

Beleidsregels inzake gedragsregel 5



Beleidsregels
OPTA/AM/2009/201145
27 mei 2009

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	2
1.1	Aanleiding	2
1.2	Proces	3
2	Gedragsregel 5.....	3
2.1	Gedragsregel 5 in de marktanalysebesluiten	3
2.2	Beleidsregels gedragsregel 5.....	4
3	Motivering beleidsregels	7
3.1	Dienstdefinitie.....	7
3.2	Voortbrengingswijze	7
3.3	Terugverdiendtijd incentives en eenmalige kosten.....	8
3.4	Kosten gereguleerde wholesalediensten.....	9
3.5	Kosten ongereguleerde wholesalediensten.....	11
3.6	Incrementele retailopslag	13
3.7	Correctiemaatregel.....	14
Annex A	Voorbeeld.....	16
Annex B	Nota van Bevindingen	17
1	Inleiding.....	17
2	Beleidsregel 1: terugverdiendtijd	17
3	Beleidsregel 2: kosten gereguleerde wholesalediensten	19
4	Beleidsregel 3: kosten ongereguleerde wholesalediensten.....	20
5	Beleidsregel 4: incrementele retailopslag	22
6	Beleidsregel 5: correctiemaatregel	23
7	Algemene opmerkingen	25
Annex C	Inkooprecepten KPN.....	28

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

1. Op 19 december 2008 heeft het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) verschillende marktanalysebesluiten gepubliceerd die op 1 januari 2009 in werking zijn getreden. Het betreft hier de volgende besluiten (hierna samen: de marktanalysebesluiten)¹:

- Marktanalysebesluit vaste telefonie (kenmerk: OPTA/AM/2009/202721);
- Marktanalysebesluit huurlijnen (kenmerk: OPTA/AM/2009/202714);
- Marktanalysebesluit wholesale breedbandtoegang (kenmerk: OPTA/AM/2009/202717);
- Marktanalysebesluit ontbundelde toegang (kenmerk: OPTA/AM/2009/202719).

2. In deze marktanalysebesluiten is aan Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen (hierna: KPN) op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.8 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) een verplichting tot non-discriminatie opgelegd. Als onderdeel van deze verplichting heeft het college gedragsregel 5 opgelegd. In de besluiten heeft het college een toelichting en nadere operationalisering van gedragsregel 5 opgenomen. Tevens is gedragsregel 5 opgenomen in de Beleidsregels tariefregulering ontbundelde glastoegang², welke door het college op 19 december 2008 zijn gepubliceerd.

3. In het marktanalysebesluit wholesale breedbandtoegang (hierna: WBT-besluit) heeft het college naar aanleiding van de opmerkingen van de Europese Commissie aangegeven in aanvullende beleidsregels de volgende onderwerpen uit te werken: verdere precisering van de kostenberekeningen van een prijstechnisch repliceerbare downstreamdienst en een verdere uitwerking van correctiemaatregelen in geval een downstreamdienst niet prijstechnisch repliceerbaar is. De onderhavige beleidsregels geven deze precisering en uitwerking.

¹ Het college merkt op dat hij in de verwijzing naar passages uit de verschillende marktanalysebesluiten steeds zal verwijzen naar de relevante passage uit het marktanalysebesluit vaste telefonie (hierna: VT-besluit).

² Kenmerk: OPTA/AM/2008/202874.

1.2 Proces

4. Op 30 januari 2009³ heeft het college marktpartijen geïnformeerd over de implementatietrajecten die naar aanleiding van de marktanalysebesluiten zijn gestart, waaronder het opstellen van de beleidsregels inzake gedragsregel 5.
5. Op 18 februari 2009 heeft het college aan marktpartijen een vragenbrief⁴ gestuurd. Op 9 maart 2009 heeft het college van de Associatie van Competitieve Telecomoperators (hierna: ACT), Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN), Vodafone Netherlands (hierna: Vodafone), Scarlet Telecom B.V. (hierna: Scarlet), Atlantic Telecom (hierna: Atlantic) en Tele2, Atlantic en Pretium (hierna gezamenlijk: TAP) een reactie ontvangen.
6. Het college heeft tevens gesprekken gevoerd met marktpartijen voor het leveren van input op de beleidsregels. Zo hebben gesprekken plaatsgevonden met KPN, ACT, Vodafone en TAP.
7. Op 31 maart 2009 heeft het college de ontwerpbeleidsregels ter nationale consultatie gedurende 4 weken voorgelegd aan alle marktpartijen. Op 28 april 2009 heeft het college de zienswijzen van partijen ontvangen. Voor een overzicht van de naar voren gebrachte zienswijzen en de beoordeling hiervan verwijst het college naar de in Annex C opgenomen Nota van Bevindingen.

2 Gedragsregel 5

8. In paragraaf 2.1 geeft het college de uitgangspunten weer, zoals die zijn opgenomen in de marktanalysebesluiten. In paragraaf 2.2 licht het college toe hoe een downstreamdienst aan gedragsregel 5 getoetst dient te worden. Een deel daarvan zal nader gepreciseerd en uitgewerkt worden in de daarna volgende hoofdstukken.

2.1 Gedragsregel 5 in de marktanalysebesluiten

9. Gedragsregel 5 luidt als volgt⁵:

“5. Tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream-bedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-utholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.”

³ Kenmerk: OPTA/AM/2009/200161.

⁴ Kenmerk: OPTA/AM/2009/200353.

⁵ Zie randnummer 770 VT-besluit.

10. De toelichting en operationalisering in de marktanalysebesluiten geven een uitwerking, die als volgt kan worden samengevat.

11. Iedere downstreamdienst dient uit hoofde van gedragsregel 5 prijstechnisch repliceerbaar te zijn. Er is dus sprake van een toets op dienstniveau.

12. Bij de beoordeling van de repliceerbaarheid van diensten dient te worden uitgegaan van de wijze waarop KPN de diensten voortbrengt en niet de voortbrengingswijze van de (grootste) efficiënte concurrent.⁶

13. Voor iedere dienst geldt dat de downstreamtariefstelling van KPN in ieder geval de volgende kosten dient te dekken om te kunnen spreken van een prijstechnisch repliceerbare downstreamdienst⁷:

- de inkoopkosten van gereguleerde wholesalediensten gebaseerd op de (non-discriminatoire) tarieven uit het referentieaanbod;
- de lange termijn incrementele kosten voor de ongereguleerde wholesalediensten;
- in het geval het gaat om een downstream retaildienst dienen daar nog de met de retaildienst samenhangende incrementele retailkosten aan te worden toegevoegd.

14. KPN dient haar downstreamdiensten zelf te toetsen aan gedragsregel 5 en het college desgevraagd inzicht te geven in de resultaten van een dergelijke toets.⁸

15. In het geval een downstreamdienst niet prijstechnisch repliceerbaar is, dient KPN de overtreding te beëindigen door de wholesaletarieven van gereguleerde diensten voor andere partijen te verlagen.

2.2 Beleidsregels gedragsregel 5

16. In deze paragraaf loopt het college de verschillende elementen van de toets aan gedragsregel 5 door en geeft het college de beleidsregels weer (omkaderd). In hoofdstuk 3 wordt de motivering en toelichting op deze beleidsregels gegeven.

Dienstdefinitie

17. Het startpunt is een downstreamdienst van KPN. Dit kan een wholesaledienst of een retaildienst zijn. In paragraaf 3.1 geeft het college aan dat de dienstdefinitie die is opgenomen in het VT-besluit ook wordt toegepast in de andere markten. Tevens geeft het college aan welke definitie hij toepast in geval van wholesalediensten.

⁶ Zie randnummer 773 VT-besluit.

⁷ Zie randnummer 774 VT-besluit en randnummer 364 t/m 368 Nota van Bevindingen VT-besluit.

⁸ Zie randnummer 367 Nota van Bevindingen VT-besluit.

18. De definities van dienst en bundel, zoals opgenomen in het VT-besluit, worden toegepast op alle marktanalysebesluiten.

Voortbrengingswijze

19. De toets is een vergelijking van het tarief van een downstreamdienst met de inkoopkosten van deze dienst. Het uitgangspunt daarbij is de voortbrengingswijze van deze dienst door KPN. In paragraaf 3.2 maakt het college inzichtelijk welke elementen onderdeel uitmaken van deze voortbrengingswijze. Het resultaat is een inkooprecept voor een downstreamdienst.

Terugverdiëntijd incentives en eenmalige kosten

20. Vervolgens dient het tarief van de downstreamdienst te worden bepaald. In de praktijk bestaat het tarief vaak uit maandelijkse tariefelementen, verbruikstarieven en eenmalige tarieven en incentives. Voor deze eenmalige tarieven en incentives geeft het college aan dat daarvoor een verrekening dient plaats te vinden middels een redelijke terugverdiëntijd (paragraaf 3.3).

Beleidsregel 1

Het college acht een uniforme periode van 3 jaar een redelijke terugverdiëntijd voor eenmalige tarieven en incentives van downstreamdiensten.

Kosten gereguleerde wholesalediensten

21. Vervolgens dienen de inkoopkosten van het inkooprecept bepaald te worden. De kosten van de downstreamdienst bestaan uit de kosten voor de gereguleerde wholesalediensten plus de kosten voor de ongereguleerde wholesalediensten plus eventueel de incrementele retailkosten.

22. De gereguleerde tarieven zijn opgenomen in het referentieaanbod van KPN en bestaan veelal uit maandelijkse tariefelementen, verbruikstarieven en eenmalige wholesaletarieven, welke net als bij het tarief van de downstreamdienst verrekend mogen worden middels een redelijke terugverdiëntijd (paragraaf 3.4). Daarnaast geeft het college aan hoe moet worden omgegaan met gereguleerde wholesalediensten waarvoor geen verplichting tot het voeren van een referentieaanbod of geen non-discriminatieverplichting geldt.

Beleidsregel 2

KPN dient in het geval van FTA-tarieven de tarieven van andere aanbieders die uit de transparantieplichting volgen, mee te nemen (dit geldt ook voor MTA-tarieven). Daarnaast dient KPN voor on-net verkeer het gemiddelde externe FTA-tarief te hanteren in de toets aan gedragsregel 5.

Het college acht de redelijke terugverdiëntijd uit beleidsregel 1 ook van toepassing op eenmalige tarieven en incentives van ingekochte gereguleerde wholesalediensten.

Kosten ongereguleerde wholesalediensten

23. In paragraaf 3.5 geeft het college aan hoe de lange termijn incrementele kosten van ongereguleerde wholesalediensten dienen te worden vastgesteld.

Beleidsregel 3

De ongereguleerde wholesalediensten dienen tegen pure lange termijn incrementele kosten te worden opgenomen. Deze kosten worden benaderd door de som van directe en indirecte kosten, inclusief redelijk rendement, uit het EDC-systeem.

Incrementele retailopslag

24. Voor de incrementele retailkosten geeft het college aan dat KPN daarvoor een onderbouwde uniforme retailopslag mag hanteren als praktische vereenvoudiging (paragraaf 3.6).

Beleidsregel 4

KPN kan het college een voorstel doen om te komen tot een praktische vereenvoudiging middels een uniforme of gedifferentieerde retailopslag. KPN dient dan de door haar voorgestelde retailopslag met een accountantsverklaring te onderbouwen.

Zolang KPN geen voorstel heeft gedaan, dient zij uit te gaan van de werkelijke incrementele kosten per retaildienst.

Correctiemaatregel

25. Het downstreamtarief dient hoger te zijn dan de kosten van de downstreamdienst. Indien dit niet het geval is, dient KPN het wholesaletarief te corrigeren. In hoofdstuk 3.7 geeft het college aan hoe deze correctie werkt.

Beleidsregel 5

KPN dient nieuwe diensten die niet in overeenstemming zijn met gedragsregel 5 te corrigeren vanaf het moment van de start van de overtreding van gedragsregel 5.

Voor de correctie van bestaande diensten die thans niet aan gedragsregel 5 voldoen, kan het college KPN, rekeninghoudend met de omstandigheden van het geval, een redelijke overgangstermijn gunnen.

26. In het volgende hoofdstuk worden bovengenoemde beleidsregels nader toegelicht. In annex A is een fictief voorbeeld opgenomen.

3 Motivering beleidsregels

3.1 Dienstdefinitie

27. In het VT-besluit is de volgende definitie voor dienst opgenomen⁹:

“...de aanbieding die door KPN aan een eindgebruiker wordt gedaan of reeds door een eindgebruiker wordt afgenomen. Diensten onderscheiden zich van elkaar indien deze de eindgebruiker een andere toegevoegde waarde bieden. De toegevoegde waarde wordt daarbij bepaald door functionaliteit, prijs, tariefstructuur, kwaliteit¹⁰ en/ of leveringsvoorwaarden.¹¹ Bij een aanbieding met verschillende keuzemogelijkheden (bijvoorbeeld zelfselectieschema's) is iedere combinatie van keuzes een aparte dienst.”

28. In het VT-besluit is de volgende definitie voor bundel opgenomen¹²:

“Onder het begrip “bundel” wordt verstaan een gecombineerd aanbod van diensten of een gecombineerde afname van diensten. Niet iedere dienst is een bundel, maar elke bundel is wel een dienst.”

29. Voor zover het dienstbegrip van toepassing is op wholesalediensten, past het college de volgende definitie toe:

“...de aanbieding die door KPN aan een wholesale afnemer wordt gedaan of reeds door een wholesale afnemer wordt afgenomen. Diensten onderscheiden zich van elkaar indien deze de wholesale afnemer een andere toegevoegde waarde bieden. De toegevoegde waarde wordt daarbij bepaald door functionaliteit, prijs, tariefstructuur, kwaliteit en/ of leveringsvoorwaarden. Bij een aanbieding met verschillende keuzemogelijkheden (bijvoorbeeld zelfselectieschema's) is iedere combinatie van keuzes een aparte dienst.”

30. Bovenstaande definities van dienst en bundel past het college toe op alle marktanalysebesluiten.

3.2 Voortbrengingswijze

31. Voor de voortbrengingswijze van diensten gaat het college uit van de wijze waarop KPN de diensten voortbrengt. De voortbrengingswijze omvat alle elementen die nodig zijn om de dienst voort te brengen. Het gaat dan om alle netwerkelementen en netwerkapparatuur die nodig zijn voor het

⁹ Zie randnummer 214 van het VT-besluit.

¹⁰ Bijvoorbeeld service of storingsbehandeling.

¹¹ Bijvoorbeeld contractsduur of opzegmogelijkheden.

¹² Zie randnummer 215 van het VT-besluit.

leveren van de dienst. Ook horen daar de meegeleverde producten bij, zoals modems en de installatie door een monteur. Daarnaast horen ook eenmalige elementen tot het inkooprecept zoals het aansluiten van een nieuwe lijn of een nummERMigratie.

32. In annex B is een overzicht opgenomen van inkooprecepten voor een selectie van diensten, zoals KPN dat heeft opgeleverd. Dat overzicht is niet in alle gevallen compleet. Zo zijn niet altijd de meegeleverde producten opgenomen. KPN dient deze inkooprecepten in lijn te brengen met het besluit.

3.3 Terugverdientijd incentives en eenmalige kosten

33. Het tarief van een dienst bestaat vaak uit maandelijkse tarieven, verbruiksgerelateerde tarieven en eenmalige tarieven. Daarnaast worden vaak nog *incentives* gegeven.¹³ Deze dienen allemaal verdisconteerd te worden om te komen tot een tarief van de dienst. Het is gangbaar om te komen tot een tarief per maand.

34. Naar oordeel van het college dient KPN incentives en eenmalige kosten te verdisconteren over een redelijke terugverdientijd. Het college verstaat onder een redelijke terugverdientijd de periode die een aanbieder in zijn businesscase hanteert waarbinnen de kosten voor een eindgebruiker gemiddeld gesproken moeten zijn terugverdiend. Het college verstaat hieronder niet de minimale contractduur of de werkelijke verblijfsduur van een klant bij een dienst, zoals enkele marktpartijen hebben aangegeven in hun reactie op de vragenbrief van het college van 18 februari 2009. Naar de mening van het college geeft de businesscase beter de economische overwegingen weer voor het bepalen van de hoogte van een incentive dan de minimale contractduur of de werkelijke verblijfsduur.

35. Bij de vaststelling van deze redelijke terugverdientijd heeft het college rekening gehouden met een aantal aspecten. Allereerst heeft KPN aangegeven dat gedifferentieerd dient te worden tussen markten, maar niet per dienst. De ACT-partijen hebben aangegeven dat volgens haar de terugverdientijd kan verschillen per dienst en per klantgroep. Verder geven de ACT-partijen, TAP en Scarlet aan dat incentives dienen te worden verrekenend over een zeer korte periode. KPN geeft de voorkeur aan een terugverdientijd van 7 jaar voor de aansluiting en 3 tot 5 jaar voor retail of wholesale downstream meegeleverde diensten bij de aansluiting. Vodafone vindt een termijn van 3 jaar redelijk.

36. Het college geeft om praktische redenen de voorkeur aan één vaste terugverdientijd. Het college wenst hierbij zo goed mogelijk aan te sluiten bij wat in de markt gebruikelijk is, ook met het oog op de toenemende mate van bundeling. Bij de vaststelling van de terugverdientijd heeft het college het volgende in overweging genomen.

¹³ Denk hierbij bijvoorbeeld aan eenmalige kortingen, cashbacks, cadeautjes, mee te leveren producten, volume kortingen, dealerincentives en disconnectiekosten.

37. In de beleidsregels uit 2006¹⁴ ging het college uit van een terugverdientijd van 3 jaar voor de retailmarkten voor vaste telefonie. Ten aanzien van de markten voor vaste telefonie overweegt het college het volgende. Enerzijds is de concurrentie op met name de consumentenmarkten enigszins toegenomen, hetgeen veelal impliceert dat de churn op deze markten hoger is geworden. Dit geldt ook voor de vaste telefonie-aansluitingen. Dit zou kunnen duiden op het hanteren van een kortere terugverdienperiode dan voorheen. Anderzijds neemt echter de bundeling van diensten steeds meer toe, wat naar oordeel van het college kan resulteren in een afnemende churn.

38. Het college ziet daarom geen reden om de terugverdientijd van 3 jaar voor vaste telefonie aan te passen. De retailmarkten voor breedbandinternet, huurlijnen en datacommunicatiediensten kennen weliswaar een iets andere dynamiek maar wijken naar het oordeel van het college in de mate van concurrentie niet dermate af dat een afwijkende terugverdientijd gerechtvaardigd zou zijn .

39. Het migratietempo op de wholesalemarkten volgt volgens KPN veelal het migratietempo op de retailmarkten. Het college deelt deze opvatting en ziet daarin voldoende reden om te komen tot een gelijke terugverdientijd op zowel de retail- als de wholesalemarkten.

Conclusie: het college acht een uniforme terugverdienperiode van 3 jaar redelijk voor eenmalige tarieven en incentives van downstreamdiensten.
--

3.4 Kosten gereguleerde wholesalediensten

40. Bij de toets van een downstreamdienst aan gedragsregel 5 dient KPN de inkoopkosten goed te maken, gebaseerd op de tarieven uit het referentieaanbod.¹⁵ Het college staat allereerst stil bij welk tarief in het geval van een non-discriminair referentieaanbod gebruikt dient te worden. Daarna geeft het college aan hoe om te gaan met de situatie waarin een verplichting tot het publiceren van een referentieaanbod ontbreekt of de non-discriminatieverplichting niet geldt.

41. De inkoopkosten van de gereguleerde wholesalediensten dienen gebaseerd te worden op de tarieven uit het referentieaanbod. Hierbij zal, zoals gezegd, worden uitgegaan van de voortbrengingswijze van KPN. De inkoopkosten zijn zodoende gelijk aan de tarieven waarvoor KPN, conform het referentieaanbod, in aanmerking komt. Dat kunnen dus ook tarieven zijn waarop een volumekorting wordt gegeven. Deze vorm van tariefdifferentiatie moet echter wel voldoen aan de hierop van toepassing zijnde non-discriminatieverplichting en de bijbehorende gedragsregels. KPN mag zichzelf bijvoorbeeld geen volumekortingen geven indien hiervoor alleen KPN's retailbedrijf redelijkerwijs in aanmerking komt.¹⁶ Die vorm van tariefdifferentiatie is gebaseerd op een te kleine

¹⁴ Beleidsregels inzake de ondergrenstariefregulering van KPN's eindgebruikerstarieven, OPTA/TN/2006/200162, 27 januari 2006.

¹⁵ Zie randnummer 774 VT-besluit.

¹⁶ Zie voetnoot 271 VT-besluit.

groep afnemers, hetgeen in strijd is met gedragsregel 3, welke is opgenomen in de verschillende marktanalysebesluiten.

42. In het geval er bij gereguleerde diensten geen verplichting tot het publiceren van een referentieaanbod is opgelegd, maar wel een generieke transparantieplichting, dient KPN het tarief dat volgt uit deze generieke transparantieplichting op te nemen in de toets aan gedragsregel 5. Zo dient KPN in het geval van FTA-tarieven de tarieven van andere aanbieders die uit de transparantieplichting volgen, mee te nemen. Ditzelfde geldt voor de MTA-tarieven.

43. Wanneer er op de gereguleerde dienst geen non-discrimatieplichting rust, bijvoorbeeld bij de regulering van FTA, is het voor KPN toegestaan om de tarieven per afnemer te differentiëren. Het uitgangspunt bij het opheffen van de non-discrimatieplichting bij FTA was dat het risico op marge-utholling door de aanwezige verplichtingen reeds voldoende zal worden geredieerd.¹⁷ Hierdoor was het opleggen van een non-discrimatieplichting niet passend. Verder zal er zodoende de mogelijkheid worden gecreëerd om een systeem van Bill-and-Keep te hanteren wat de efficiëntie zou kunnen bevorderen. Zo worden bijvoorbeeld wederzijdse factureringskosten vermeden.¹⁸

44. Voor het bepalen van de inkoopkosten wat betreft on-net verkeer is het downstreambedrijf van KPN één van de afnemers en koopt in dat geval (virtueel) FTA in bij KPN's wholesalebedrijf. Redenerend vanuit het (virtuele) inkoopmodel zal KPN's wholesalebedrijf – dat daarbij geacht wordt zich als een zelfstandig bedrijf te gedragen – daarvoor naar verwachting een tarief rekenen dat haar in staat stelt om haar kosten terug te verdienen. Bovendien hielden de redenen om de non-discrimatieplichting op te heffen geen verband met een intern nultarief van KPN waarmee zij gedragsregel 5 op andere markten kan ontduiken. Dit is te meer van belang, omdat het college expliciet naar gedragsregel 5 verwijst als remedie voor marge-utholling.¹⁹ KPN dient voor on-net verkeer het gemiddelde externe FTA-tarief te hanteren in de toets aan gedragsregel 5.

Conclusie: KPN dient in het geval van FTA-tarieven de tarieven van andere aanbieders die uit de transparantieplichting volgen, mee te nemen (dit geldt ook voor MTA-tarieven). Daarnaast dient KPN voor on-net verkeer het gemiddelde externe FTA-tarief te hanteren in de toets aan gedragsregel 5.

Het college acht de redelijke terugverdientijd uit beleidsregel 1 ook van toepassing op eenmalige tarieven en incentives van ingekochte gereguleerde wholesalediensten.

¹⁷ Zie randnummer 448 FTA-besluit.

¹⁸ Zie randnummer 338 FTA-besluit.

¹⁹ Zie randnummer 445 VT-besluit.

3.5 Kosten ongereguleerde wholesalediensten

45. In de marktanalysebesluiten heeft het college geoordeeld dat indien een downstreamdienst is opgebouwd uit ongereguleerde wholesalediensten, de lange termijn incrementele kosten (hierna: LRIC) van deze wholesalediensten in de toets aan gedragsregel 5 dienen te worden opgenomen.

46. In de toelichting op gedragsregel 5 in de marktanalysebesluiten²⁰ heeft het college besloten dat bij het bepalen van de repliceerbaarheid van een downstreamdienst uitgegaan moet worden van de voortbrengingswijze van KPN. Dit houdt in dat het college kiest voor een top-down methodiek voor het vaststellen van LRIC, waarbij de werkelijke kosten van KPN het uitgangspunt zijn.

47. Onder lange termijn incrementele kosten van een wholesaledienst verstaat het college de extra kosten die KPN op lange termijn moet maken om deze dienst aan te kunnen bieden, aannemende dat het aanbod en de hoeveelheid van alle andere diensten gelijk blijven. Lange termijn geeft aan dat bepaalde kosten die op korte termijn niet veranderen als een bepaalde dienst niet meer wordt geleverd, op lange termijn wel incrementeel kunnen zijn. Als een dienst niet meer geleverd wordt, kunnen bijvoorbeeld bepaalde netwerkelementen op den duur worden vervangen door goedkopere varianten met een lagere capaciteit, of helemaal worden weggelaten.

48. In de toezichtpraktijk wordt LRIC vaak zo ingevuld dat naast de incrementele kosten in de strikte zin (ook wel pure LRIC genoemd) ook een opslag meegenomen wordt voor kosten die ten behoeve van meerdere diensten samen worden gemaakt, dat wil zeggen de gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten.²¹ Als de totale kosten van het gereguleerde bedrijf op deze manier aan individuele diensten worden toegerekend, wordt er over volledig gealloceerde kosten (*Fully Allocated Costs*, FAC) gesproken.

49. Het in de retailprijs opnemen van pure lange termijn incrementele kosten van ongereguleerde wholesalediensten zorgt ervoor dat de desbetreffende retaildienst repliceerbaar is voor die concurrenten die vergelijkbare wholesalediensten kunnen leveren tegen dezelfde of lagere extra kosten dan KPN. Omdat de markten voor ongereguleerde wholesalediensten voldoende concurrerend zijn, wordt er daarmee voldoende ruimte geschapen voor efficiënte toetreding.

50. Het verplicht opnemen van gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten zou daarentegen ertoe kunnen leiden dat ook minder efficiënte concurrenten, dat wil zeggen concurrenten wiens pure lange termijn incrementele kosten hoger zijn dan die van KPN, aangemoedigd worden om toe te treden. Bovendien leidt een hogere ondergrens voor retailprijzen waarschijnlijk ook daadwerkelijk tot hogere prijzen, wat nadelig voor eindgebruikers zou zijn.

51. Het college concludeert dat het wenselijk is om de ongereguleerde wholesalediensten tegen pure lange termijn incrementele kosten, dus zonder opslag voor gezamenlijke en gemeenschappelijke

²⁰ Zie randnummer 772 t/m 775 VT-besluit.

²¹ Principles of implementation and best practice regarding FL-LRIC cost modeling as decided by the Independent Regulators Group, 24 November 2000.

kosten zoals het bij FAC het geval is, op te nemen in de toets aan gedragsregel 5. Hieronder werkt het college uit hoe het concept 'pure lange termijn incrementele kosten' praktisch ingevuld dient te worden.

52. Het bestaande EDC-systeem van KPN omvat geen categorie 'pure lange termijn incrementele kosten'. Uit praktische overwegingen wil het college echter KPN niet verplichten om een nieuw kostensysteem op te zetten, waarin deze kosten expliciet onderscheiden zouden worden. Het college is van oordeel dat het EDC-systeem genoeg houvast biedt voor een inschatting van pure lange termijn incrementele kosten en dat het onzeker is of het met een ander toerekeningsysteem beter zou kunnen.

53. Het EDC-systeem onderscheidt de volgende categorieën van wholesalekosten:²² direct en indirect toewijsbare kosten, gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten.

Direct en indirect toewijsbare kosten

54. Voor sommige diensten is het mogelijk om kosten aan te wijzen die rechtstreeks door de desbetreffende dienst veroorzaakt worden. Het gaat veelal om éénmalige diensten, zoals aanpassingen in het netwerk die noodzakelijk zijn om een andere dienst te kunnen leveren. Deze kosten kunnen zonder twijfel als incrementeel omschreven worden, ook op korte termijn.

55. Voor andere diensten, veelal continue diensten, zoals het constant beschikbaar stellen van een bepaalde netwerkcapaciteit, is een dergelijke rechtstreekse toewijzing niet mogelijk. Voor deze diensten onderscheidt het EDC-systeem geen directe, maar alleen indirect toewijsbare kosten. Dit zijn voornamelijk kosten van netwerkelementen die voor een groep diensten gemaakt worden en die gealloceerd worden op basis van de door de dienst gebruikte capaciteit. Deze kosten zijn op korte termijn niet incrementeel, omdat ze niet lager worden als een bepaalde dienst van het netwerk gehaald wordt. Op lange termijn zijn de kosten van netwerkelementen echter wel afhankelijk van hun capaciteit en zijn daarmee incrementeel. Dit betekent dat het niet meer leveren van een bepaalde dienst op lange termijn wel degelijk tot kostenbesparingen zou leiden, doordat bijvoorbeeld minder of kleinere kabels nodig zijn. Het college concludeert dat indirecte netwerkkosten ook als lange termijn incrementele kosten beschouwd dienen te worden in de toets aan gedragsregel 5.

Gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten

56. Gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten zijn kosten die geen rechtstreeks verband houden met een individuele dienst of een (kleine) groep diensten. Gezamenlijke kosten zijn vooral de administratieve kosten van de afdeling Wholesale and Operations vaste net, die door middel van een evenredige opslag op de hoeveelheid verkochte diensten worden toegerekend. Gemeenschappelijke kosten zijn de kosten van besturing en ondersteuning op centraal niveau bij KPN. Deze worden toegerekend middels een opslag op basis van indirecte kosten. Het college is van oordeel dat deze twee kostencategorieën grotendeels als niet-incrementeel beschouwd kunnen worden. Het is

²² Zie verschillende Annexes WPC2, http://www.youchooseweconnect.com/nl/1844-Regulatory_Documents.html, gezien op 18 maart 2009.

weliswaar mogelijk dat de administratieve kosten op lange termijn ook enigszins zullen variëren als een bepaalde dienst niet meer geleverd wordt, maar de verwachting is dat deze variatie klein zal blijven. Voor zover er bepaalde lange termijn incrementele kosten die in deze twee categorieën zitten niet in de toets opgenomen worden, wordt het gecompenseerd door het feit dat indirecte kosten, die wel in de toets worden opgenomen, ook een niet-incrementeel deel kunnen bevatten.

Conclusie: in de toets aan gedragsregel 5 dienen de ongereguleerde wholesalediensten tegen pure lange termijn incrementele kosten opgenomen te worden, die vervolgens benaderd worden door de som van directe en indirecte kosten, inclusief redelijk rendement, uit het EDC-systeem.

3.6 Incrementele retailopslag

57. In de marktanalysebesluiten heeft het college geoordeeld dat het tarief voor elke retaildienst naast de wholesalekosten ook de met de dienst samenhangende incrementele retailkosten moet dekken. Om het toepassen van deze regel te vereenvoudigen, heeft het college voorgesteld om een retailopslag op de wholesalekosten te hanteren.²³

58. Het college heeft aan KPN, in zijn vragenbrief van 18 februari 2009, de vraag voorgelegd om aan te geven of de retailopslag per retailmarkt zou moeten variëren en hoe hoog deze opslag volgens KPN zou moeten zijn. KPN is ook gevraagd om ter onderbouwing van haar conclusies een accountantsverklaring over te leggen.

59. De betreffende informatie is vooralsnog niet geleverd en KPN heeft aangegeven dit vooralsnog ook niet op korte termijn te kunnen opleveren. Daarmee heeft het college op dit moment onvoldoende gegevens om de retailopslag vast te stellen en daarmee de toepassing van de regel te vereenvoudigen. Dit betekent dat KPN bij de toets aan gedragsregel 5 dient uit te gaan van de werkelijke incrementele retailkosten per retaildienst.

Conclusie: KPN kan het college een voorstel doen om te komen tot een praktische vereenvoudiging middels een uniforme of gedifferentieerde retailopslag. KPN dient dan de door haar voorgestelde retailopslag met een accountantsverklaring te onderbouwen.

Zolang KPN geen voorstel heeft gedaan, dient zij uit te gaan van de werkelijke incrementele kosten per retaildienst.

²³ Deze retailopslag omvat niet de kosten van bijvoorbeeld meegeleverde producten, zoals een modem. Die kosten moeten daarnaast apart worden meegenomen in de toets aan gedragsregel 5.

3.7 Correctiemaatregel

60. Zoals reeds opgenomen in de marktanalysebesluiten zal het college in het geval het tarief van een downstreamdienst niet repliceerbaar is, concluderen dat KPN zichzelf heeft bevoordeeld door de gereguleerde wholesale bouwstenen (impliciet) tegen lagere tarieven aan zichzelf te leveren dan opgenomen in het referentieaanbod.²⁴

61. Het college maakt onderscheid tussen nieuwe en bestaande diensten.

Nieuwe diensten

62. Nieuwe diensten zijn downstreamdiensten die door KPN vanaf 1 januari 2009 zijn of worden aangeboden. Nieuwe diensten dienen vanaf het moment dat zij in de markt worden gezet, te voldoen aan gedragsregel 5.

63. Indien sprake is van een downstreamdienst die niet prijstechnisch te repliceren is, dient de aanpassing in het geval van nieuwe diensten uiteraard zodanig te zijn dat de downstreamdienst weer voldoet aan gedragsregel 5. Het probleem van marge-utholling wordt dan opgeheven en de dienst is daarmee repliceerbaar. Het college is van oordeel dat KPN de gevolgen van een eventuele overtreding van gedragsregel 5 dient te corrigeren vanaf het moment van de start van deze overtreding. Dit is, naar oordeel van het college, noodzakelijk omdat KPN anders de werking van gedragsregel 5 kan omzeilen door het doen van tijdelijke aanbiedingen, welke achteraf niet ongedaan kunnen worden gemaakt. Daarnaast wordt ook het voordeel dat KPN geniet van marge-utholling anders niet voldoende weggenomen. Ten slotte wordt de prikkel voor KPN tegengegaan om het proces van onderzoek naar een mogelijke overtreding te vertragen en zo de omvang van de correctiemaatregel te beperken.

64. In het kader van eventuele handavingsmaatregelen inzake gedragsregel 5 zal het college dan ook rekening houden met de mate waarin de schadelijke effecten op de markt van het niet voldoen aan de gedragsregel door KPN zijn of worden beperkt.

Bestaande diensten

65. Bestaande downstreamdiensten zijn diensten die door KPN vóór 1 januari 2009 zijn overeengekomen. Ook voor bestaande diensten geldt dat indien sprake is van een downstreamdienst die prijstechnisch niet te repliceren is, KPN het tarief van de gereguleerde wholesaledienst voor andere partijen dient te verlagen, hetgeen een doorwerking kan hebben naar hoger gelegen upstream wholesalemakten.

66. Voor bestaande diensten zal het college KPN, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, ook de mogelijkheid bieden om een overtreding ongedaan te maken door het tarief van de gereguleerde wholesaledienst voor KPN te verhogen, hetgeen een directe doorwerking heeft naar de

²⁴ Zie randnummer 775 van het VT-besluit.

tariefstelling op lager gelegen downstreammarkten. De correctie dient dan zo te zijn dat door verhoging van de tarieven op de downstreammarkten de overtreding ongedaan wordt gemaakt.

67. Daarnaast zal het college KPN, voor zover de omstandigheden daartoe aanleiding geven, een redelijke overgangstermijn gunnen voor het corrigeren van bestaande diensten die niet aan gedragsregel 5 voldoen. Dit laat evenwel onverlet dat de verplichting voor KPN reeds per 1 januari 2009 in werking is getreden.

Conclusie: KPN dient nieuwe diensten die niet in overeenstemming zijn met gedragsregel 5 te corrigeren vanaf het moment van de start van de overtreding van gedragsregel 5.

Voor de correctie van bestaande diensten die thans niet aan gedragsregel 5 voldoen kan het college KPN, rekeninghoudend met de omstandigheden van het geval, een redelijke overgangstermijn gunnen.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Annex A Voorbeeld

1. In deze annex presenteert het college een fictief getallenvoorbeeld om de werking van gedragsregel 5 te illustreren.
2. KPN biedt vanaf 1 februari 2009 een breedbanddienst van 4 Mb aan voor EUR 20 per maand en geeft daarbij een gratis modem (kostprijs EUR 50) en daarnaast de eerste 3 maanden EUR 10 korting.
3. Voor deze dienst koopt KPN bij zichzelf een gereguleerde WBT-toegangsdienst in voor EUR 18 per maand. Op deze maandelijkse kosten krijgt KPN een volumekorting van 5%. Daarnaast geldt een eenmalig gereguleerd aansluittarief van EUR 40. Tenslotte maakt KPN nog incrementele retailkosten ter grootte van EUR 0,20 per maand.
4. De toets aan gedragsregel 5 ziet er dan als volgt uit:

	Tarief/Inkoop	Toets (omgerekend naar bedragen per maand)
Retailtarief		
Maandelijkse tarief	EUR 20 per maand	20
Incentive	3 maanden EUR 10 terug te verdienen over 3 jaar	-/- 0,83
<i>Totaal</i>		<i>19,17</i>
Inkoopkosten		
Modem	EUR 50 terug te verdienen over 3 jaar	1,39
Aansluittarief WBT	EUR 40 terug te verdienen over 3 jaar	1,11
WBT-toegangsdienst	EUR 18 per maand minus een volumekorting van 5%.	17,10
Incrementele retailkosten	EUR 0,20 per maand	0,20
<i>Totaal</i>		<i>19,80</i>
Conclusie	Retailtarief is lager dan inkoopkosten, dus niet prijstechnisch repliceerbaar.	19,17 < 19,80
Correctiemaatregel	Wholesale tarieven WBT (aansluittarief of toegangsdienst) voor derden moet vanaf 1 februari 2009 effectief verlaagd worden zodat overtreding weggenomen wordt	19,80-19,17= 0,63 verlaging nodig

Annex B Nota van Bevindingen

1 Inleiding

1. Het college heeft op 31 maart 2009 de ontwerp beleidsregels inzake gedragsregel 5 bekend gemaakt. Belanghebbenden zijn in de gelegenheid gesteld hun schriftelijke zienswijze tegen de ontwerp beleidsregels bij het college kenbaar te maken.
2. De volgende belanghebbenden hebben hun zienswijze naar voren gebracht:
 - Associatie van Competitieve Telecomoperators (hierna: ACT);
 - Atlantic Telecom Business B.V. (hierna: Atlantic);
 - Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN);
 - Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone).
3. Hieronder zal het college achtereenvolgens ingaan op de zienswijze van partijen. Daarbij volgt het college de structuur van de beleidsregels. Het college wijst erop dat de zienswijzen van partijen voor hem aanleiding zijn geweest om zijn ontwerp beleidsregels van 31 maart 2009 op een aantal onderdelen aan te passen. In deze gevallen heeft het college in zijn reactie op de betreffende zienswijze aangegeven wat deze wijziging inhoudt.

2 Beleidsregel 1: terugverdientijd

4. **KPN** is van mening dat de keuze voor een uniforme terugverdientijd onvoldoende is gemotiveerd. Het college houdt volgens haar geen rekening met de verschillen in karakter en dynamiek van de downstreamdiensten en –markten. Volgens haar is het onjuist om de terugverdientijd bij andere markten en diensten over één kam te scheren met vaste telefonie. In de markt voor datanetwerken en huurlijnen worden doorgaans geen incentives gegeven. Incentives zijn meer een instrument voor massamarkten dan voor zakelijke markten.
5. **KPN** stelt voor om voor eenmalige kosten en vergoedingen in aanbiedingen gekoppeld aan de aansluiting uit te gaan van een vaste periode van 7 jaar. Deze periode is gebaseerd op de verwachte gemiddelde contractduur over alle typen aansluitingen.
6. Ten aanzien van retail meegeleverde producten of diensten ligt het volgens **KPN** meer voor de hand om deze kosten te beschouwen over een terugverdienperiode gekoppeld aan de aanbieding. Voorstel van KPN is om een terugverdienperiode te hanteren die in het algemeen een weerspiegeling is van de standtijd van een aanbieding in de retailmarkt. Voor de retailmarkt vaste

telefonie wordt steeds uitgegaan van 3 jaar. In de markt voor datanetwerken en hoogwaardige verbindingen worden vooral meerjarencontracten gehanteerd. Deze markten bedienen uitsluitend midden- en grootzakelijke klanten. Contracten worden meestal gesloten voor een periode van 3 of 5 jaar. KPN acht voor dit type markten een terugverdientijd van 5 jaar redelijk.

7. Voor de downstream-wholesalemarkt geldt dat hier geen retailaspecten in zitten. Volgens **KPN** dient voor deze diensten te worden aangesloten bij een terugverdientijd van 7 jaar. Het kan volgens KPN zo zijn dat Telco's een hoger migratietempo ervaren, voor hen is dan wellicht 5 jaar meer van toepassing. Ten slotte merkt KPN op dat de periode van 3 jaar voor vaste telefonie gebruikelijk is. KPN wijst op jurisprudentie met betrekking tot ondergrenstoetsen in retail telecommarkten waar ook wel een langere termijn voorkomt. Kortere dan 3 jaar komt volgens KPN niet voor.
8. **ACT** is van mening dat bij een uniforme terugverdienperiode moet worden uitgegaan van de gemiddelde variabele kosten per individuele dienst op basis van de initiële contractduur. Actiekortingen, dealerincentives en disconnectiekosten moeten ook worden meegenomen in de berekening van de terugverdienperiode. ACT geeft aan dat volgens haar de uitspraak van het Hof van Justitie in de Wanadoo zaak niet toelaat dat de terugverdienperiode als voorwaarde wordt gehanteerd voor het vaststellen van marge-uitholling als vorm van misbruik van de economische machtspositie.
9. **Atlantic** is van mening dat wanneer de non-discrimatieverplichting per 1 januari 2010 op de zakelijke markt voor vaste telefonie zal verdwijnen, een win-back actie vanuit KPN anders verwerkt moet worden. Volgens Atlantic heeft een winback actie namelijk een onevenredig groot effect op de marge van bestaande klanten bij concurrenten terwijl het bij KPN geen effect heeft bij haar bestaande klanten. Atlantic vraagt het college om bij de terugverdientijd rekening te houden met win-back acties. Afhankelijk van de actie en de gerichtheid van de actie zou de terugverdientijd verkort kunnen worden en of het met de incentive gemoeide bedrag verhoogd kunnen worden.
10. **Atlantic** vraagt het college tevens rekening te houden met dealervergoedingen. In de praktijk worden deze vaak doorgegeven aan eindgebruikers. Atlantic is van mening dat de indirecte incentives moeten worden meegenomen in de ND5-toets.
11. **Vodafone** geeft aan een terugverdientijd van 3 jaar redelijk te vinden, waarbij de terugverdientijd eerder korter dan langer zou moeten zijn. Er kunnen uiteraard diensten zijn waar voor een alternatieve aanbieder een kortere terugverdientijd wenselijk is.
12. Onder terugverdientijd verstaat het **college**, zoals reeds opgemerkt in de ontwerp beleidsregels, de periode die een aanbieder in zijn business case hanteert waarbinnen de kosten voor een eindgebruiker gemiddeld gesproken terugverdiend moeten zijn. Het college sluit hierbij aan bij het retailbesluit vaste telefonie uit 2005 (Annex F). In dit begrip zijn ook te verstrekken kortingen, cashbacks, cadeautjes en mee te leveren producten meegenomen. Hierbij wordt uitgegaan van de verwachte periode dat een gemiddelde klant de dienst afneemt. Zoals reeds in de ontwerp

beleidsregels is aangegeven, is het college van oordeel dat de business case beter de economische overwegingen weergeeft voor het bepalen van de hoogte van een incentive dan de minimale contractsduur of de werkelijke verblijfsduur van een klant.

13. Naar aanleiding van reacties van partijen blijkt dat er enige onduidelijkheid bestaat over welke incentives dienen te worden meegenomen. Het **college** merkt op dat in ieder geval alle eenmalige en tijdelijke (actie)kortingen, cashbacks, cadeautjes, mee te leveren producten, volumekortingen, maar ook dealerincentives en disconnectiekosten dienen te worden meegenomen. Het college zal de beleidsregels op dit punt verduidelijken.
14. Ten aanzien van de uniforme terugverdienperiode ziet het **college** een verschil in wensen van marktpartijen en KPN. De meeste partijen wensen uit te gaan van een differentiatie in periodes. Hierbij is duidelijk dat KPN de voorkeur geeft aan een lange periode en ACT aan een periode korter dan de voorgestelde 3 jaar. Vodafone geeft aan zich te kunnen vinden in de termijn van 3 jaar. Het college is van mening dat een terugverdienperiode van bijvoorbeeld 7 jaar zoals KPN voorstelt voor bepaalde downstreamdiensten een te lange periode is. Contracten met zo een lange looptijd zullen in de praktijk slechts op de grootzakelijke markt worden gesloten. Dit is slechts een klein deel van de markt. Een termijn van 7 jaar zou in de praktijk kunnen leiden tot uitsluiting van concurrenten die niet in staat zijn om gedurende zo'n lange periode verlies te lijden. Datzelfde kan gelden voor een periode van 5 jaar, zij het in mindere mate. Uitsluiting is juist wat gedragsregel 5 probeert te voorkomen.
15. Het doel van het hanteren van een uniforme terugverdienperiode is om de eenmalige kosten en incentives op een praktische manier te verrekenen. Daarom wenst het **college** uit te gaan van een uniforme terugverdienperiode. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende markten, aansluitingen of verkeer. De trend is dat eindgebruikers steeds meer bundels van verkeer en aansluitingen afnemen (in ieder geval op de markt voor vaste telefonie). In de markt voor datanetwerken en andere hoogwaardige verbindingen ziet het college een andere dynamiek, echter naar zijn mening wijkt deze niet in hele hoge mate af van de andere markten.
16. Het **college** komt daarom tot de conclusie dat een uniforme terugverdienperiode van 3 jaar een redelijke termijn is. Het is een gemiddelde van de terugverdienperiodes van alle diensten die op verschillende markten worden aangeboden. De beleidsregels zullen op dit punt dan ook niet worden aangepast.

3 Beleidsregel 2: kosten gereguleerde wholesalediensten

17. Volgens **KPN** is het niet uit te sluiten dat andere partijen en dus ook KPN de FTA-tarieven per afnemer zullen differentiëren. Het is niet redelijk volgens KPN als zij een dergelijke mogelijke ontwikkeling in de markt niet zou mogen afspiegelen onder gedragsregel 5. KPN stelt voor bij de virtuele inkoop voor on-net verkeer gebruik te maken van het gemiddelde FTA-tarief dat KPN rekent aan andere klanten.

18. Het **college** is het eens met de zienswijze van KPN dat andere partijen mogelijk FTA-tarieven zullen differentiëren en dat er eventueel een lager tarief in rekening wordt gebracht dan de wholesale price caps die in het WPC-besluit worden vastgesteld. Het college acht het redelijk dat KPN een dergelijke ontwikkeling zou moeten kunnen volgen en derhalve niet verplicht zou moeten worden de price cap in de toets op te nemen. Het college stemt daarom in met de redenering dat KPN uit mag gaan van het gemiddelde FTA-tarief wat zij aan externe afnemers rekent. Het college past de beleidsregels op dit punt aan.
19. **ACT** is van mening dat in de beleidsregels dient te worden aangegeven dat bij de bepaling van de inkooprecepten voor alle diensten ook de externe inkoopkosten moeten worden betrokken. Vastgelegd dient te worden dat bij de bepaling van de inkooprecepten dient te worden uitgegaan van bouwstenen zoals deze daadwerkelijk door wholesaleafnemers kunnen worden afgenomen.
20. Bij de bepaling van de inkoopreceptuur en de inkoopkosten wordt uitgegaan van KPN's voortbrengingswijze.²⁵ Het **college** is het daarom niet eens met ACT dat moet worden uitgegaan van inkooprecepten en kosten van andere wholesaleaanbieders. Wel zal KPN bij het extern inkopen van bepaalde bouwstenen, bijvoorbeeld de inkoop van MTA of FTA bij derden, deze moeten meenemen in de toets aan gedragsregel 5. Het college is het op dat punt dus met ACT eens.

4 Beleidsregel 3: kosten ongereguleerde wholesalediensten

21. **KPN** kan zich vinden in het standpunt om alleen directe en indirecte kosten mee te nemen voor zover in deze kosten geen vermogenslasten worden meegenomen. Aangezien het gaat om ongereguleerde wholesalediensten is KPN vrij om te kiezen wanneer en hoe de vermogenskosten worden gedekt. Zij kan uit strategische overwegingen ervoor verkiezen om meer of minder marge te behalen op een deel van haar ongereguleerde assets, terwijl over het geheel een voldoende marge wordt gehaald om de investeringen terug te verdienen.
22. Het **college** heeft in randnummer 47 van de ontwerp beleidsregels gesteld dat lange termijn incrementele kosten alle kosten zijn die KPN op lange termijn moet maken om een bepaalde dienst aan te kunnen bieden. Dit bevat ook de kosten van het in de desbetreffende wholesaledienst geïnvesteerd vermogen. Immers, als deze dienst niet aangeboden werd, dan zou dat vermogen niet verkregen hoeven te worden of zou het elders geïnvesteerd kunnen worden, met een bijbehorend rendement dat nu misgelopen wordt. Het college concludeert dat directe en indirecte kosten derhalve ook vermogenskosten moeten bevatten.
23. **KPN** geeft aan dat zij voor niet gereguleerde wholesalediensten geen verplichting heeft tot het voeren van een wholesalekostensysteem. Zij is dan ook onzeker in hoeverre dan kan worden

²⁵ Zie randnummer 773 van het VT-besluit.

voldaan aan de beleidsregels. KPN mist in de ontwerp beleidsregels de mogelijkheid dat zij voor de ongereguleerde wholesalediensten gebruik mag maken van tarieven die hier voor bestaan, hetzij in het ongereguleerde portfolio van KPN hetzij in het portfolio van externe partijen. KPN bepleit deze keuzevrijheden.

24. Het **college** merkt hierover het volgende op. Gedragsregel 5 vereist dat de prijs van een downstreamdienst niet lager is dan de som van in de gedragsregel genoemde kostencomponenten, waaronder de lange termijn incrementele kosten van ongereguleerde wholesalediensten. Het is aan KPN toegestaan om een kostencomponent in de toets te vervangen door een ander bedrag, bijvoorbeeld een bestaand tarief dat zij in de markt aanbiedt, mits KPN kan aantonen dat dat bedrag hoger is dan de vervangen kostencomponent. Het is immers evident dat als een downstreamdienst aan een dergelijke (strengere) toets voldoet, hij ook automatisch voldoet aan de in de marktanalysebesluiten voorgeschreven (minder strenge) toets. KPN kan hiervoor kiezen omdat het soms eenvoudiger kan zijn om aan te tonen dat een kostencomponent lager is dan een bepaald bedrag dan om de hoogte van die component zelf precies te bepalen.
25. **ACT** is van mening dat de keuze voor top-down LRIC door het college niet wordt gemotiveerd. ACT kan zich in beginsel vinden in het uitgangspunt van de lange termijn incrementele kosten. Echter, voor haar is onduidelijk hoe de bepaling van de lange termijn incrementele kosten voor ongereguleerde diensten zich verhoudt tot het uitgangspunt dat voor de bepaling van de (virtuele) inkoopkosten wordt uitgegaan van de voortbrengingswijze van KPN. ACT is tevens van mening dat de gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten moeten worden meegenomen bij de invulling van de lange termijn incrementele kosten, omdat deze volgens haar ook incrementele componenten kan bevatten en om voor schaalvoordelen van KPN te corrigeren.
26. In de marktanalysebesluiten stelt het **college** dat de ongereguleerde wholesalediensten tegen lange termijn incrementele kosten opgenomen dienen te worden, waarbij wordt uitgegaan van de werkelijke kosten van KPN. Dit is per definitie hetzelfde als *top-down LRIC*. *LRIC* is een andere benaming van lange termijn incrementele kosten (Eng. afk. *long run incremental costs*), terwijl *top-down* invulling betekent dat naar de werkelijke kosten van de gereguleerde partij, in dit geval KPN, wordt gekeken.
27. Tevens heeft het **college** in de ontwerp beleidsregels aangegeven dat de gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten uit het EDC-systeem naar hun aard niet incrementeel zijn, waardoor de eventuele incrementele component in deze kosten klein is. Wat een correctie voor de schaal betreft wijst het college erop dat hij in de marktanalysebesluiten uitgaat van KPN's voortbrengingswijze, inclusief KPN's schaal.
28. **Vodafone** vraagt het college rekening te houden met eventuele gevolgen van te lage incrementele kosten en de relevante opslagen niet te laag vast te stellen. Te lage incrementele kosten leiden tot verminderde concurrentie doordat het onmogelijk wordt voor alternatieve aanbieders om te concurreren. Het gebruik van pure incrementele kosten als methodiek lijkt daarom volgens haar minder gewenst.

29. Het **college** deelt de bezorgdheid van Vodafone niet dat het gebruik van pure lange termijn incrementele kosten het concurreren onmogelijk maakt. Het gaat hier immers om ongereguleerde wholesalediensten, waarvoor van andere partijen redelijkerwijs kan worden verwacht dat zijn deze diensten kunnen repliceren.

5 Beleidsregel 4: incrementele retailopslag

30. Volgens **KPN** is het irreëel te veronderstellen dat KPN wel tijdig een analyse klaar heeft van de werkelijke incrementele kosten op individueel retailniveau. KPN deelt wel de mening dat het niet nodig is om per individuele retaildienst een retailopslag vast te stellen en te hanteren. Binnen de retailmarkt voor vaste telefonie zijn de incrementele retailkosten beperkt van omvang. Reeds in 2005 heeft KPN voorgesteld om in de toets op aanbiedingen in de retailmarkten voor vaste telefonie en voor alle diensten één vast opslagpercentage te hanteren voor direct toerekenbare retailkosten.
31. Tevens geeft **KPN** aan dat de vraag of retailkosten wel of niet direct toerekenbaar zijn, wordt bepaald door de vraag welke kosten specifiek c.q. alleen voor de betreffende aanbieding worden gemaakt. In de praktijk blijkt zowel bij vaste telefonie als bij datadiensten dat veel retailkosten niet direct toerekenbaar zijn. Voor een specifieke datalijn geldt dit nog in sterkere mate. Als een aanbieding of een specifiek lijntype eenmaal in de markt staat, maakt deze onderdeel uit van het totale portfolio dat door de retailorganisatie wordt 'vermarkt'. De direct aan de specifieke aanbieding toe te rekenen kosten zijn dan marginaal. Indien een specifieke aanbieding er niet zou zijn, zouden veel retailkosten nog steeds gemaakt worden.
32. **KPN** heeft een analyse gemaakt van het met ASR vergelijkbare overzicht voor de ongereguleerde retail datamarkt met de ASR over 2007 van retail vaste telefonie. De uitkomsten over 2007 voor de retail datadiensten konden niet met dezelfde betrouwbaarheid worden opgesteld als die voor vaste telefonie. Datadiensten waren en zijn immers retail ongereguleerd en er geldt en gold geen ASR verplichting. Volgens KPN komt het aandeel retailkosten voor spraak uit op ca. [**vertrouwelijk**: XX%] van de netwerkkosten. Voor data komt dit aandeel uit op [**vertrouwelijk**: XX%] van de netwerkkosten. KPN trekt hieruit de conclusie dat de incrementele retailopslag voor datadiensten van dezelfde orde grootte is als de retailopslag van vaste telefonie. Zij stelt daarom voor om voor de andere markten dan vaste telefonie en voor de diensten daarbinnen een zelfde uniforme retailopslag van 0,5% te hanteren.
33. Het **college** concludeert dat KPN zijn voorstel voor uniforme opslag van 0,5% vooralsnog onvoldoende onderbouwd heeft. Tot het moment waarop een door een accountantsverklaring onderbouwd voorstel door KPN voorgelegd is, dient KPN de werkelijke incrementele retailkosten in de toets op te nemen.
34. **ACT** is van mening dat KPN weliswaar een voorstel mag doen voor een retailopslag, maar uiteindelijk dient het college de hoogte van de retailopslag per dienst vast te stellen. Bij zakelijke

diensten zullen de incrementele retailkosten over het algemeen aanzienlijk hoger liggen dan voor residentiële diensten. Er zal door het college een markttoets moeten worden uitgevoerd aan de hand van de EDC rapportage.

35. Het **college** bevestigt dat hij degene is die uiteindelijk de retailopslag vaststelt, zij het op voorstel van KPN. Het college is het niet eens met de stelling van ACT dat de retailopslag afzonderlijk per dienst vastgesteld zou moeten worden. De beleidsregels zijn immers bedoeld om het toepassen van de gedragsregel te vereenvoudigen. Daarom wordt KPN in de gelegenheid gesteld om op basis van een onderzoek naar haar retailkosten een uniforme opslag per retailmarkt (of voor alle markten samen) vast te stellen. Voordat een dergelijk onderzoek door KPN is uitgevoerd, heeft het college onvoldoende informatie om te kunnen bepalen of in de zakelijke markt een andere retailopslag zou moeten gelden dan in de residentiële markt.

6 Beleidsregel 5: correctiemaatregel

36. **KPN** kan zich niet vinden in de correctiemaatregel. Pas nadat KPN de beleidsregels heeft geïmplementeerd kan zij redelijkerwijs in staat worden geacht de beleidsregels na te leven. Zolang de beleidsregels nog niet definitief zijn kan er volgens haar geen sprake zijn van correcties met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009. Daarnaast is KPN van mening dat haar niet het recht kan worden ontzegd om in voorkomende gevallen te corrigeren door verhoging van de retailtarieven, indien en zover dit mogelijk is. Ten slotte is KPN van mening dat het college in onvoldoende mate specificeert hoe de overgangstermijn bepaald zal worden en waar deze afhankelijk van is.
37. Voor **ACT** is het onduidelijk wat het college bedoelt met “nieuwe diensten” en “bestaande diensten”. Zij steunt het standpunt dat zowel voor bestaande als nieuwe diensten dient te gelden dat marge-uitholling dient te worden weggenomen vanaf het moment van overtreding. Tevens is zij van mening dat voor diensten die reeds voor 1 januari 2009 als gereguleerde diensten werden aangeboden, geldt dat de redelijke overgangstermijn niet kan inhouden dat de overtreding niet met terugwerkende kracht dient te worden weggenomen.
38. **Vodafone** heeft bedenkingen bij de stelling dat KPN per definitie het wholesaletarief moet aanpassen. Het lijkt Vodafone ook mogelijk dat aan de retailzijde wordt gecorrigeerd. Indien dit leidt tot praktische moeilijkheden, komt dit voor risico van KPN, zeker waar het retailproposities betreft die ná het inwerkingtreden van de marktanalyses in de markt zijn gezet.
39. Daarnaast merkt **Vodafone** op dat bij de correctie van bestaande diensten de feitelijke invulling van het begrip doorslaggevend zal zijn voor de mogelijkheden om de huidige marktverstoringen te corrigeren. Bij bestaande diensten die gesloten zijn op het moment dat het voor KPN duidelijk had moeten zijn dat deze diensten een overtreding in de nabije toekomst zouden vormen, zal de redelijkheid strenger moeten worden ingevuld en zal de correctietermijn kort moeten zijn. Ook dient het college streng en voortvarend op te treden in die gevallen waarin de gevolgen voor

alternatieve partijen niet of nauwelijks of lastig herstelbaar zijn.

40. Met betrekking tot de correctiemaatregel voor nieuwe diensten merkt het **college** het volgende op. Nieuwe diensten dienen vanaf het moment dat zij in de markt worden gezet, te voldoen aan gedragsregel 5. In het kader van eventuele handhavingsmaatregelen inzake gedragsregel 5 zal het college dan ook rekening houden met de mate waarin de schadelijke effecten op de markt van het niet voldoen aan de gedragsregel door KPN zijn of worden beperkt.
41. In randnummer 65 van de ontwerp beleidsregels heeft het **college** aangegeven dat het KPN voor bestaande diensten, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, ook de mogelijkheid geeft om een overtreding te beëindigen door het tarief van de gereguleerde wholesaledienst voor KPN zelf (dus het interne wholesaletarief) te verhogen, hetgeen een directe doorwerking heeft naar de tariefstelling op lager gelegen downstreammarkten. De correctie dient in zo'n geval dusdanig te zijn dat door verhoging van de tarieven op de downstreammarkten de overtreding ongedaan wordt gemaakt. De facto betekent dit dat KPN de downstreamdienst uit de markt haalt en een nieuwe downstreamdienst tegen een hoger tarief in de markt zet.
42. Wat betreft de redelijke overgangstermijn die het **college** KPN voor de correctie van bestaande diensten zal gunnen, geldt dat KPN hiertoe het college per geval een onderbouwd voorstel moet doen waarin de verschillende belangen (concurrentie, afnemers, KPN) worden meegewogen. Hiervoor zijn op voorhand geen generieke eisen te formuleren. Het college benadrukt daarbij nog dat het gunnen van een overgangstermijn onverlet laat dat de verplichting voor KPN reeds per 1 januari 2009 in werking is getreden.
43. Het **college** merkt ten aanzien van de opmerkingen van KPN en Vodafone daarnaast nog het volgende op. De voorzieningenrechter van het College van beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) heeft in haar uitspraak van 6 mei 2009²⁶ overwogen dat gedragsregel 5 een ruime bepaling bevat die nadere invulling behoeft. Van het college van OPTA kan volgens het CBb, in een situatie waarin hij ex ante regulering geeft voor een periode van drie jaar, voor een dynamische markt, niet worden gevergd dat hij de door hem opgelegde normen zodanig precies omschrijft dat vooraf nauwkeurig kan worden aangegeven in welke situaties deze van toepassing zullen zijn.²⁷ Met de onderhavige beleidsregels wordt de meer algemene normstelling verder verduidelijkt en vereenvoudigd.
44. Ten aanzien van het punt van ACT over de definitie van nieuwe en bestaande diensten merkt het **college** het volgende op. Met bestaande diensten bedoelt het college *downstream*diensten die door KPN vóór 1 januari 2009 zijn overeengekomen. Nieuwe diensten zijn *downstream*diensten die door KPN sinds 1 januari 2009 door KPN zijn of worden aangeboden. Het college zal de beleidsregels op dit punt verduidelijken.

²⁶ Kenmerk: AWB 09/318, 09/319, 09/320 en 09/321.

²⁷ Zie overweging 7.3.3 van de uitspraak van het CBb van 6 mei 2009.

7 Algemene opmerkingen

45. **KPN** begrijpt uit de ontwerp beleidsregels dat nu altijd methode 3 uit het oude squeezekader mag worden toegepast. KPN acht dit redelijk en noodzakelijk. KPN begrijpt echter niet uit de beleidsregels of in het geval er retaildiensten in een bundel voorkomen die gebaseerd zijn op niet gereguleerde upstream wholesalediensten ook methoden mogen worden gebruikt die verwant zijn aan de voormalige methoden 1 en 2. KPN acht dit noodzakelijk omdat KPN geen (verplichting tot het voeren van een) kostensysteem heeft waarmee voor elke ongereguleerde wholesaledienst LRIC kosten kunnen worden bepaald.
46. **ACT** geeft aan dat het college in de beleidsregels concreet weer moet geven hoe met de toetsing van bundels, kostenvoordelen en kortingen dient te worden omgegaan. Een bundelkorting kan volgens haar worden toegerekend aan de individuele diensten op basis van de maximale kortingsruimte op de betreffende dienst, waarbij aantoonbare kostenvoordelen mogen worden afgetrokken.
47. **ACT** is van mening dat toetsing van diensten aan het Regenboogmodel niet kan leiden tot de conclusie dat er geen sprake is van marge-uitholling. KPN zou ten aanzien van iedere dienst of aanbieding moeten aantonen dat deze aan gedragsregel 5 voldoet voordat de dienst wordt geïntroduceerd. Het college zou pro-actief iedere aanbieding van KPN moeten controleren.
48. Zoals al eerder (in randnummer 24) door het **college** is opgemerkt, is het KPN toegestaan om een kostencomponent in de toets te vervangen door een ander bedrag, bijvoorbeeld een bestaand tarief dat zij in de markt aanbiedt, mits KPN kan aantonen dat dat bedrag hoger is dan de vervangen kostencomponent. Het is dan immers evident dat als een downstreamprijs hoger is dan de op die manier berekende (hogere) ondergrens, hij ook automatisch hoger is dan de door het college voorgeschreven (lagere) ondergrens. KPN mag dus andere methodes toepassen, mits zij aan kan tonen dat de ondergrens daarmee minimaal zo hoog is als voorgeschreven door gedragsregel 5.
49. Het **college** is het eens met ACT dat KPN haar diensten aan gedragsregel 5 dient te toetsen. Hierbij volstaat het zogenaamde Regenboogmodel van KPN niet. Het uitgangspunt blijft dat KPN zelf haar diensten zal toetsen.²⁸ Het college wil nogmaals benadrukken dat hij in het kader van gedragsregel 5 ervoor heeft gekozen om niet van KPN te verlangen dat zij elke dienst ter goedkeuring aan het college voorlegt. Van KPN wordt uitsluitend gevraagd dat zij zelf haar diensten toetst en de diensten waar zij twijfel over heeft, met het college bespreekt. Het college gaat er hierbij ook van uit dat KPN in de meeste gevallen haar diensten niet onder de inkoopkosten zal aanbieden. Daarnaast hebben ook marktpartijen een signaalfunctie. Zij kunnen bij het college bijvoorbeeld hun twijfels uiten over een bepaalde dienst die KPN in de markt heeft staan. Op grond van dergelijke tips en/of klachten kan het college onderzoek instellen naar de

²⁸ Zie randnummer 367 van de Nota van bevindingen van het VT-besluit.

betreffende dienstverlening van KPN. Daarnaast zal het college ook pro-actief (ambtshalve) onderzoek instellen naar de naleving van gedragsregel 5.

50. Volgens het **college** is elke bundel een dienst. Elke downstreamdienst, gebaseerd op een door gedragsregel 5 gereguleerde wholesaledienst, dient door KPN te worden getoetst. Dit geldt daarom ook voor iedere bundel die (deels) is gebaseerd op een door gedragsregel 5 gereguleerde wholesaledienst. Een bundel dient als geheel te worden getoetst zonder dat de bundelkorting daarbij aan individuele diensten toegerekend hoeft te worden.
51. **KPN** wenst graag duidelijkheid van het college in hoeverre het college de voorbeeld inkooprecepten accordeert.
52. Het **college** keurt de voorbeeld inkooprecepten niet goed of af. KPN dient zelf de toets uit te voeren. De inkooprecepten zijn opgenomen om inzicht te geven aan andere marktpartijen.
53. **ACT** is van mening dat het college de juiste weg is ingeslagen met de beleidsregels, maar dat er nog een aantal aanscherpingen nodig zijn om gedragsregel 5 in de praktijk effect te laten sorteren. Daarnaast geven de ontwerp beleidsregels volgens haar geen duidelijkheid over de wijze waarop het college gaat vaststellen of sprake is van marge-uitholling en welke procedurele stappen daarvoor zullen worden gezet.
54. **ACT** is van mening dat het college alinea 11 uit de ontwerp beleidsregels dient te herformuleren in die zin dat KPN voor iedere upstreamdienst een dusdanige prijsstelling dient te hanteren waardoor marge-uitholling van wholesaleafnemers wordt voorkomen.
55. Het **college** heeft naar aanleiding van de opmerking van ACT de formulering van alinea 11 van de beleidsregels aangepast.
56. **ACT** is tevens van mening dat het college niet alle opmerkingen van de Commissie uit het WBT-besluit heeft overgenomen. Het college laat ten onrechte na een ex ante controlesysteem in te voeren en voorziet ten onrechte niet in enigerlei vorm van toetsing van de kosten van concurrenten bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van marge-uitholling.
57. **ACT** is van mening dat het college bij de repliceerbaarheidstoets had moeten kiezen voor de tweede imputation test, waarin rekening wordt gehouden met de kosten van een redelijk efficiënte downstream concurrent (REO test). Daarbij is ACT van mening dat ook de Commissie van mening is dat het college voor de REO test had moeten kiezen. Volgens ACT is het eenvoudig om de repliceerbaarheid te beoordelen aan de hand van de kosten van een efficiënte concurrent. Tevens dient een schaalvoordelencorrectie te worden toegepast in het kader van de REO test.
58. Het **college** merkt ten aanzien van bovenstaande opmerkingen van ACT op dat in de marktanalysebesluiten reeds de keuze is gemaakt om uit te gaan van de voortbrengingswijze van KPN, wat een equivalent is van de EEO-test. Het ERG document waar ACT aan refereert, beschrijft de issues die in overweging genomen moeten worden bij margin squeeze tests.

59. **Vodafone** is van mening dat het feitelijk gebruik van de toets relevanter zal zijn dan de precies gebruikte methodiek. Bijvoorbeeld de retailopslag zal sterk bepalend kunnen zijn voor de beantwoording van de vraag of bepaalde KPN diensten toelaatbaar zijn. Voor alternatieve aanbieders is het volgens haar relevant dat incrementele kosten en retailopslagen niet te laag worden vastgesteld.
60. Daarnaast merkt **Vodafone** op dat ten aanzien van het voorbeeld uit Annex A relevante elementen ontbreken om vast te stellen of er sprake is van marge uitholling. Er moet volgens haar bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de BTW opslag, de kosten voor billing, provisioning, emailplatforms, hosting, andere aanverwante diensten, marketingkosten, etcetera.
61. Het **college** merkt op dat het voorbeeld dat in Annex A van de ontwerp beleidsregels is gegeven door het college een sterk vereenvoudigde weergave is van de praktijksituaties. De elementen waar volgens Vodafone rekening mee dient te worden gehouden, zullen in de praktijk dan ook in een toets aan gedragsregel 5 moeten worden meegenomen, waarbij overigens een deel van deze kosten niet incrementeel zal zijn.



Annex C Inkooprecepten KPN