



ND-5: voortbrengingswijze en retailopslag

1. Inleiding

OPTA geeft met de ND-5 toets een nadere invulling van de non-discriminatieverplichting. OPTA beoogt daarmee een level playing field te creëren op wholesale-niveau. Dit level playing field moet er voor zorgen dat efficiënte wholesaleafnemers een concurrerend aanbod kunnen doen op de downstreammarkt (vgl. randnummer 688 in het HKWBT/HL ontwerpbesluit).

BT, Colt, Easynet, Esprit Telecom, Eurofiber, Tele2, Verizon, Vodafone en Ziggo (hierna gezamenlijk te noemen: 'de alternatieve zakelijke aanbieders') menen dat de voorgestelde toets niet bijdraagt aan het beoogde level playing field. Deze aanbieders komen in deze gemeenschappelijke zienswijze op tegen de volgende twee onderdelen in de voorgestelde ND-5 toets:

- a. de keuze van OPTA voor de voortbrengingswijze van KPN, en
- b. de hoogte en de wijze van berekening van de retailopslag.

Beide onderdelen worden hierna achtereenvolgens besproken.

2. De voortbrengingswijze

Het ontwerpbesluit HKWBT/HL bepaalt in randnummer 693 dat bij de beoordeling van de prijstechnische repliceerbaarheid dient te worden uitgegaan van de wijze waarop KPN de diensten voortbrengt en niet van de voortbrengingswijze van de (grootste) efficiënte concurrent.

Deze keuze is onvoldoende gemotiveerd en is bovendien onjuist. OPTA rept met geen woord over het bestaan van de REO-test, die door de Europese Commissie is aanbevolen¹, met name voor nieuwe diensten (waarvan hier sprake is). De alternatieve zakelijke aanbieders hebben deze variant, die ook in de jurisprudentie² steun vindt, bij herhaling bepleit. OPTA motiveert in het geheel niet waarom hij niettemin voorbij gaat aan het bestaan van de REO-test.

De NGA Recommendation bepaalt in dit verband het volgende (overweging 26):

Margin squeeze kan worden bewezen door aan te tonen dat de eigen downstreamverrichtingen van de SMP-exploitant geen winst kunnen maken op basis van de upstreamprijs die aan de concurrenten wordt aangerekend door de upstreamafdeling van de SMP-exploitant („even efficiënte concurrent”-test). Een margin squeeze kan ook worden bewezen door aan te tonen dat de marge tussen de prijs die aan concurrenten in de upstreammarkt voor de toegang wordt aangerekend, en de prijs die de downstreamafdeling van de SMP-exploitant in de downstreammarkt aanrekent, ontoereikend is om een redelijk efficiënte dienstverlener in de downstreammarkt in staat te stellen een normale winst te boeken („redelijk effectieve concurrent”-test). In de specifieke context van prijscontroles ex ante die gericht zijn op het handhaven van de effectieve concurrentie tussen exploitanten die niet profiteren van schaal- en toepassingsvoordelen en die verschillende eenheidsnetwerkkosten hebben, zal een „redelijk effectieve concurrent”-test normaal gesproken meer aangewezen zijn. Bovendien moet een margin squeeze over een langere termijn worden beoordeeld. Om de voorspelbaarheid te bevorderen, moeten de NRI's op voorhand en naar behoren de methodologie specificeren die zij zullen hanteren om de verrekeningstest, de te gebruiken parameters en de correctiemechanismen te identificeren in het geval van een margin squeeze (onderstreping toegevoegd).

De Europese Commissie deelt de voorkeur van de alternatieve zakelijke aanbieders voor de REO-test en is helder in haar keuze. OPTA kan hier niet zo maar aan voorbij gaan. Door niet uit te gaan van de REO-test vindt er geen correctie plaats voor de schaal- en breedtevoordelen waarover KPN beschikt (vgl. randnummer 470 in het HKWBT/HL ontwerpbesluit). Alternatieve aanbieders,

¹ AANBEVELING VAN DE COMMISSIE van 20 september 2010 over gereguleerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken (Voor de EER relevante tekst) (2010/572/EU)

² TeliaSonera, HvJ EU, 17 februari 2011, zaak C-52/09

die niet beschikken over dergelijke schaal- en breedtevoordelen, moeten daarom vele malen efficiënter opereren dan KPN om op retailniveau de diensten van KPN prijstechnisch te kunnen repliceren. Zij pleiten dan ook voor toepassing van de REO-test. Het grote belang van dit element in de ND-5 toets brengt met zich mee dat OPTA niet voorbij kan gaan aan het bestaan van de REO-test. OPTA kan evenmin voorbij gaan aan het feit dat de steun voor deze toetsingsvariant toeneemt, niet alleen bij de Commissie, maar ook in de jurisprudentie.

3. De retailopslag

Een tweede element in de voorgestelde ND-5 toets waar de alternatieve zakelijke aanbieders tegen opkomen betreft de hoogte van de retailopslag. Als gezegd beschikken alternatieve zakelijke aanbieders niet over de schaal- en breedtevoordelen waar KPN wel over beschikt, zodat zij vele malen efficiënter moeten opereren dan KPN om op retailniveau de diensten van KPN prijstechnisch te kunnen repliceren. De uniforme opslagpercentages waar OPTA voor kiest (een retailopslag van 1% voor zakelijke netwerk diensten en een opslag van 3% voor internettoegang) zijn te laag om bedoelde achterstand ten opzichte van KPN weg te werken. In de praktijk worden veel hogere kosten gemaakt om retailediensten (gebaseerd op HKWBT/HL) te kunnen leveren.

Retailkosten in de praktijk

Het voortbrengen van retailediensten ten behoeve van zakelijke eindgebruikers (gebaseerd op de inkoop van HKWBT/HL) is in hoge mate arbeidsintensief. In vergelijking met de consumentenmarkt worden diensten aan zakelijke eindgebruikers weliswaar in lagere volumes afgenomen, maar het vereiste serviceniveau is beduidend hoger (denk aan SLA's voor levering en onderhoud). Bovendien vereist de zakelijke markt een hogere mate van flexibiliteit en dus aandacht voor de klant. Maatwerk is eerder regel dan uitzondering. Dit geldt in het bijzonder voor het leveren en onderhouden van zakelijke netwerk diensten.

Integrale kosten

De alternatieve aanbieders menen in de eerste plaats dat het op de weg van OPTA ligt om aan te sluiten bij de wijze van berekenen van de retailopslag voor zakelijke telefonie, die inmiddels is verhoogd tot 18.6% (marktanalysebesluit Vaste Telefoon 2012). Een dergelijk percentage benadert de werkelijke kosten die zijn gemoeid met het voortbrengen van retailediensten ten behoeve van zakelijke eindgebruikers (gebaseerd op de inkoop van HKWBT/HL). Ten tweede zijn de voorgestelde retailopslagen destijds door KPN berekend op een mix van zakelijke en consumentendiensten. OPTA dient hier uiteraard uit te gaan van de integrale zakelijke retailkosten, die, zoals hiervoor is betoogd, in de regel aanzienlijk hoger zijn dan de kosten voor consumentendiensten.

Incrementele kosten

Als de keuze al zou vallen op een incrementele kostenbenadering - de alternatieve zakelijke aanbieders zijn hier geen voorstander van - dan is de uitleg in de praktijk van kostencomponent E (de met de retaildienst samenhangende incrementele retailkosten) niet juist en bovendien onwerkbaar.

De gekozen opslagpercentages doen geen recht aan de hoge kosten van de factor arbeid. Deze kosten worden in de huidige toets vrijwel geheel geëlimineerd. Het enkele gegeven dat KPN uit mag gaan van de incrementele, *direct aan de retaildienst toewijsbare kosten*, zorgt er voor dat een substantieel deel van de kosten niet wordt genomen. KPN legt dit voorschrift handig uit door aan te tonen dat (vrijwel) alle kosten gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten betreffen, die naar hun aard niet incrementeel zijn, en daarom buiten beschouwing blijven. Volgens KPN heeft het begrip incrementele kosten betrekking op een specifieke aanbieding: de retailkosten die incrementeel zijn aan de totale retailkosten door het invoeren en in de markt staan van een specifieke aanbieding³. Zodra kosten raakvlakken hebben met meerdere diensten blijven deze kosten *geheel* buiten beschouwing. KPN kwam in de retailopslag rapportage uit 2009 tot de conclusie⁴ dat de bedrijfseenheden waar primair de retail activiteiten plaatsvinden tevens aangerekende kosten bevatten voor intern geleverde diensten. Die kosten zijn dus niet incrementeel volgens KPN, en vallen buiten beschouwing in de ND-5 toets. Dit betreft volgens KPN personeelskosten die niet 'verbijzonderd' zijn. Deze kosten fluctueren volgens KPN niet met de aanbiedingen en zijn daarmee volgens KPN niet incrementeel.

KPN gaat aldus eerder uit van de marginale kosten dan van de lange termijn incrementele kosten. De marginale kosten zijn aanzienlijk lager dan de lange termijn incrementele kosten: op de korte termijn zullen arbeidskosten in beperkte mate fluctueren per eenheid product, op de langere termijn zullen ze daarentegen bijna één op één fluctueren met het volume⁵. In de praktijk geldt immers bij alle zakelijke aanbieders dat wanneer minder retail aansluitingen worden geleverd (gebaseerd op HKWBT/HL) er naar rato minder behoefte is aan personeel. Een forse afname aan leveringen van dergelijke aansluitingen vertaalt zich uiteindelijk in boventallig personeel. Gedacht kan o.m. worden aan personeel in de afdelingen sales, network monitoring, klantenservice (helpdesks), site management en levering, alsmede monteurs.

Deze kosten worden ten onrechte geheel buiten beschouwing gelaten als gevolg van een zeer enge en onjuiste interpretatie door KPN van het begrip 'incrementele kosten'. KPN kijkt niet naar de lange termijn incrementele kosten en richt zich bovendien op een heel klein increment (een specifieke aanbieding). Met deze in-

³ Vgl KPN Retailopslag rapportage 15 oktober 2009, paragraaf 2.1. pagina 5

⁴ Idem, pagina 11

⁵ Juist bij een onderneming met de grote schaal van KPN zullen de langere termijn incrementele arbeidskosten sterk moeten fluctueren met het volume.

vulling door KPN van het begrip ‘incrementele kosten’ blijft de grootste kostenpost (personeel) vrijwel volledig buiten beschouwing. Deze benadering geeft een zeer vertekend beeld van de werkelijk relevante retailkosten, die nu eenmaal gemaakt moeten worden. De ND-5 toets is daarom (ook) op dit onderdeel ontoereikend en werkt bovendien misbruik door KPN in de hand. Het enige wat KPN hoeft te doen om kosten buiten beschouwing te laten is ervoor zorgen dat deze kosten raakvlakken met meerdere retaildiensten hebben.

Het valt niet in te zien waarom kosten, die raakvlakken hebben met meerdere retaildiensten, *in het geheel* niet zouden moeten worden meegenomen in de ND-5 toets. Gezocht moet worden naar een manier waarbij deze kosten pro rato worden meegenomen, nl. voor zover deze wel toewijsbaar zijn aan de betreffende retaildienst. Voor een deel kan dit worden opgelost door de huidige invulling door KPN te vervangen door een adequate LRIC-benadering.

De door OPTA voorgestelde opslagpercentages zijn tenslotte ook te laag om OPTA's eigen doelstelling met betrekking tot ND-5 te kunnen realiseren. Wij lichten dit toe.

Doelstelling ND-5

De ND-5 doelstelling van OPTA, en de mededingingsproblemen die OPTA beoogt te vermijden zijn in het ontwerpbesluit als volgt weergegeven:

687. KPN is een verticaal geïntegreerde partij waarvan het college in hoofdstuk 6.5.3 heeft vastgesteld dat zij de mogelijkheid en de prikkel heeft om marges van concurrenten uit te hollen. KPN koopt een relatief groot deel van de wholesalebouwstenen bij zichzelf in en heeft daardoor ten opzichte van andere partijen relatief veel minder out-of-pocket kosten. Dit geeft KPN een voordeel omdat zij daardoor meer bewegingsvrijheid in haar tariefstelling heeft. Een downstreamtariefstelling op het niveau gelegen tussen de incrementele en totale (integrale) kosten geeft KPN namelijk altijd nog een dekkingsbijdrage, terwijl andere partijen dan verlies (kunnen) maken, omdat zij een groter deel van hun wholesalebouwstenen moeten inkopen bij KPN. Het gevolg van een dergelijke prijsstelling is dat de marges van andere partijen die diensten inkopen van KPN worden uitgehold.

688. De non-discriminatieverplichting is bedoeld om voornoemde problemen te voorkomen en een level playing field te creëren op wholesale-niveau, zodat efficiënte wholesaleafnemers een concurrerend aanbod op de downstreammarkt kunnen doen. Uit het bovenstaande volgt dat een wholesale tariefplafond alleen niet voldoende is om te voorkomen dat KPN dit level playing field kan verstoren door gebruik te maken van haar voordelen als verticaal geïntegreerde aanbieder.

689. Indien KPN's downstreamdiensten (dat kan een retaildienst of een wholesaledienst zijn) te allen tijde en overal (dus onafhankelijk van de locatie van de betreffende aanbieder of levering) prijstechnisch replaceerbaar zijn, wordt een level playing field gecreëerd. (...) (Onderstrepingen toegevoegd.)

De door OPTA voorgestelde opslagpercentages kunnen niet voorkomen dat KPN uitkomt op een downstreamtariefstelling op het niveau gelegen tussen de incrementele en totale (integrale) kosten, waarbij KPN nog een dekkingsbijdrage heeft, terwijl de alternatieve zakelijke aanbieders dan verlies (kunnen) maken. Hiermee schiet OPTA zijn eigen doel voorbij.

4. Conclusie

De alternatieve zakelijke aanbieders menen dat OPTA ten onrechte, ongemotiveerd heeft gekozen voor de EEO-test, en dat OPTA in plaats daarvan zou moeten kiezen voor de REO-test. Zij menen bovendien dat de ND-5 toets uit zou moeten gaan van de integrale (zakelijke)retailkosten. Hier kan een vergelijking worden gemaakt met de retailopslag berekening zoals gehanteerd in het marktanalysebesluit Vaste Telefonie. Indien daarentegen wordt uitgegaan van de incrementele retailkosten is de voorgestelde aanpak volstrekt ontoereikend, als gevolg van de enge en onjuiste interpretatie van het begrip 'incrementele kosten' door KPN. Een adequate ND-5 toets houdt minimaal rekening met alle direct toewijsbare retailkosten van de dienst. OPTA dient dan ook onderzoek te doen naar de hoogte van een doeltreffend percentage. OPTA en KPN beschikken over ruime ervaring met betrekking tot kostentoerekening, zodat een werkbare oplossing moet kunnen worden gevonden. Het is redelijk indien OPTA de door KPN aangeleverde gegevens toetst aan een bottom-up model, waarbij met name wordt gekeken naar het aantal fte dat op retailniveau gemoeid is met een bepaalde propositie.

De alternatieve zakelijke aanbieders menen dat het bovenstaande voldoende aanleiding is voor nader onderzoek dat moet leiden tot het wegnemen van de zorgen met betrekking tot de zeer lage retailopslag percentages. Deze zorgen klemmen temeer nu als gevolg van de gewijzigde invulling van de ND-5 wholesale-wholesale toets de tarieven voor actieve wholesalediensten mogelijk (fors) kunnen stijgen. Mocht dit scenario zich voordoen, dan leidt een te lage retailopslag ertoe dat KPN retail nog meer mogelijkheden krijgt om de marges van haar concurrenten uit te hollen. Dit gevaar en deze zorgen van marktpartijen kan OPTA niet langer negeren.