voor een kleinere aanbieder als ST bovendien sowieso al hoger dan voor KPN. Ten aanzien van de factor verticale integratie van KPN verwijst OPTA naar het marktanalyse besluit vaste telefonie.⁵ De analyse in dat besluit is echter onjuist, nu KPN veel meer verticaal geïntegreerd is dan al haar concurrenten en zij hier veel voordelen aan ontleent. Het feit dat er een toegangsverplichting bestaat doet hier niet aan af, nu KPN als gevolg van het wegvallen van retailregulering op de vaste telefonie markt diverse (prijs)strategieën kan toepassen ten nadele van de partijen aan wie toegang is verleend.
9. In het bestreden besluit heeft OPTA in paragraaf 6.2.2 het marktaandeel op de retailmarkten als criterium in de dominantieanalyse betrokken. Het is onjuist dat kleinere aanbieders winstgevend een hoger tarief kunnen hanteren dan grote aanbieders door het bestaan van een lagere prijselasticiteit. KPN, als veruit de grootste partij, kan op de markt voor vaste telefonie – ook door de afschaffing van de retailregulering op deze markt – de dienst uitmaken, zodat het voor ST onmogelijk is om zich onafhankelijk, laat staan in belangrijke mate onafhankelijk van KPN te gedragen. Een eventuele tariefsverhoging door ST is dan ook onmogelijk.
10. OPTA komt tot de conclusie dat er slechts in een te beperkte mate sprake is van tegenwerkende kopersmacht om eenzijdige verhogingen van de FTA tarieven of bovencompetitieve tarieven te voorkomen.⁶ Deze conclusie is uitsluitend gebaseerd op het rapport van het adviesbureau Lexonomics van 12 oktober 2007.⁷ ST kan niet begrijpen dat een rapport dat is gebaseerd op de situatie van UPC en Tele2 ook als onderbouwing wordt gebruikt om tot een oordeel te komen over ST. ST is een andere partij dan bijvoorbeeld Tele2, zo gebruikt ST onder andere een andere infrastructuur. Bovendien is controle van de analyse en de conclusies in dit onderzoek vrijwel onmogelijk voor ST, nu alle belangrijke passages betrouwbaar zijn gemaakt. Daarnaast waren het onderzoek en de daarvoor gebruikte gegevens ten tijde van het nemen van het bestreden besluit al niet meer voldoende actueel.
11. Meer inhoudelijk geldt dat het doel van het onderzoek van Lexonomics – het onderzoeken of UPC en Tele2 in staat waren bovencompetitieve prijzen te rekenen voor vaste gespreksafgifte

⁴ Annex G randnummer 65 e.v..

⁵ Annex G randnummer 66.

⁶ Randnummer 275.

⁷ 'De rol van tegenwerkende kopersmacht bij beoordeling van aanmerkelijke marktmacht van Tele2/Versatel en UPC/Priority in vaste gespreksafgifte', Rapport van Lexonomics voor OPTA, 12 oktober 2007.

tarieven – niet bereikt kon worden, nu niet is gedefinieerd wat op de markt voor vaste gespreksafgiftetarieven een bovencompetitieve prijs zou zijn. OPTA had daarom aan dit rapport geen conclusies mogen verbinden. OPTA heeft (inmiddels) in randnummer 84 van Annex G van het bestreden besluit een bovencompetitief tarief gedefinieerd als een tarief boven het kostengeoriënteerde tarief. Dit is een onjuiste definitie van een bovencompetitief tarief, omdat daarvan slechts sprake is indien de prijs niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie, in casu gespreksafgifte.⁸ In de analyse van tegenwerkende kopersmacht ontbreekt dus niet alleen een feitelijke en juiste bepaling van een bovencompetitief tarief, maar wordt ook uitgegaan van een verkeerde definitie van de term. OPTA handelt dan ook in strijd met het zorgvuldigheidsvereiste.

12. Dat er wel sprake is van daadwerkelijke aanzienlijke mogelijkheden voor KPN om tegenwerkende kopersmacht uit te oefenen, blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat KPN diverse malen prijsverhogingen, ook van ST, heeft weten te voorkomen.⁹ Ook Lexonomics erkent in haar rapport dat de gevolgen van een mogelijke reactie van KPN zwaarder wegen voor concurrenten dan voor KPN zelf. Lexonomics stelt echter tevens, ten onrechte, dat hogere gespreksafgiftetarieven die door KPN zouden worden gerekend kunnen worden doorgegeven aan de eindafnemer. Doorberekening leidt echter tot een daling van de vraag. Hier komt nog bij dat KPN door het wegvallen van regulering in andere marktanalysebesluiten diverse (prijs)strategieën kan toepassen ten nadele van concurrenten, wat de kopersmacht van KPN versterkt.
13. Hierop aansluitend geldt dat in het hele bestreden besluit nergens concreet blijkt dat OPTA rekening heeft gehouden met de impact van andere marktanalysebesluiten, bijvoorbeeld de daarin genoemde intrekking van de bestaande regulering op de markt voor vaste telefonie en gespreksdoorgifte. Ditzelfde geldt voor het rapport van Lexonomics. Dergelijke ingrijpende wijzigingen ten nadele van de concurrenten van KPN hebben uiteraard invloed op de marges, de gekozen marktstrategie en de concurrentiepositie van ST, vooral omdat de mogelijkheden om op prijs met KPN te concurreren kleiner worden. Door de impact van het wegvallen van regulering te onderschatten, is het bestreden besluit in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.
14. Dat het noodzakelijk is om rekening te houden met de verwevenheid tussen markten, blijkt uit de uitspraak van uw College van 23 juli 2009 (AWB 08/180, overweging 6.1) waarin uitdrukkelijk wordt overwogen dat er tussen de markten voor vaste telefonie en de markten voor de vaste gespreksafgifte een bijzondere verwevenheid bestaat.

Tussenconclusie: ST geen AMM

15. ST concludeert naar aanleiding van het voorgaande dat OPTA zich ten onrechte op het

⁸ HvJ EG 14 februari 1978, 207 Jur. 1978, 207 United Brands.

⁹ Zie bijvoorbeeld het geschilbesluit van 1 juli 2003 inzake het geschil tussen UPC en KPN Telecom B.V. met kenmerk OPTA/IBT/2003/202193 procedurenummer AWB 08/227.

standpunt stelt dat ST beschikt over AMM. De analyse die daaraan ten grondslag ligt schiet ernstig tekort, omdat deze onvolledig is nu in feite alleen rekening is gehouden met het marktaandeel, terwijl de overige factoren uit de Richtsnoeren onvoldoende in beschouwing zijn genomen. Voorts schiet als gesteld het rapport naar kopersmacht ernstig tekort.

IV. Geen potentiële mededingingsproblemen

16. Aangezien ST niet beschikt over AMM, konden aan haar geen verplichtingen opgelegd worden. In het geval niettemin ST als AMM partij zou worden aangewezen, zijn de verplichtingen die OPTA heeft opgelegd niet passend, omdat op de relevante markt niet daadwerkelijk sprake is van een concrete mededingingsbeperkende gedraging, en het ook niet in hoge mate aannemelijk is dat een dergelijke gedraging zich zal voordoen.¹⁰
17. ST is van mening dat de door OPTA gesignaleerde toegangsproblemen zich in de praktijk niet zullen voordoen en dat OPTA niet heeft aangetoond dat dit in de (nabije) toekomst anders zal zijn. Met name kleinere aanbieders als ST dienen hun netwerk toegankelijk voor derden te houden, omdat hun klanten anders switchen naar grotere partijen. Specifiek voor ST geldt dat in verband met de beveiligingseisen en de veiligheid (terrorisme) geldend voor het Schiphol terrein, dat aangewezen is als militair terrein, ST op grond van objectieve redenen in bepaalde gevallen zelf moet kunnen beslissen over toegangsverlening. In dat kader merkt ST nog op dat op het terrein van Schiphol geen KLIC-verplichting geldt. ST is van mening dat er dan ook geen sprake is van een passende of proportionele verplichting.
18. OPTA hangt de gekozen transparantieplichting op aan de onder toegangsproblemen vallende gedraging bestaand in het achterhouden van informatie.¹¹ Nu er geen toegangsproblemen zijn, is een transparantieplichting dus ook niet nodig. In ieder geval moet de verplichting om een referentieaanbod te doen tot KPN beperkt worden.¹²
19. Als gesteld heeft OPTA ten onrechte nagelaten om de hoogte van bovencompetitieve tarieven te bepalen, laat staan dat OPTA heeft aangetoond dat een gereede kans bestaat op het hanteren van dergelijke tarieven door ST. OPTA heeft niet eens onderzoek naar de onderliggende kosten van ST gedaan. Deze zijn in ieder geval hoger dan die van KPN, niet omdat het een inefficiënte aanbieder is maar simpelweg omdat haar infrastructuur afwijkt van die van KPN. Bij de vaststelling wat bovencompetitieve tarieven zijn moeten bovendien de verhoudingen op de betrokken markt in ogenschouw worden genomen, inclusief de discrepantie tussen de MTA en FTA tarieven en het feit dat OPTA ten aanzien van de MTA

¹⁰ Volgens uw College (CBb 24 juli 2007, LJN BB0186, r.o. 9.3.5) moet OPTA daartoe aantonen dat partijen de mogelijkheid en de prikkel daartoe hebben. Zie ook CBb 24 juli 2007, LJN BB0186, r.o. 9.3.5.

¹¹ Randnummer 423.

¹² Randnummer 424.

met een aanzienlijke mark-up heeft ingestemd.¹³ Daar komt bij de afhankelijkheid van ST van KPN. ST neemt onder andere van KPN een aantal niet op kosten gereguleerde diensten af, terwijl ST haar tarieven niet kan verhogen. Ook het grote deel van het verkeersvolume van ST dat afkomstig is van KPN speelt hierbij een rol. ST kan het zich niet veroorloven dat KPN de tarieven zou verhogen die zij aan ST in rekening brengt. Het doorgeven van kosten als gevolg van buitensporig hoge tarieven in een verhoging van de tarieven voor eindgebruikers voor off-net-bellen, zoals OPTA noemt in randnummer 323 is dan ook niet aannemelijk. Daarbij geldt ook dat mobiele aanbieders ruimschoots worden gecompenseerd door de toegestane mark-up.

20. In het oude marktanalysebesluit vaste gespreksafgifte van 21 december 2005, kwam OPTA nog tot de conclusie dat prijsdiscriminatie door KPN een potentieel mededingingsprobleem is. OPTA motiveert niet waarom dat nu anders is. ST is van mening dat alle relevante omstandigheden ongewijzigd zijn gebleven.¹⁴ Het gebrek aan effectieve concurrentie kan slechts worden opgelost door een verplichting tot non-discriminatie. Zo wordt voorkomen dat KPN informatie van andere concurrerende aanbieders aanwendt voor haar eigen activiteiten of aan verschillende onderdelen van haar eigen onderneming gunstiger voorwaarden voor gespreksafgifte verleent dan aan concurrenten.

Tussenconclusie: Opgelegde verplichtingen zijn niet passend

21. Nu duidelijk is dat ST haar tarieven niet op een buitensporig hoog niveau heeft vastgesteld, niet in staat is om dat te doen en ook geen marges van anderen uit kan hollen door haar tariefstelling, is niet voldaan aan de wettelijke vereisten van artikel 6a.7 lid 1 van de Tw. De verplichtingen die OPTA heeft opgelegd aan ST zijn dan ook niet passend en onterecht. Wel dient aan KPN een non-discriminatieverplichting opgelegd te worden.

V. Ten onrechte afschaffen verdraagde reciprociteit

22. OPTA betoogt in Annex G, randnummer 18 dat het hanteren van asymmetrische tariefregulering slechts mogelijk is wanneer de onderliggende retailmarkten voor vaste telefonie onvoldoende concurrerend zijn en dat de asymmetrie slechts voor beperkte tijd kan zijn. Aan deze twee voorwaarden is voldaan:
23. OPTA concludeert op basis van het marktanalysebesluit vaste telefonie 2008 dat de retailmarkten effectief concurrerend zijn, of de zakelijke markt daar naar neigt. Dit is een onbegrijpelijke conclusie nu de concurrenten van KPN slechts marginaal zijn gegroeid, al helemaal voor wat betreft de zakelijke markt, sinds het nemen van het oude marktanalysebesluit vaste telefonie uit 2005, waarin werd besloten dat er geen sprake was van effectieve concurrentie. OPTA negeert het feit dat de beperkte groei slechts te wijten is aan

¹³ Zie paragraaf VII van dit bestreden besluit.

¹⁴ Zie van artikel 6a.2 lid 1 sub a en lid 3 Tw en randnummers 517 e.v. van het bestreden besluit.

de effectieve retailregulering op de vaste telefonie markt, welke KPN beperkte in haar mogelijkheden om concurrenten middels (prijs)strategieën pijn te doen. Deze is echter afgeschaft per 1 januari 2009. De afschaffing van deze regulering alsook die van de verdraagde reciprociteit heeft een aanzienlijke impact op de positie van ST, omdat de slagkracht van KPN in aanzienlijke mate wordt versterkt, terwijl de mogelijkheden van ST om te concurreren juist sterk afnemen. Er is dus geen sprake van (aanstaande) effectieve concurrentie.

24. In haar besluit van 29 april 2008 inzake gespreksafgifte op het vaste netwerk van UPC (OPTA/AM/2008/200871) en in haar wijzigingsbesluit van dezelfde datum (OPTA/AM/2008/200872), oordeelt OPTA dat andere aanbieders dan KPN wegens hun relatieve positie ten opzichte van KPN een gespreksafgifte tarief mogen rekenen dat is gebaseerd op verdraagde reciprociteit. KPN had een voorsprong op andere vaste aanbieders vanwege onder meer voordelen ten aanzien van wholesaledienstverlening, kostenvoordelen en een vroegere monopoliepositie. In het besluit van 29 april 2008, is op grond van de vereiste zorgvuldigheid alle op dat moment relevante informatie verdisconteerd. In de korte periode van 29 april 2008 tot de datum van het bestreden besluit is de voorsprong van KPN zoals door OPTA vastgesteld niet noemenswaardig gewijzigd – wat OPTA ook onderkent in Annex G randnummer 19. Toch komt OPTA tot een diametraal andere conclusies, zonder deze draai te motiveren. ST benadrukt dat handhaving van de verdraagde reciprociteit noodzakelijk is gezien de achterstand ten opzichte van KPN, waarbij niet alleen de kostenvoordelen van KPN maar ook de afschaffing van alle andere maatregelen die de toetreders juist hielpen om de concurrentie met KPN aan te kunnen gaan, van belang zijn. Er is eenvoudigweg nog geen situatie ontstaan van een duurzame concurrentie of een level playing field, nu KPN ten tijde van de bestreden beslissing beschikte over een marktaandeel van 70% op de markt voor vaste telefonie. Op de markt voor mobiele telefonie wordt overigens wel een onderscheid gemaakt in de tarieven van de latere toetreders en eerdere toetreders, tussen kleinere en grotere partijen, tussen partijen die door de aard van het netwerk hogere kosten hebben en partijen met een efficiënter netwerk.
25. Afschaffing van de asymmetrische tarieven brengt ook schade toe aan het streven naar duurzame concurrentie, omdat dit de incentives van concurrenten van KPN om te blijven investeren vermindert. Immers, de verhouding tussen de gehanteerde tarieven en de onderliggende kosten is dan zoek.
26. OPTA baseert haar standpunt dat asymmetrische regulering slechts voor een bepaalde tijd passend is op de Common Position¹⁵ (hierna: “CP”) van de European Regulators Group (hierna: “ERG”) van 28 februari 2008. Uit randnummer 388 tot en met 396 van het bestreden besluit volgt dat nationale telecom autoriteiten de bepaling van de duur van de

¹⁵ ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates, ERG (07) 83 final 080312.

transitieperiode onder andere dienen te baseren op nationale omstandigheden en dat te lange asymmetrische tariefregulering zou leiden tot verminderde incentives om te innoveren en inefficiënte markttoegang.

27. OPTA motiveert nergens waarom juist nu de redelijke termijn voorbij is en de regulering te lang heeft geduurd. Zoals besproken is de markt nog niet daadwerkelijk concurrerend en zijn al de factoren die OPTA voorheen identificeerde als reden om asymmetrische tariefregulering toe te passen nog aanwezig. Gezien het voorgaande is afschaffing van de vertraagde reciprociteit niet passend na een periode van 10 jaar.¹⁶ OPTA lijkt de CP bovendien zeer selectief gelezen te hebben: passages waarin omstandigheden worden besproken op basis waarvan asymmetrische regulering nog wel passend zou zijn blijven onderbelicht.
28. Een relevante nationale omstandigheid is bijvoorbeeld dat OPTA het netwerk van KPN als uitgangspunt bij haar regulering heeft genomen, door bijvoorbeeld aan te geven dat in het kader van efficiënte interconnectie met KPN, uitrol voor concurrenten was naar 20 access punten met KPN. Andere marktpartijen moeten zich dus voegen naar het netwerk van KPN, wat niet zonder meer het efficiëntst is voor de concurrenten. Voorzetting van de asymmetrische tariefregulering leidt dan ook, anders dan OPTA stelt in randnummer 406, niet tot efficiencyvermindering. ST heeft een efficiënte bedrijfsvoering, maar deze is nog niet afdoende gebleken om de objectieve en endogene kostenvoordelen, ontstaan door onder andere incumbency en schaalvoordelen, van KPN te compenseren. Dit heeft meer tijd nodig. De nu nog bestaande achterstand op KPN heeft dus te maken met een gebrek aan tijd om de achterstand weg te werken en niet met inefficiëntie.
29. Het gedachte-experiment van OPTA in randnummer 406 inhoudende dat op statische efficiëntie (productie tegen laagste kosten) zou worden ingeboet (korte-termijnnadeel) ten gunste van dynamische concurrentie (lange-termijnvoordeel) bij het afschaffen van asymmetrische tariefregulering, geldt in casu niet. Concurrenten van KPN hebben altijd incentives om efficiënt te investeren, ook bij aanwezigheid van asymmetrische tariefregulering. Immers, alleen efficiënte investeringen leiden tot verbeteringen van de relatieve marktpositie ten opzichte van KPN, en ook ten opzichte van andere concurrenten. De strijd om tijdens de aanwezigheid van asymmetrische reciprociteit een voorsprong te hebben op de naaste concurrenten, zal er op een gegeven moment toe leiden dat OPTA, dan terecht, die regulering afschaft. Ook dan is het uiteraard van belang om door efficiënt te investeren een kostenvoordeel te behouden of te krijgen op de naaste concurrenten. Op elk moment – ook in aanwezigheid van tariefregulering – bestaan er dus slechts incentives om zo efficiënt mogelijk te investeren. ST benadrukt dan ook dat kostenverschillen tussen KPN en de concurrenten van KPN niet bestaan door inefficiënte investeringen, maar juist ondanks de efficiënte investeringen van de concurrenten.

¹⁶ Randnummer 228 annex G.

30. Voor zover de verdraagde reciprociteit al kon worden afgeschaft stelt ST dat alternatieve aanbieders in ieder geval annex A tarieven mogen hanteren, bij gebreke waarvan ST een onvoldoende rendement kan halen op haar investeringen. OPTA hanteert ten onrechte annex B als basis in het bestreden besluit. Ook regulering op basis van annex A is niet passend omdat dit regulering betekent op basis van de kosten van KPN, in plaats van een individueel onderzoek naar de omstandigheden en kosten van KPN. Ook had OPTA met inachtneming van uw uitspraak van 29 augustus 2006¹⁷ rekening moeten houden met de individuele omstandigheden van de aanbieders. OPTA is daar ten onrechte aan voorbij gegaan.

Deelconclusie: verdraagde reciprociteit niet afschaffen

31. Uit het voorgaande volgt dat asymmetrische regulering nog nodig is om concurrenten van KPN, middels voortzetting van hun efficiënte investeringen, in staat te stellen om een level playing field te creëren waarbij de kostenverschillen met KPN zijn weggewerkt. Door de asymmetrische tariefregulering af te schaffen heeft OPTA dan ook strijdig gehandeld met het motiverings- en het zorgvuldigheidsbeginsel. In ieder geval moet ST gerechtigd zijn om Annex A tarieven te hanteren.

VI. Redelijke overgangstermijn: glijpad noodzakelijk

32. OPTA heeft de verdraagde reciprociteit als gesteld op onjuiste en onvoldoende gemotiveerde gronden en zonder zorgvuldige belangenafweging afgeschaft. ST is door het afschaffen per 1 januari 2009 overvallen, zeker ook omdat OPTA in het marktanalysebesluit van 29 april 2008 – gericht aan UPC en Tele2 – de noodzaak van de verdraagde reciprociteit heeft bevestigd. OPTA had rekening moeten houden met de gevolgen van de ingrijpende verlaging van de inkomsten voor ST. OPTA had de verdraagde reciprociteit daarom, voor zover afschaffing al aan de orde was, door gebruik van een redelijke overgangstermijn in de vorm van een glijpad moeten afbouwen. Ter ondersteuning verwijst ST overweging 1.4.2 van de uitspraak van uw College van 23 juli 2008 (AWB 07/674), waaruit volgt dat ingeval marktpartijen worden geconfronteerd met het plotseling wegvallen van een groot deel van een belangrijke inkomstenbron een glijpad noodzakelijk is, bij gebrek waarvan de nadelige gevolgen voor de bedrijfsvoering van de aanbieders onevenredig zijn. Als gesteld valt door het afschaffen van de verdraagde reciprociteit een belangrijke bron van inkomsten voor ST weg. Voorts wordt verwezen naar de uitspraak van uw College van 10 november 2005 betreffende de verlaging van een tariefbeschikking van diëtisten,¹⁸ waarin wordt overwogen in randnummer 6.6 dat indien een tarief ter verwerving van inkomsten gehanteerd wordt ten gevolge van de in geding zijnde beleidsregels met meer dan 25% wordt verminderd, voorzienbaar is dat zulks nadelige gevolgen heeft voor de financiële positie van de vrijgevestigde diëtisten. Daarom diende betrokkenen een redelijke termijn te worden gegund, teneinde zich te kunnen stellen op de

¹⁷ LJN AY7997.

¹⁸ AB 2006, 64.

wijziging van hun financiële situatie als gevolg van de voorgenomen maatregelen.

33. De vergoeding berust daarnaast niet op de realiteit, terwijl OPTA bekend was met de elementen waaruit de kosten en daarom het tarief diende te bestaan. Tussen partijen staat niet in discussie dat zowel de aanbeveling van de Commissie als van de ERG mogelijkheden voor uitfasering bieden. OPTA had daarom de vertraagde reciprociteit trapsgewijs moeten opheffen.

Deelconclusie: Glijpad noodzakelijk

34. Door geen glijpad te hanteren, heeft OPTA strijdig gehandeld met het evenredigheidsbeginsel.

VII. Noodzaak identieke benadering mobiele en vaste gespreksafgifte

35. De convergentie van vast naar mobiel in Nederland is zodanig dat op beide markten een identieke wijze van tariefregulering toegepast zou moeten worden. In toenemende mate kiezen consumenten er voor om uitsluitend via een mobiele telefoon bereikbaar te zijn. Daarnaast bieden de mobiele aanbieders allemaal vaste telefonie diensten aan, terwijl de kabels ook mobiele telefonie aanbieden. OPTA onderschrijft dit in Annex G, randnummer 260. Het is dan ook onbegrijpelijk dat de tarieven op de beide markten niet op dezelfde wijze worden gereguleerd.¹⁹ Aan de mobiele aanbieders wordt door OPTA een aanzienlijke mark-up gegeven bovenop het kostengeoriënteerde tarief dat op een BULRIC model was gebaseerd.
36. OPTA verwijst in het bestreden besluit naar de CP.²⁰ In de CP wordt echter geconstateerd dat bij de toenemende concurrentie om de klanten van vaste diensten de toezichthouders moeten verzekeren dat de regels voor de FTA en MTA tarieven consistent zijn.²¹ OPTA heeft miskent dat de situatie in Nederland hier aan voldoet. Ter ondersteuning verwijst ST naar p. 10 van de CP:²²

"Another issue that also needs reflection and further investigation is related to fixed to mobile convergence. In several EU member states mobile network operators are increasingly competing for fixed customers, therefore NRAs should ensure regulatory consistency between fixed and mobile termination rates."

¹⁹ Dat zal pas mogelijk in 2010 gebeuren, Annex G, randnummer 261.

²⁰ Randnummer 388 e.v..

²¹ In het consultatiedocument aangeduid als FTR en MTR.

²² Zie ook de relevante passages van de CP op pagina 26, vijfde alinea over de discrepantie tussen de wholesale tarieven voor de vaste en mobiele aanbieders en de mogelijke onevenwichtige concurrentie bij de toetreding van mobiele aanbieders op de markt voor vaste telefonie en pagina 103, tweede alinea waarin harmonisatie van FTA en MTA tarieven wordt gepropageerd.

37. ST merkt hierbij ook op dat de Nederlandse situatie op een wezenlijk punt van de overige lidstaten verschilt, waar de mobiele gespreksafgifte tarieven wel worden vastgesteld op basis van kostenoriëntatie. Mede om deze reden zijn de voorstellen van de ERG ten aanzien van symmetrische gespreksafgifte tarieven niet volledig representatief voor Nederland: de Nederlandse situatie noopt tot nog eerder ingrijpen dan de ERG oppert.
38. Ook de Europese Commissie heeft deze discrepantie onderkend en heeft een concept aanbeveling opgesteld, beschikbaar ten tijde van het nemen van het bestreden besluit door OPTA.²³ Volgens overweging 3 van de concept aanbeveling leveren significante verschillen in de regulering van de FTA en MTA tarieven een fundamentele distorsie op tussen de vaste en mobiele markten.
39. OPTA dient ook volgens uw College rekening te houden met de relaties tussen de mobiele en de vaste aanbieders, blijkens onder andere overweging 9.13.6 van de uitspraak van 11 mei 2007.²⁴
40. Daar komt bij dat de door OPTA aan haar analyse ten grondslag gelegde onderzoeken²⁵, waaronder het rapport van Lexonomics en de Structurele Monitoring Markten, onvoldoende actueel en niet voldoende volledig zijn in het licht van de toenemende convergentie van vast naar mobiel.
41. Het bestreden besluit houdt voorts geen of onvoldoende rekening met de realiteit waarin ST moet opereren. Het bestreden besluit zorgt er voor dat ST de gespreksafgifte dienst moet aanbieden voor een tarief dat op zijn best georiënteerd is op de kosten van een onvergelijkbare aanbieder als KPN. Het is de mobiele partijen als directe concurrenten van ST echter toegestaan om voor een vergelijkbare dienst op vergelijkbare markten, te weten mobiele gespreksafgifte op afzonderlijke netwerken, een tarief te hanteren dat ruim boven het kostengeoriënteerde niveau ligt. Dit klemt des te meer nu KPN direct profiteert van deze ongelijke behandeling daar zij ook de grootste mobiele aanbieder is.
42. De deelmarkten zijn dus voldoende vergelijkbaar om te spreken van gelijke gevallen, zodat op grond van het gelijkheidsbeginsel de tarieven op identieke wijze gereguleerd moeten worden. Door de huidige ongelijkheid – zeker na afschaffing van de asymmetrische tariefregulering – worden vaste aanbieders benadeeld ten opzichte van mobiele aanbieders. Van belang hierbij is dat KPN partij is bij het tussen de mobiele aanbieders gesloten en door OPTA gevolgde convenant.

²³ Draft Commission recommendation of [...] on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/public_consult/termination_rates/termination.pdf. De definitieve versie is inmiddels ook beschikbaar, overweging 3 is inhoudelijk niet gewijzigd.

²⁴ LJN AY7997.

²⁵ Randnummer 150.

Deelconclusie: harmonisatie FTA en MTA tarieven noodzakelijk

43. Gezien de vergaande convergentie van vast naar mobiel in Nederland en de daarvoor relevante besproken Europese documenten, had OPTA op beide markten een identieke wijze van tariefregulering moeten toepassen. Door dit niet te doen heeft OPTA in strijd met het motiverings- en het zorgvuldigheidsbeginsel gehandeld.

VIII. Effectentoets onzorgvuldig

44. OPTA betoogt in Annex G randnummer 327 dat de rapportage van Oxera uit 2004 slechts is gebruikt voor de benaderingswijze om directe reguleringskosten te bepalen. OPTA stelt zonder enige motivering dat de effecten voor individuele aanbieders niet onevenredig zouden zijn.²⁶ Het welvaartseffect is negatief aangezien ST veel omzet misloopt waardoor haar concurrentiepositie verzwakt. De lagere kosten komen niet ten goede van consumenten, althans daar is geen zekerheid over, zodat het de facto gaat om een bevoordeling van KPN versus ST. OPTA erkent dat KPN door het bestreden besluit wordt bevoordeeld, maar dat voordeel zou slechts relatief zijn. Dit is niet alleen onjuist, maar er bestaat ook voor deze bevoordeling geen rechtvaardiging.

IX. Regulering strijdt met ratio en doelstellingen Telecommunicatiewet

45. In aanvulling op het voorgaande geldt dat de aanpak van OPTA in de verschillende marktanalysebesluiten, waaronder de vaste gespreksafgifte, onder andere strijdig is met de ratio en doelstellingen van de Tw om de volgende redenen:
- a. OPTA miskent dat de deelmarkten communicerende vaten vormen en bekijkt de door haar afgebakende markten ten onrechte niet in onderlinge samenhang; regulering of deregulering op de ene markt heeft gevolgen voor de andere deelmarkten. Zo heeft het afschaffen van de retailverplichtingen op de markt voor vaste telefonie gevolgen voor de markt voor de gespreksafgifte op het vaste netwerk doordat KPN in staat wordt gesteld om haar aanbod te bundelen. OPTA houdt evenmin rekening met de wijzigingen op de markt voor transit en gespreksdoorgifte. Hoofdstuk 6 Tw heeft tot doel om daadwerkelijke concurrentie te doen ontstaan, zodat er voor eindgebruikers voldoende keuzevrijheid bestaat, ook wat betreft prijs en kwaliteit. Door geen rekening te houden met de onderlinge samenhang tussen de verschillende marktanalyse besluiten wordt dit doel in de huidige constellatie evenwel niet gerealiseerd.
 - b. OPTA miskent de bijzondere positie van KPN op elk van de deelmarkten, en de telefonie markt als geheel. Een beschouwing van de marktaandelen leert dat KPN nog steeds de dominante marktpartij is. Bovendien is het aantal potentiële concurrenten op de markt voor vaste en mobiele telefonie afgenomen door verschillende overnames de

²⁶ Annex G randnummer 335.

afgelopen jaren. Hiermee is geen rekening gehouden, waardoor het bestreden besluit niet bijdraagt aan het ontstaan van daadwerkelijke concurrentie.
OPTA handelt op deze wijze niet alleen in strijd met de doelstellingen van de Tw, maar ook in strijd met het zorgvuldigheidsvereiste in de zin van artikel 3:2 Awb en het motiveringsvereiste uit artikel 3:4 Awb.

Conclusie

ST concludeert dat de marktafbakening en de dominantie analyse van OPTA niet juist is omdat onder meer geen rekening is gehouden met recente ontwikkelingen, zoals de convergentie van vast naar mobiel.

Ten onrechte concludeert OPTA dat ST beschikt over AMM op de markt voor gespreksafgifte op haar eigen netwerk, dit onder afschaffing van de verdraagde reciprociteit.

In ieder geval is het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd ten aanzien van de afbakening van de markten, de aanwezigheid van AMM bij ST en de opgelegde verplichtingen en kan het ook om die redenen niet in stand blijven. Het bestreden besluit is op deze onderdelen ook onzorgvuldig en in strijd met het motiveringsvereiste, onder meer omdat OPTA de noodzaak van de verplichtingen niet zorgvuldig heeft onderzocht en gemotiveerd.

ST verzoekt uw College op basis van het voorgaande haar beroep gegrond te verklaren en het bestreden besluit te vernietigen, inclusief de aanwijzing van ST als AMM en de opgelegde maatregelen.

ST verzoekt uw College verder OPTA te veroordelen tot vergoeding van de door ST gemaakte kosten in deze procedure, inclusief de zienswijze fase.

ST behoudt zich het recht voor om de gronden van beroep aan te vullen.

Hoopzachtend,


M.J. Rebichon

advocaat

Productie 1

Kennedy Van der Laan

PER E-MAIL, EN TELEFAX: 070 – 315 35 01

Het College van de Onafhankelijke
Post en telecommunicatie Autoriteit
Postbus 90420
2509 LK 'S-GRAVENHAGE

uw ref.
OPTA/AM/2008/201452

onze ref.
35600/MRO/lhb/536928

datum
25 september 2008

tel. direct (secr.)
(020) 5506 897

fax direct
(020) 5506 997

e-mail
Machteld.Robichon@kvd.nl

**inzake: Zienswijze Schiphol Telematics ten aanzien van ontwerpbesluit vaste
gespreksafgifte van 15 augustus 2008**

Geacht College,

Namens Schiphol Telematics C.V. (hierna: ST) maak ik graag gebruik van de aan ST geboden mogelijkheid om haar zienswijze in te brengen ten aanzien van het ontwerpbesluit van 15 augustus 2008 Marktanalyse vaste gespreksafgifte (OPTA/AM/2008/ 201452) van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het ontwerpbesluit). De uiterste datum van indiening van een zienswijze is 25 september 2008, zodat deze zienswijze tijdig is ingediend. ST behoudt zich het recht voor om haar bedenkingen in een eventuele betroepsprocedure aan te vullen en nader uit te werken.

De zienswijze van ST bevat geen vertrouwelijke informatie.

I. Inleiding

1. Uw College is blijkens het ontwerpbesluit voornemens om ST aan te wijzen als partij met **aanmerkelijke marktmacht** (hierna: AMM) inzake gespreksafgifte op het vaste netwerk van ST en daarbij aan ST een aantal verplichtingen op te leggen. ST heeft kritiek op een aantal onderdelen van het ontwerpbesluit. Zij is namelijk van mening dat zij niet beschikt

Op alle door of namens Kennedy Van der Laan N.V. gesloten overeenkomsten waarbij zij werkzaamheden dient te verrichten zijn haar algemene voorwaarden van toepassing, welke - onder andere - de op de oorzakelijke afschrijft beperking van de aansprakelijkheid bevatten.

All agreements entered into by or on behalf of Kennedy Van der Laan N.V. pursuant to which it shall perform services shall be subject to its general terms and conditions, which contain - inter alia - the limitation of liability printed on the back of this document.

Haarlemmerweg 333, 1051 LH Amsterdam
Postbus 58188, 1040 HD Amsterdam
t. +31 (0)20 5506 666, f. +31 (0)20 5506 777
e. info@kvd.nl, www.kennedyvanderlaan.nl

advocaat ING-Bank 63 33 79 773 t.n.v. Stichting Beheer
Derdengelden Kennedy Van der Laan Advocatuur
notariaat ING-Bank 69 61 10 053 t.n.v. Derdengelden
Kennedy Van der Laan Notariaat

over AMM en dat de opgelegde verplichtingen niet passend en disproportioneel zijn. De kritiek zal hieronder nader worden uitgewerkt.

II. In marktafbakening en dominantie analyse wordt ten onrechte geen rekening gehouden met recente ontwikkelingen

2. Uw College heeft zich niet voldoende rekenschap gegeven van de relevante recente ontwikkelingen. In de afgelopen jaren zijn de markten voor vaste en mobiele telefonie naar elkaar toegegroeid. Bijvoorbeeld bieden mobiele aanbieders ook vaste telefonie aan en zijn consumenten vaak nog uitsluitend mobiel bereikbaar. Het is daarom onverklaarbaar dat uw College zonder dit nader te motiveren accepteert dat de mobiele afgifftarieven (hierna: MTA tarieven) vele malen hoger zijn dan de vaste afgifftarieven (hierna: FTA: tarieven). Ook neemt VoIP snel in belang toe. Ten onrechte heeft uw College in het ontwerpbesluit geen oog voor deze ontwikkelingen en de economische realiteit.
3. Uw college baseert veel van haar conclusies op diverse externe documenten (randnummer 150), zoals een rapport van Lexonomics¹. Ten onrechte onderzoekt uw college niet nader in hoeverre er een noodzaak is om rekening te houden met de daadwerkelijke ontwikkelingen op de Nederlandse markt en dus om af te wijken van deze documenten. Dit geldt zeker nu veel van deze documenten verouderd zijn. Ook krijgen marktpartijen onvoldoende inzicht in de gegevens die aan de analyse ten grondslag liggen, waardoor zij niet (adequaat) kunnen toetsen of deze gegevens correct zijn. Belangrijk is ook dat in deze rapporten en onderzoeken ST niet is meegenomen of zelfs maar in ogenschouw is genomen.
4. Doordat de relevante recente omstandigheden en ontwikkelingen en economische realiteit niet voldoende in ogenschouw zijn genomen, is de afbakening en verdere analyse van de markt in het voorgenomen besluit onzorgvuldig.

III. Dominantieanalyse

5. Uw college heeft volgens randnummer 232 de dominantie beoordeeld aan de hand van een viertal criteria: marktaandeel, toetredingsdrempels, potentiële concurrentie en kopersmacht. De overige in randnummer 78 van de Richtsnoeren marktanalyse 2002 (hierna: Richtsnoeren) van de Europese Commissie genoemde criteria zijn volgens uw College niet relevant (randnummer 234). Dat zijn onder meer de totale omvang van de

¹ Kopersmachtonderzoek van Lexonomics van 12 oktober 2007,

[http://www.opta.nl/download/bijlage/201452%20ontwerpbesluit%20marktanalyse%20vaste%20gespreksafgifte%200\(telefonie\)%20-%20annex%20E%20Kopersmachtonderzoek%20\(Lexonomics\).pdf](http://www.opta.nl/download/bijlage/201452%20ontwerpbesluit%20marktanalyse%20vaste%20gespreksafgifte%200(telefonie)%20-%20annex%20E%20Kopersmachtonderzoek%20(Lexonomics).pdf)

onderneming, product-/dienstendiversificatie, schaalvoordelen, breedtevoordelen en verticale integratie. Uw College laat ten onrechte na om te motiveren waarom deze criteria niet relevant zouden zijn. Zodoende kunnen marktpartijen niet nagaan of de stelling van uw College juist is. Met name nu de aanbieders van (vaste en mobiele) telefonie met elkaar concurreren over het geheel van hun diensten, spelen de genoemde criteria wel degelijk een belangrijke rol. OPTA had zich moeten realiseren dat met name de schaal- en breedtevoordelen, geografische dekking van het netwerk en de verticale (diensten en netwerk) integratie van KPN er toe leidt dat ST steeds rekening dient te houden met de reactie van KPN op marktgedragingen van ST. Ook het feit dat KPN over een veel omvangrijker distributie- en verkoopnetwerk beschikt met een landelijke dekking, terwijl ST slechts op een zeer beperkt gebied en voor een beperkte hoeveelheid mogelijke klanten opereert is van belang. In randnummer 269 constateert uw College dan ook ten onrechte dat er geen overige factoren zijn die AMM voorkomen. Uw College kent in feite aan het marktaandeel van ST ten onrechte doorslaggevende betekenis toe. Dit is in strijd met randnummer 78 van de Richtsnoeren.

IV. Kopersmacht

6. De conclusies ten aanzien van de factor kopersmacht zijn uitsluitend gebaseerd op het rapport van het adviesbureau Lexonomics van 12 oktober 2007. Hiervoor heeft ST reeds een aantal algemene opmerkingen over dit rapport gemaakt. ST merkt daarnaast op dat nu dit rapport geschreven is met het oog op de marktpartijen UPC en Tele2, uw College voor alle andere marktpartijen, per partij had moeten onderzoeken of de conclusies ook voor deze partij gelden. ST zal hieronder enkele meer specifieke kritiekpunten aangaande het rapport uitwerken.
7. Het doel van het onderzoek van Lexonomics was te onderzoeken of marktpartijen in staat zijn bovencompetitieve prijzen te rekenen voor vaste gespreksafgifte. Nu het rapport van Lexonomics niet definieert wat op de markt voor vaste gespreksafgifte een bovencompetitieve prijs zou zijn, is het rapport onvolledig.
8. In het rapport van Lexonomics wordt ook niet op de juiste wijze rekening gehouden met de aard en reikwijdte van de wettelijke interoperabiliteitsverplichting van artikel 6.3 Tw. Uit dit artikel volgt de verplichting tot het hanteren van redelijke tarieven. Lexonomics had dan ook niet alleen van expliciete ex ante regulering op grond van hoofdstuk 6a Tw, maar ook van andere wettelijke verplichtingen die tot doel hebben kopersmacht te reguleren, moeten abstraheren. Dit artikel diende dan ook in het kader van het derde scenario buiten beschouwing te blijven.
9. Lexonomics noemt in het rapport de situatie waarin UPC en Tele2 zich voornamen hun tarieven te verhogen een 'natuurlijk experiment'. ST is van mening dat die verhoging

nooit is doorgevoerd en dus niet kan worden benut om conclusies op te baseren.

10. ST is van mening dat KPN in staat is om veel meer tegenwerkende kopetsmacht uit te oefenen dan uw College en Lexonomics aannemen. De gevolgen van een mogelijke reactie van KPN wegen namelijk voor nieuwkomers veel zwaarder dan voor KPN zelf. ST kan daarnaast hogere gespreksafgiftetarieven die door KPN zouden worden gerekend niet doorgeven aan de eindafnemer, omdat dan immers de vraag naar haar producten zal afnemen. Daarbij komt dat door de gelijktijdige afschaffing van de retailverplichtingen, zoals genoemd in het ontwerpbesluit inzake de retail telefoniemarkt, de asymmetrische regulering en regulering op de markt voor gespreksdoorgifte, de marktmacht van KPN nog verder zal vergroot worden. Hierbij wordt benadrukt dat ST een bijzonder kleine partij is, zowel voor wat betreft het gebied waarbinnen zij haar diensten aanbiedt, als haar financiële slagkracht, als haar klantenkring. Deze marginale positie maakt dat de kopersmacht van KPN, in vergelijking tot andere marktpartijen, (nog) sterk(er) aanwezig is. Daarbij komt nog dat de marktanalyse van uw College ook tekortschiet doordat de positie van KPN op de overige telefoniemarkten, zoals de transitgespreksdoorgifte, buiten beschouwing wordt gelaten. De positie van KPN is dus zodanig dat zij een zeer aanzienlijke mate van kopersmacht kan uitoefenen en door de afschaffing van de genoemde regulering zal deze kopersmacht alleen maar toenemen. Het is dan ook onmogelijk voor ST om de kopersmacht van KPN op enige wijze te weerstaan. ST kan alleen daarom al niet over AMM beschikken.

11. Uw College laat in het ontwerpbesluit bij de beschrijving van de verschillende scenario's (randnummer 251 e.v.) na aan te geven of en in welke mate, zij de regulering van KPN – en met name de voorstellen tot intrekking daarvan – op andere markten in haar dominantie analyse heeft betrokken, terwijl het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) in de uitspraak van 11 mei 2007 heeft aangegeven dat uw College dit duidelijk moet aangeven.

V. Potentiële mededingingsproblemen en verplichtingen

12. Nu ST niet beschikt over AMM, kunnen haar geen verplichtingen opgelegd worden. In het geval uw College niettemin ST als AMM partij zou kunnen aanwijzen, zijn de verplichtingen die uw College wenst op te leggen niet passend in de zin van artikel 6a.2 lid 1 sub a Tw. Op de relevante markt is namelijk niet daadwerkelijk sprake van concrete mededingingsbeperkende gedragingen en is het ook niet in hoge mate aannemelijk dat een dergelijke gedraging zich zal voordoen, omdat er noch sprake is van een mogelijkheid, noch van een prikkel.

13. Uw College heeft op geen enkele wijze aangetoond dat er een aannemelijkheid van een risico op buitensporig hoge tarieven is. Ondanks het feit dat ST een efficiënte aanbieder

is, kan zij niet tegen zelfde kosten als KPN opereren, onder meer vanwege haar beperkte schaal en omdat haar infrastructuur afwijkt van die van KPN. Deze hogere kosten zijn ten onrechte niet door uw College in ogenschouw genomen. Ook had uw College moeten kijken naar de genoemde discrepantie tussen de MTA en FTA tarieven. Bovendien is ST voor een groot aantal diensten, die al dan niet kosten gereguleerd zijn, afhankelijk van KPN, wat ervoor zorgt dat zij het zich niet kan veroorloven om de gespreksafgiftetarieven te verhogen tot een buitensporig niveau. ST is ook niet in staat om de marges van anderen uit te hollen door haar tariefstelling, uw College heeft dit dan ook niet aangetoond.

14. Uw College legt in het ontwerpbesluit niet langer een non-prijstdiscriminatie verplichting aan KPN op. Een zorgvuldige analyse waaruit volgt waarom dit is besloten ontbreekt. Er is nog steeds sprake van een situatie waarin een gebrek aan effectieve concurrentie door de problemen van discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie, kwaliteitsdiscriminatie en prijsdiscriminatie door KPN slechts kan worden geadresseerd met een verplichting tot non-discriminatie. De prikkel die KPN heeft om aan de verschillende onderdelen van haar bedrijf gunstiger tarieven in rekening te brengen blijft anders bestaan.
15. Op de markt hebben zich nimmer problemen voorgedaan die verband houden met het verlenen van toegang. Toch besluit uw College toegangsverplichtingen op te leggen. Uw College motiveert niet waarom, ondanks dat er geen relatie is tussen de voorgestelde verplichting en een probleem, dit wel nodig zou zijn. Bovendien geldt dat deze verplichting niet kan worden opgelegd in verband met de beveiligingseisen en de veiligheid (terrorisme) geldend voor het Schiphol terrein. In dat kader merkt ST nog op dat op het terrein van Schiphol geen KLIC-verplichting geldt, net als bijvoorbeeld voor defensie terreinen. ST is van mening dat er dan ook geen sprake is van een passende of proportionele verplichting. Ook motiveert uw College niet, waarom de aan de toegangsverplichting gerelateerde transparantieplichting nodig zou zijn. Ook deze verplichting is dus niet passend.

VI. Prijsmaatregel: ten onrechte loslaten asymmetrische tarieven

16. In paragraaf 8.3.5 van het ontwerpbesluit komt uw College tot de conclusie dat asymmetrische tariefregulering niet langer noodzakelijk is. Deze conclusie wordt gebaseerd op twee argumenten. Het eerste argument, de huidige en voorziene concurrentie op de retailmarkten zou zodanig zijn dat asymmetrische regulering van afgiftetarieven niet langer noodzakelijk is, is volgens ST niet juist. Uw College onderbouwt dit argument slechts met een verwijzing naar de marktanalyse vaste telefonie (hierna: ontwerpbesluit VT). De in die marktanalyse opgenomen conclusies zijn echter niet correct. De groei van de marktaandeelen van de nieuwkomers, alle marktpartijen niet

zijnde KPN, was tijdens de afgelopen reguleringsperiode slechts zeer beperkt. Deze beperkte groei en de toekomstige groei zou volgens uw College met name het gevolg zijn van de groei van de kabelondernemingen. Deze kabelondernemingen profiteren echter, net als ST, niet van de wholesale verplichtingen omdat zij over een eigen netwerk beschikken. De eigen aantrekkingskracht van de diensten van ST en andere nieuwkomers op afnemers is nog beperkt, omdat de voorsprong van KPN in de markt en bijvoorbeeld de daarmee samenhangende schaal- en breedtevoordelen substantieel is. Daarom moet de groei van de kabelondernemingen en andere nieuwkomers wel te wijten zijn aan de andere opgelegde vorm van regulering dan wholesale regulering, zijnde de zeer effectieve retailregulering. Deze retailregulering zal echter blijkens het ontwerpbesluit VT worden afgeschaft. Het is dan ook niet aannemelijk dat de marktaandeelen van nieuwkomers verder zullen stijgen na afschaffing van de retailregulering, een daling lijkt aannemelijker. De foutieve conclusie van uw College in het ontwerpbesluit VT, dat de retailmarkten concurrerend zijn of dit zullen worden, is onderdeel gaan vormen van dit ontwerpbesluit omdat het is gebaseerd op het ontwerpbesluit VT. Bovendien is in het ontwerpbesluit VT niet meegenomen dat in het onderhavige ontwerpbesluit de asymmetrische regulering wordt afgeschaft. Uw College heeft verzuimd deze gecombineerde impact in ogenschouw te nemen en nader te onderzoeken.

17. Met betrekking tot specifiek de zakelijke retailmarkt, begrijpt ST niet dat uw College in randnummer 924 en 932 van het ontwerpbesluit VT concludeert dat deze markt niet effectief concurrerend zal worden binnen de reguleringsronde, en toch de retailregulering wordt afgeschaft. Uw College geeft ook niet aan op welke termijn zij verwacht dat deze markt wel concurrerend zal zijn.
18. In het oude besluit aangaande gespreksafgifte vaste telefonie, was uw College nog van mening dat asymmetrische regulering, op basis van een aantal factoren, de geschikte oplossing voor de bestaande problemen was. ST is van mening dat deze factoren ook nu nog aanwezig zijn. Uw College motiveert niet waarom deze factoren nu opeens niet meer relevant zijn en – dus – ook niet waarom asymmetrische regulering niet meer geschikt is.
19. Het tweede argument van uw College luidt dat de termijn dat asymmetrische regulering passend is, al voorbij is. Dit tweede argument is volgens uw College slechts een "aanvulling op het voorgaande argument". ST concludeert hieruit dat dit argument zelfstandig niet volstaat om de conclusie te dragen dat asymmetrische tarieven niet langer nodig zouden zijn. Toch zal ST motiveren, waarom zij ook dit argument betwist.
20. Uw College baseert haar oordeel op de Common Position van de ERG². Uit de in randnummer 382 en 376 van het ontwerpbesluit geciteerde passages volgt dat

² European Regulators Group, ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates, 28 februari 2007, ERG (07) 83 final 080312

asymmetrische tariefregulering respectievelijk een redelijke termijn en niet te lang dient te duren. Uw College motiveert niet wat hieronder verstaan dient te worden en dus ook niet waarom die termijn juist nu is verstreken. Ook miskent uw College de in randnummer 383 overgenomen conclusie dat nationale telecom autoriteiten de bepaling van de duur van de transitieperiode, onder andere, dienen te baseren op nationale omstandigheden. Uw College heeft verzuimd deze nationale omstandigheden nader uit te werken. Ook heeft uw College de diverse passages van het CP waarin omstandigheden worden besproken op basis waarvan asymmetrische regulering nog wel passend zou zijn, onderbelicht gelaten. Er lijkt sprake geweest te zijn van een doelredenering.

21. Uw College stelt ook in randnummers 377 tot en met 381 dat als te lang asymmetrische tariefregulering zou worden gehanteerd, de incentives om te innoveren verminderen en inefficiënte markttoegang plaats kan vinden, allen leidend tot vermindering van de efficiency. Daarmee miskent uw College dat ST wel efficiënt opereert en investeert, deze efficiënte bedrijfsvoering is slechts nog niet afdoende gebleken om de objectieve en endogene kostenvoordelen, ontstaan door onder andere de besproken incumbency en schaalvoordelen, van KPN te compenseren. Dit heeft meer tijd nodig. De nu nog bestaande achterstand op KPN heeft dus te maken met een gebrek aan tijd om de achterstand weg te werken en niet met inefficiëntie. Bovendien vergeet uw College dat ST altijd, dus ook bij het van toepassing zijn van asymmetrische regulering, incentives heeft om efficiënt te opereren, niet alleen om spoedig volledig op eigen kracht met KPN te kunnen concurreren, maar tevens om de concurrentieslag met andere nieuwkomers die nu ook 'profiteren' van de asymmetrische regulering te winnen.
22. Mede op grond van een uitspraak van het CBB is uw College gehouden rekening te houden met individuele omstandigheden van operators. Anders dan dat uw College aangeeft in randnummer 397, is ST van mening dat uw College dit niet op een juiste wijze gedaan heeft. In tegenstelling tot bij de vaststelling van het oude besluit aangaande gespreksafgifte vaste telefonie, is ST niet meer gelieerd aan KPN. ST is nu dus een zeer kleine zelfstandige partij, die slechts aan een zeer beperkte hoeveelheid klanten binnen een zeer klein regionaal gebied, zijnde de Schiphol-terreinen, en met beperkte financiële slagkracht opereert. Dit betekent dat ST zich in een unieke positie bevindt en niet in staat is om op enige wijze de mededinging te beperken of marktmacht te weerstaan. Zoals genoemd in randnummer 5, zijn alle daar genoemde criteria wel degelijk relevant. Bijvoorbeeld beschikken alle partijen over een verschillende mate van schaalvoordelen en een verschillend productaanbod. Zo ligt bij ST de verhouding tussen uitgaand en inkomend verkeer anders dan bij andere partijen. OPTA had dit moeten onderzoeken.
23. In het voorgaande heeft ST aangetoond dat de huidige en voorziene concurrentie op de retailmarkten nog niet zodanig is dat asymmetrische regulering van afgiftetarieven niet

langer geschikt en noodzakelijk is en bovendien aangetoond dat de termijn dat asymmetrische regulering passend is nog niet is verstreken.

VII. Glijpad

24. ST wordt hard getroffen door de nu voorgestelde tariefmaatregel, met name door het afschaffen van de beginselen van vertraagde reciprociteit. Het FTA tarief van ST zal aanzienlijk moeten zakken. Zeker omdat de FTA tarieven een belangrijke bron van inkomsten zijn voor ST, zal deze maatregel een ernstig verstorend effect hebben op de concurrentie op de vaste retailmarkt. ST zal haar marktstrategie moeten aanpassen en daar zou zij voldoende tijd voor moeten krijgen, onder meer om rekening te houden met langlopende retail contracten. Al deze argumenten zijn voor OPTA eerder voldoende reden geweest om een opgelegde tariefmaatregel te combineren met een glijpad. Ten aanzien van mobiele gespreksafgifte is een glijpad opgelegd van ruim twee jaar om te komen tot een reductie van het terminating tarief die vergelijkbaar is met de korting die OPTA nu wil opleggen.³ Het is voor ST dan ook onbegrijpelijk en onacceptabel dat OPTA in dit ontwerpbesluit geen glijpad heeft opgenomen.

VIII. Effectentoefts

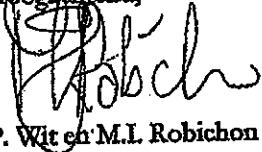
25. ST betwist ook dat de door uw college uitgevoerde effectentoefts van de op te leggen verplichtingen juist is uitgevoerd. Uw College heeft namelijk nagelaten om zorgvuldig te analyseren of de effecten van de voorgestelde verplichtingen het opleggen daarvan rechtvaardigen. De reguleringskosten zijn gebaseerd op een verouderd onderzoek van Oxera uit 2004, waarin geen rekening is gehouden met de samenhang met de welvaartseffecten die voortvloeien uit de marktanalyse mobiele gespreksafgifte of met de welvaartseffecten die het gevolg zijn van het intrekken van bestaande verplichtingen op de markt voor vaste telefonie en de markt voor gespreksdoorgifte. Ook heeft uw College geen oog voor de concrete derving van inkomsten voor ST indien het ontwerpbesluit ongewijzigd in stand blijft. Slechts KPN lijkt te profiteren van de voorgestelde wijzigingen en daar is geen rechtvaardigingsgrond voor.

³ Besluit inzake de wholesale markten voor gespreksafgifte op de afzonderlijke mobiele netwerken van KPN, Orange, Tele2, T-Mobile en Vodafone van 31 juli 2007 (OPTA/TN/2007/201479), randnummer 678 ev.

Conclusie

ST concludeert naar aanleiding van het voorgaande dat OPTA ten onrechte voornemens is om ST aan te wijzen als partij met AMM. In ieder geval kunnen aan ST geen verplichtingen worden opgelegd als vermeld in het dictum. Voor zover OPTA toch van mening blijft dat er sprake is van AMM, zijn de voorgestelde verplichtingen niet passend. In het geval dat OPTA vasthoudt aan de voorgestelde tariefmaatregel dient zij daarbij een glijpad te hanteren.

Hoogachtend,



P. Wit en M.L. Robichon

*** TX RAPPORT ***

VERZENDING OK

TX/RX NR 2093
TEL. AANSLUITING 00703813999
ID AANSLUITING
ST. TIJD 06/11 16:27
GEBR. T. 07'54
VERZONDEN PAGINA'S 14
RESULTAAT OK

Kennedy Van der Laan

**Per telefax: 070 - 381 39 99 en
Aangetekend m.h.r.**
College van Beroep voor het
Bedrijfsleven
Postbus 20021
2500 EA 's-Gravenhage

uw ref.

Procedurenummer: AWB 09/171

onze ref.

35600/MRO/621484

datum

6 november 2009

tel. direct (user)

(020) 5506 862

fax direct

(020) 5506 962

e-mail

Machteld.Robichon@kvdl.nl

**inzake: Aanvullend beroepschrift van Schiphol Telematics tegen besluit OPTA
van 18 december 2008 vaste gespreksafgifte OPTA/AM/2008/202723**

Geacht College,

Op verzoek van Schiphol Telematics B.V. (hierna: "ST"), zend ik u binnen de door uw College gestelde termijn die eindigt op 6 november de aanvullende gronden van beroep tegen het besluit van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: "OPTA") van 18 december 2008 met kenmerk OPTA/AM/2008/202723 inzake de Marktanalyse vaste gespreksafgifte (hierna: "bestreden besluit").

Volgens ST is OPTA ten onrechte en zonder voldoende motivering voorbij gegaan aan haar zienswijze van 25 september 2008 (productie 1) tegen het ontwerpbesluit van 15 augustus 2008. De zienswijze wordt daarom mede aan het beroep ten grondslag gelegd en dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.