

Besluit

Openbare versie

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/202443

Zaaknummer: 10.0251.23

Datum:

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het verzoek van Tele2 Nederland B.V. en BBned N.V. om op grond van artikel 6b.3 van de Telecommunicatiewet voor de markt voor Wholesale-breedbandtoegang hoge kwaliteit een tijdelijk besluit te nemen

1 Samenvatting

1. Tele2 Nederland B.V. en BBned N.V. (hierna: B&T)¹ hebben een verzoek bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) ingediend om het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang² (hierna: WBT-besluit) aan te passen door op grond van artikel 6b.3 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) een tijdelijk besluit te nemen voor de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang (hierna: WBT HK), waarin aan KPN ondergrensregulering wordt opgelegd op basis van een op EDC gebaseerde kostprijs.

2. Het college wijst in onderhavig besluit het verzoek van B&T af. Het college is allereerst van oordeel dat B&T geen omstandigheden heeft aangevoerd die in het WBT-besluit en het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang³ (hierna: ULL-besluit) niet reeds geremedieerd worden. Voorts constateert het college dat er geen aanleiding is om vast te stellen dat B&T, als gevolg van de huidige marktsituatie, op korte termijn uit de markt voor WBT HK dreigt te treden. Het college concludeert dat er geen sprake is van zodanig (nieuwe) uitzonderlijke omstandigheden die een aanpassing van het WBT-besluit, met het buiten toepassing laten van de procedures bedoeld in de artikelen 6b.1, eerste lid, of 6b.2 Tw, rechtvaardigen.

2 Feiten en verloop van de procedure

3. Het college heeft op 19 december 2008 het WBT-besluit gepubliceerd. Tegen dit besluit hebben verschillende marktpartijen⁴ beroep aangetekend. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) heeft in het kader van deze zaak op 3 november 2009 een zitting gehouden. Het CBb heeft nog geen uitspraak gedaan in deze procedure.

¹ Het college zal in het besluit de afkorting B&T gebruiken, in die gevallen waar Tele2 Nederland B.V. en BBned N.V. tezamen worden bedoeld.

² Kenmerk: OPTA/AM/2008/202717.

³ Kenmerk: OPTA/AM/2010/201285, 27 april 2010.

⁴ Het betreft de partijen: KPN, BBned, Tele2, Vodafone, BT, Colt, Verizon, Online en Scarlet.

Besluit Openbare versie

nemen van een tijdelijk besluit op grond van artikel 6b.3 van de Tw ten aanzien van de markt voor WBT HK. B&T pleit voor het opleggen van ondergrensregulering aan KPN op basis van de EDC-systematiek.

10. Het college heeft op 25 juni 2010 vragenbrieven aan B&T en KPN gestuurd ten aanzien van het verzoek van B&T om een tijdelijk besluit op basis van artikel 6b.3 van de Tw. Ook (andere) marktpartijen hebben de mogelijkheid gekregen om hun zienswijze op het verzoek van B&T aan het college te doen toekomen. Van deze mogelijkheid hebben UPC Nederland Business B.V. en BCPA (het samenwerkingsverband tussen BT Nederland N.V., Colt Technology Services B.V. en Verizon Nederland B.V. op het gebied van regelgeving en toezicht) gebruik gemaakt. Op 28 juli 2010 heeft het college wederom vragenbrieven aan B&T en KPN gestuurd, waarin het college aanvullende vragen heeft gesteld over onder andere de business case van BBned op de markt voor WBT HK en de ontwikkeling van de prijzen en omzet van marktpartijen.

11. Het college heeft op 30 augustus 2010 een hoorzitting gehouden, waarbij B&T, KPN, BT en Eurofiber aanwezig waren. Het college heeft op 6 september 2010 de business case van WBT HK bij Tele2 opgevraagd in het kader van de op dat moment nog niet zekere toekomstige situatie die er sprake zou zijn van één entiteit Tele2/BBned. Tele2 heeft op 15 september 2010 hierover gegevens bij het college aangeleverd.

12. Telecom Italia is op 16 juli 2010 akkoord gegaan met een bod van Tele2 van € 50 miljoen op BBned. Op 20 september 2010⁷ heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat voor de overname van BBned door Tele2 geen vergunning is vereist. De NMa heeft geen reden om aan te nemen dat de concentratie Tele2/BBned de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren.

13. Ten tijde van de totstandkoming van het feitencomplex hebben BBned en Tele2 afzonderlijk van elkaar informatie aangeleverd bij het college. Korthedshalve beschouwt het college beide partijen in dit besluit daarom nog als afzonderlijk opererende marktpartijen. In paragraaf 5.2 is wel kort de situatie beschreven waarin B&T als één entiteit opereert op de markt voor WBT HK. Ook deze informatie is verzameld voorafgaand aan de beslissing van de NMa.

3 Juridisch Kader

14. Artikel 6b.1, eerste lid, van de Tw luidt:

“Op de voorbereiding van een besluit van het college als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, 6a.3, 6a.16 en 6a.18, is afdeling 3.4. van de Algemene Wet bestuursrecht van toepassing”.

⁷ Kenmerk NMa: nummer 7009 / 46, zaak 7009/Tele2 – BBned.

Besluit

Openbare versie

15. Artikel 6b.2, eerste lid, van de Tw luidt:

“Indien een besluit als bedoeld in artikel 6b.1, eerste lid, van invloed is op de handel tussen de lidstaten, legt het college het ontwerp van het desbetreffende besluit en de gronden die aan het ontwerp ten grondslag liggen, voor aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen en aan de nationale regelgevende instanties (...) en stelt het college hen gedurende een maand in de gelegenheid daarover opmerkingen te maken”.

16. Artikel 7, zesde lid, van de Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en diensten (hierna: Kaderrichtlijn) luidt:

“In uitzonderlijke omstandigheden kan een nationale regelgevende instantie die oordeelt dat er een dringende noodzaak is om te handelen, in afwijking van de procedure genoemd in de leden 3 en 4, teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen, onmiddellijk evenredige en voorlopige maatregelen vaststellen”.

17. Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 6b.3, eerste en tweede lid, van de Tw, dat luidt:

“1. Het college kan in uitzonderlijke omstandigheden indien de vereiste spoed zich verzet tegen toepassing van de procedures, bedoeld in artikel 6b.1, eerste lid, of 6b.2, die procedures buiten toepassing laten bij het nemen van een besluit als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, eerste lid, onder a, 6a.16, eerste lid, of 6a.18, eerste lid, teneinde de concurrentie te waarborgen of de belangen van de gebruikers te beschermen.

2. Een besluit als bedoeld in het eerste lid geldt voor een periode van maximaal 26 weken.”

18. In de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBb in de Wanadoo zaak⁸, heeft het CBb onder meer het volgende geoordeeld:

“6.4.2 tweede alinea: Gelet op de tekst van artikel 6b.3 Tw en gezien de plaatsing van deze bepaling in hoofdstuk 6B Tw, dat het opschrift Consultatie draagt, heeft artikel 6b.3, eerste lid Tw naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen verdergaande betekenis dan dat OPTA in uitzonderlijke, spoedeisende gevallen de in artikel 6b.1 lid 1, en 6b.2 Tw bedoelde consultatieprocedures buiten toepassing kan laten bij het nemen van een besluit (...).

6.5.2: (...) Gelet op artikel 1.3, eerste lid, aanhef en onder a Tw is de voorzieningenrechter van oordeel dat OPTA voor het nemen van het bestreden besluit de vraag onder ogen had moeten zien of het verzoek van Wanadoo zulke dringende problemen betrof dat daarin aanleiding gevonden moest worden de marktanalyse te versnellen (...).

⁸ LJN/LJN:AT6100, 27 april 2005.

Besluit

Openbare versie

7.2 OPTA dient de aanvraag van Wanadoo opnieuw af te wijzen indien zij oordeelt dat deze aanvraag geen aanleiding vormt de voor een eventuele toepassing van artikel 6b.3 Tw noodzakelijke afronding van de marktanalyse te versnellen. Oordeelt OPTA anders dan zal zij eventueel naar analogie van artikel 4:14 Algemene Wet bestuursrecht een redelijke termijn dienen te noemen waarbinnen een inhoudelijk besluit op het verzoek van Wanadoo tegemoet kan worden gezien.”

19. Uit de uitspraak van de voorlopige voorzieningenrechter van 12 mei 2010 volgt:

“(…) dat - als verzoekers terecht betogen dat ingrijpen geboden is, teneinde KPN er van te houden WBT HK over koper tegen veel te lage prijzen op de markt aan te bieden – sprake is van een situatie waarin verzoeksters zich tot OPTA dienen te wenden met het verzoek om met toepassing van de in artikel 6b.3 Tw geboden mogelijkheden, versneld een nieuw of gewijzigd marktanalysebesluit tot stand te brengen”.

20. Het college heeft op 19 december 2008 het WBT-besluit genomen. In dat besluit heeft het college onder andere aangegeven dat⁹:

“8. (...) De markt voor WBT bestaat uit twee afzonderlijke relevante markten. Dit zijn de markt voor lage kwaliteit WBT en de markt voor hoge kwaliteit WBT. Het onderscheidende kenmerk tussen deze twee markten is de overboekingsfactor. Producten met een overboekingsfactor van 1:20 en hoger behoren tot de relevante markt van hoge kwaliteit WBT en de producten met een overboekingsfactor lager dan 1:20 behoren tot de relevante markt van lage kwaliteit WBT. De relevante geografische markt voor zowel hoge kwaliteit WBT als lage kwaliteit WBT is nationaal en omvat dus geheel Nederland.

9. Het college stelt op grond van de dominantieanalyse vast dat KPN over AMM beschikt op de markt voor lage kwaliteit WBT en op de markt voor hoge kwaliteit WBT.

11. Als gevolg van de dominante positie van KPN op de markt voor hoge kwaliteit WBT kunnen de volgende mededingingsbeperkende gedragingen zich voordoen:

- toegangsgelateerde mededingingsproblemen, zoals leveringsweigering/toegangswegering, strategisch gebruik van informatie, vertragingstactieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, strategisch productontwerp en bundeling/koppelverkoop.*
- prijsgelateerde mededingingsproblemen, zoals prijsdiscriminatie, marge-utholling en buitensporig hoge prijzen.*

14. Ter voorkoming van de geconstateerde mededingingsbeperkende gedragingen en met het oog op het doel van de regulering, legt het college KPN op de markten voor hoge en lage kwaliteit

⁹ Zie paragraaf 1.2 van het WBT-besluit.

Besluit

Openbare versie

WBT de volgende verplichtingen op:

- *De verplichting te voldoen aan redelijke verzoeken om lage kwaliteit WBT-toegang over koper en hoge kwaliteit WBT-toegang over koper en glas en bijbehorende diensten en faciliteiten over het aansluitnetwerk te leveren.*
- *De verplichting tot non-discriminatie: de verplichting om lage kwaliteit WBT-toegang over koper en hoge kwaliteit WBT-toegang over koper en glas en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te leveren. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN, onder gelijke omstandigheden gelijke voorwaarden hanteert ten aanzien van leveringen aan externe afnemers als die voorwaarden die zij hanteert bij de levering aan haarzelf.*
- *De verplichting tot transparantie: het referentieaanbod dient te zijn opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang tot lage kwaliteit WBT-toegang over koper en hoge kwaliteit WBT-toegang over koper en glas en bijbehorende diensten en faciliteiten en dient voldoende kenbaar te maken welke tarieven en andere voorwaarden KPN hanteert voor haar wholesale afnemers;*
- *De verplichting tot tariefregulering: KPN is voor hoge kwaliteit WBT-toegang over koper en glas gehouden aan kostenoriëntatie, waarbij een meerjarige wholesale price cap van toepassing is”.*

4 Standpunten van partijen

21. Het college heeft van partijen zienswijzen binnengekregen naar aanleiding van het verzoek van B&T en tijdens de hoorzitting van 30 augustus 2010. In paragraaf 4.1 zullen de verkregen zienswijzen naar aanleiding van het verzoek van B&T weergegeven worden. In paragraaf 4.2 worden de zienswijzen gegeven die verkregen zijn tijdens de hoorzitting.

4.1 Standpunten van partijen naar aanleiding van het verzoek van B&T

22. In paragraaf 4.1.1 wordt het verzoek van B&T samengevat en in paragraaf 4.1.2 de zienswijze van KPN daarop. In paragraaf 4.1.3 behandelt het college vervolgens de zienswijze van BCPA en in paragraaf 4.1.4 de zienswijze van UPC.

4.1.1 Verzoek van B&T

Spoedeisend belang

23. B&T geeft in haar verzoek aan dat KPN bij brief van 17 maart 2010 zakelijke afnemers een nieuwe tarieflijst heeft toegestuurd met kortingen voor WBA ZM ATM breedbandverbindingen uit het

Besluit

Openbare versie

36. Daarnaast heeft KPN een superieure financiële positie en de ruimte om zelfs tegen een negatieve winstmarge aan te bieden, en kan zij bovendien kruissubsidiëren vanuit ongereguleerde activiteiten. Indien KPN eenmaal de vrijheid krijgt om rooftprijzen te hanteren, dan is het zeer onwaarschijnlijk dat er ooit nog een andere aanbieder op zal staan. Gezien bovenstaande is B&T dan ook van mening dat KPN rooftprijzen hanteert.

37. Concluderend verzoekt B&T het college om aanpassing van het WBT-besluit op grond van artikel 6b.3 Tw, voor wat betreft de markt WBT HK in de zin dat aan KPN ondergrensregulering wordt opgelegd waarbij de ondergrens een op EDC gebaseerde kostprijs betreft. B&T geeft het college daarbij in overweging dit te realiseren door in een nog te nemen WPC-2b besluit te bepalen dat het voor wat betreft de markt voor WBT HK vastgestelde tariefplafond tevens de ondergrens vormt.

4.1.2 Zienswijze van KPN

38. KPN brengt in reactie op het verzoekschrift van B&T en de vragenbrieven van het college de volgende zienswijze naar voren.

Spoedeisend belang

39. KPN is van mening dat B&T geen gewijzigde omstandigheden aandraagt die het rechtvaardigen dat het college een vervroegd marktanalysebesluit neemt. Immers, in de prospectieve analyse van het WBT-besluit is volgens KPN al rekening gehouden met mogelijk wijzigende omstandigheden.

40. KPN is van mening dat er geen sprake is van een nieuwe marktomstandigheid, laat staan van uitzonderlijke omstandigheden in de zin van artikel 6b.3 Tw. De huidige situatie waarbij aan KPN geen ondergrensregulering is opgelegd, is reeds sinds 1 januari 2009 in werking. De nieuwe en uitzonderlijke omstandigheden zouden dan gelegen moeten zijn in de introductie van het actietarief, maar ook de actietarieven vormen geen nieuwe omstandigheid omdat KPN met deze nieuwe tarieven slechts reageert op de tarieven van andere aanbieders (die lager zijn dan van KPN) op de WBT HK markt. Bovendien voeren andere marktpartijen vergelijkbare marketingacties.

41. Met betrekking tot het spoedeisend belang geeft KPN aan dat het CBb in de Wanadoo zaak heeft aangegeven dat, wil er sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden in de zin van art. 6b.3 van de Tw, het college dient te onderzoeken of het verzoek van de aanvrager dringende problemen betreft. Deze dringende problemen zijn er niet nu er geen toetredingsbarrières zijn voor aanbieders van WBT LK-diensten, of voor andere aanbieders, zoals glasaanbieders en kabelaanbieders, die op basis van eigen infrastructuur actief willen worden op de markt voor WBT HK. Laatst bedoelde categorie is voor hun aanbod in het geheel niet afhankelijk van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN. Bovendien is verlenging van de huidige actie op dit moment niet gepland.

42. KPN is dan ook van mening dat er geen omstandigheden aanwezig zijn die een besluit ex artikel 6b.3 Tw rechtvaardigen. Het bestaan van een academische mogelijkheid dat een bepaald mededingingsprobleem zich zal voordoen kan, naar vaste jurisprudentie van het CBb, geen grondslag

Besluit

Openbare versie

vormen voor het opleggen van een voor marktpartijen of eindgebruikers belastende remedie, omdat in een dergelijk geval tegenover de kosten van een dergelijke maatregel niet voldoende baten kunnen worden gezet. Verder is KPN van mening dat eerst de uitspraak van het CBb in de zaak tegen het WBT-besluit dient te worden afgewacht, omdat de gevolgen van deze uitspraak moeten worden meegewogen in een onderzoek op grond van artikel 6b.3 van de Tw.

Tariefregulering

43. KPN is van mening dat zij geen gebruik maakt van rooftprijzen. Ter ondersteuning gebruikt zij de door het Hof van Justitie ontwikkelde AKZO-test. KPN gebruikt geen rooftprijzen want (1) de actietarieven liggen niet onder het niveau van de gemiddelde variabele kosten en (2) bij KPN is er geen plan om de concurrentie uit te schakelen.

44. Afgezien van bovenstaande heeft KPN ook geen enkele reële kans op goedmaking van de verliezen die in verband met het actietarief worden geleden ('recoupment'). Dit is relevant nu uit jurisprudentie van het CBb blijkt dat bij het opleggen van ex ante verplichtingen een verbod op rooftprijzen alleen passend is indien recoupment mogelijk is. Mocht B&T door de actietarieven van KPN gedwongen zijn om de markt voor WBT HK te verlaten dan kan zij deze markt op ieder moment weer opnieuw betreden, als KPN haar prijzen weer verhoogt, nu partijen ook aanbieder zijn op de markt voor WBT LK-diensten; zij zullen dan immers geen hoge instapkosten hoeven te maken.

45. KPN is het niet eens met het opleggen van ondergrensregulering op EDC-niveau nu dit markttoetreding aanmoedigt door minder efficiënte concurrenten (concurrenten met hogere incrementele kosten dan KPN) en dit niet bijdraagt aan het bevorderen van daadwerkelijke concurrentie. Bovendien leidt een hogere ondergrens tot een hoger retailtarief en dat is niet in het belang van eindgebruikers, aldus KPN.

4.1.3 Zienswijze van BCPA

46. Het college heeft van BCPA een zienswijze ontvangen op het verzoekschrift van B&T. Hieronder volgt een korte uiteenzetting van deze zienswijze.

Spoedeisendheid

47. Artikel 6b.3 van de Tw geeft aan dat sprake dient te zijn van uitzonderlijke omstandigheden. Het CBb heeft in de Wanadoo zaak aangegeven dat het college dient te beoordelen of het verzoek van de aanvrager dringende problemen betreft. Het college dient derhalve, bij het verzoek van B&T om wijziging van het WBT-besluit middels een spoedbesluit, te toetsen aan deze norm.

48. BCPA ziet geen gevolgen van de WBT-actie. BCPA heeft geen aanleiding om te veronderstellen dat afnemers zich voortaan zullen afwenden van BBned en/of Tele2 als gevolg van de actie.
vertrouwelijk [XX]

Besluit

Openbare versie

4.2 Zienswijzen hoorzitting 30 augustus 2010

4.2.1 Zienswijze van B&T

56. Aanvullend op de eerder ingediende zienswijzen geeft B&T aan dat het met de kortingen die KPN in de WBT-actie aanbiedt voor de hand ligt dat afnemers contracten zullen afsluiten met een minimumduur van drie jaar. Op die manier kan KPN klanten voor lange tijd aan zich binden en is er sprake van een 'customer lock in'.

57. Daarnaast biedt KPN klanten die binnen drie maanden bestellen extra kortingen waarbij geldt dat hoe meer lijnen er worden besteld hoe hoger de kortingen die worden gegeven. Daarmee worden klanten van alternatieve aanbieders als B&T gestimuleerd om het gehele retailklantenbestand te migreren naar KPN.

58. Bovendien sluit KPN met haar actie op de langere termijn concurrentie uit op de markt voor WBT HK over glas. KPN zal immers alle klanten die overstappen op termijn migreren naar haar All-IP netwerk, aldus B&T. Kortom, de actie van KPN is er op gericht om de concurrentie voor WBT HK over koper snel langdurig uit te schakelen.

59. Volgens B&T is de AKZO-test ontwikkeld voor ex-post toezicht terwijl het onderhavige verzoek van B&T ziet op ex ante regulering. In dat kader kan de AKZO-test niet zonder meer worden toegepast. De toets die moet worden toegepast, zoals ook door de voorzieningenrechter aangegeven, betreft de vraag of er sprake is van een *"concrete dreiging [...] dat KPN ervoor zou kunnen kiezen zeer lage prijzen in rekening te brengen ten einde de concurrentie uit te schakelen"*¹¹. Volgens vaste rechtspraak van het CBb is niet vereist dat dergelijke dreigingen zich hebben voorgedaan; het gaat erom of KPN de mogelijkheid en de prikkels heeft, en als dat zo is dan moeten er verplichtingen worden opgelegd. In het onderhavige geval is er geen sprake van slechts een prikkel maar is KPN al overgegaan tot daadwerkelijk handelen door de WBT-actie in de markt te zetten. KPN heeft daarenboven eind augustus een additioneel overstapaanbod gedaan. Het is dan ook niet alleen noodzakelijk dat er (tarief-)verplichtingen aan KPN worden opgelegd. Het is ook noodzakelijk om dit met spoed te doen.

60. B&T reageert ook op de stelling van KPN dat er geen sprake is van een mogelijkheid tot recoupment. B&T geeft aan dat die mogelijkheid er wel is daar het aanbod van KPN alleen gaat om nieuwe verbindingen; dit houdt de verliezen van KPN beperkt. Bovendien gelden de kortingen potentieel voor een termijn van meerdere jaren hetgeen betekent dat KPN klanten wint voor een lange periode. KPN kan, nadat alternatieve aanbieders door de actie van KPN de markt hebben verlaten, de prijzen verhogen en zodoende verliezen goedmaken.

61. Met betrekking tot gedragsregel 5 merkt B&T op dat deze gedragsregel niet voldoet. Gedragsregel 5 kan niet voorkomen dat KPN tarieven in de markt zet die door overige aanbieders niet gevolgd kunnen worden. Daarnaast laat gedragsregel 5 toe dat het ongereguleerde tarief van een

¹¹ Zie pleitnota Bird & Bird, randnummer 21, 30 augustus 2010.

Besluit

Openbare versie

nationale huurlijn lager kan zijn dat het gereguleerde tarief van een regionale huurlijn.

4.2.2 Zienswijze van KPN

62. Er is volgens KPN geen sprake van een uitzonderlijke omstandigheid ex artikel 6b.3 van de Tw gegeven dat het bij een marktanalyse gaat om een prospectieve analyse. Naar aanleiding van een dergelijke analyse worden verplichtingen opgelegd en de actie van KPN voldoet aan die verplichtingen.

63. Verder heeft het college op 27 april 2010 een nieuw marktanalysebesluit ULL genomen waartegen B&T beroep heeft ingesteld. In dit beroep heeft zij ook grieven opgenomen tegen de in dat besluit opgenomen gedragsregel 5. Het lijkt KPN logisch om eerst de uitspraak van het CBb in dat beroep af te wachten alvorens een besluit ex artikel 6b.3 van de Tw te nemen.

64. Ook hebben BBned en Tele2 een concentratie aangekondigd waardoor zij samen een nog geduchtere concurrent voor KPN zullen worden. Het lijkt KPN niet waarschijnlijk dat een actietarief voor een enkele wholesaledienst ervoor zorgt dat bij de nieuwe onderneming het water tot boven de lippen zal stijgen. Dit geldt temeer nu WBT HK een relatief aandeel heeft in het totale pakket aan dienstverlening dat B&T verzorgt.

65. Met betrekking tot de WBT-actie merkt KPN op dat zij slechts op de acties van concurrerende aanbieders heeft gereageerd. Enkele grote afnemers van KPN lieten weten dat B&T haar tarieven voor WBT HK-producten fors had verlaagd. Als gevolg van deze tariefdaling van B&T zag KPN zich genoodzaakt ook de tarieven te verlagen om de uitstroom van klanten een halt toe te roepen. Deze tariefdaling is gedaan met inachtneming van gedragsregel 5 en met inachtneming van het verbod op misbruik van machtspositie (in het bijzonder het verbod op roofprijzen en prijsstijgingen).

66. Ook de angst van B&T dat KPN de gewonnen klanten zal overzetten naar het glasvezelnetwerk van KPN, acht KPN ongegrond. KPN wijst er op dat glasvezel nog maar in beperkte delen van Nederland is aangelegd en dat KPN juist heeft aangekondigd voorlopig niet over te gaan tot het uitfaseren van MDF-centrales. Daarnaast ziet B&T over het hoofd dat het uiteindelijk aan de klant is om te beslissen of er wordt gemigreerd naar glasvezel.

67. KPN acht de mogelijkheid tot recoupment niet aanwezig. De kosten van B&T voor het aanleggen van haar WBT-netwerk zijn namelijk in aanmerkelijke mate verzonken kosten en dit netwerk gebruikt zij bovendien ook voor haar WBT LK-diensten. Mocht B&T door de actie van KPN de markt moeten verlaten dan kan zij, wanneer KPN de prijzen weer verhoogt, op elk mogelijk moment de markt weer betreden. Een strategie van roofprijzen is dan ook niet levensvatbaar voor KPN.

68. Concluderend stelt KPN dan ook dat er van uitzonderlijke omstandigheden in de zin van artikel 6b.3 van de Tw geen sprake is; KPN voldoet immers met haar actie aan gedragsregel 5 en de eindgebruiker is uiteindelijk de grote winnaar in de concurrentiestrijd tussen partijen.

Besluit

Openbare versie

4.2.3 Zienswijze van Eurofiber

69. Eurofiber constateert dat in de markten voor ULL, WBT en Huurlijnen het risico op het hanteren van roofprijzen door KPN niet denkbeeldig is. Eurofiber is van mening dat het evident is om ondergrensregulering op te leggen aan KPN. Een dergelijke maatregel past volgens Eurofiber ook binnen het regelgevend kader van de ex ante regulering. Eurofiber spreekt zich niet uit over de vraag of aan de specifieke voorwaarden voor een verzoek op basis van artikel 6b.3 Tw is voldaan, maar onderschrijft het door B&T geconstateerde probleem. Eurofiber is van mening dat OPTA onvoldoende in lijkt te zien dat er sprake is van een serieus probleem dat zich feitelijk al voordoet, namelijk dat de infrastructuurconcurrentie de kop wordt ingedrukt.

5 Overwegingen van het college

70. In dit hoofdstuk beoordeelt het college het verzoek van B&T. In paragraaf 5.1 beoordeelt het college of ondergrensregulering vereist is als gevolg van de door B&T aangedragen omstandigheden in de markt voor WBT HK. Het college toetst daarbij of er sprake is van uitzonderlijke marktomstandigheden die niet thans voorzien zijn in het WBT-besluit. Subsidiair gaat het college in paragraaf 5.2 in op de business cases van B&T in de markt voor WBT HK. Aan de hand hiervan toetst het college de conclusie uit paragraaf 5.1. Het college acht deze aanvullende toetsing proportioneel gezien de grote potentiële impact van het verzoek van B&T op de markt voor WBT HK. In deze paragraaf staat met name centraal de kans op marge-uitholling als gevolg van te lage prijzen en de kans op uittreding van marktpartijen uit de markt voor WBT HK.

5.1 Beoordeling verzoek tot ondergrensregulering

71. Zoals in paragraaf 4.1.1 is aangegeven, verzoekt B&T om aanpassing van het WBT-besluit van 19 december 2008. B&T verzoekt het college om op grond van artikel 6b.3 van de Tw een tijdelijk besluit te nemen ten aanzien van de markt voor WBT HK, waarbij het college aan KPN ondergrensregulering oplegt op basis van een op EDC gebaseerde kostprijs.

72. Het college heeft op 19 december 2008 het WBT-besluit genomen. In dat besluit is vastgesteld dat de markt voor hoge kwaliteit WBT niet daadwerkelijk concurrerend is, omdat KPN beschikt over een aanmerkelijke marktmacht. Het college heeft daarom geconcludeerd dat het passend is om verplichtingen op te leggen aan KPN in de markt voor WBT HK. Het betreft onder meer een non-discriminatieverplichting, waaronder gedragsregel 5, en tariefregulering (prijsplafonds¹²).

73. Het college merkt op dat het systeem (van hoofdstuk 6A) van de Tw uitgaat van ex ante regulering voor een periode van – in beginsel – drie jaar. Onder uitzonderlijke omstandigheden is het

¹² Kenmerk: OPTA/AM/2010/201664, 10 juni 2010

Besluit

Openbare versie

mogelijk om over te gaan tot een eerdere heroverweging, indien de marktontwikkelingen hiertoe aanleiding geven. In dit verband is het college van oordeel dat niet elke wijziging in marktomstandigheden rechtvaardigt dat van het uitgangspunt van driejaarlijkse regulering wordt afgeweken. Immers, het college houdt in de prospectieve analyses onderliggend aan de marktanalysebesluiten al rekening met mogelijk wijzigende marktomstandigheden.

74. De uitzonderlijke marktomstandigheden die B&T aandraagt, hebben betrekking op de markt voor WBT HK. Volgens B&T:

- is het risico van te lage prijzen voor WBT HK-diensten van KPN niet voorzien in het WBT-besluit. Derhalve is de WBT-actie een nieuwe omstandigheid ten opzichte van het WBT-besluit.
- zijn de actieprijzen van KPN voor WBT HK dermate laag dat B&T niet langer in staat is om haar WBT HK-diensten rendabel aan te bieden. Dit leidt tot een lagere omzet voor B&T en uiteindelijk tot uittreding van B&T uit de markt voor WBT HK.
- zijn er aanzienlijke toetredingsbarrières voor marktpartijen en overstapdrempels voor klanten, die marktpartijen beletten de markt voor WBT HK (opnieuw) te betreden.

75. Volgens B&T zijn de huidige non-discriminatieverplichting, waaronder specifiek gedragsregel 5, en de tariefverplichting inzake bovengrensregulering ontoereikend om te voorkomen dat KPN te lage (mededingingsbeperkende) prijzen hanteert. B&T geeft aan dat het mededingingsbeperkende gedrag van KPN tot gevolg heeft dat zij uit de markt wordt gedrukt. B&T is van mening dat alleen ondergrensregulering in de markt voor WBT HK, op basis van de zogenoemde EDC-systematiek, zou voldoen om het mededingingsprobleem van te lage prijzen te remediëren.

76. Het college volgt B&T niet in haar standpunt dat ondergrensregulering opgelegd dient te worden in de markt voor WBT HK. Het college zet hieronder uiteen waarom hij het verzoek van B&T tot aanpassing van het WBT-besluit ex artikel 6b.3 van de Tw afwijst.

A) Uitzonderlijke omstandigheid: risico op te lage prijzen voor WBT HK

77. Reeds in de beroepsprocedure van het huidige WBT-besluit heeft B&T in haar zienswijze¹³ gepleit voor ondergrensregulering in de markt voor WBT HK. Het college zou volgens B&T niet voldoende gemotiveerd hebben waarom hij niet heeft gekozen voor ondergrensregulering.

¹³ Kenmerk CBb: Procedurenummers 09/203 en 09/208, zienswijze BBned/Tele2, subgrief V.1, randnummer 135, 11 september 2009.

Besluit

Openbare versie

78. Het college heeft in zijn verweerschrift¹⁴ gereageerd op deze grief van B&T. Hierin geeft het college aan waarom volgens hem een risico bestaat op te hoge wholesaletarieven van KPN, maar geen risico bestaat op te lage wholesaletarieven.

79. Ten aanzien van de stelling van B&T dat het college ten tijde van het WBT-besluit geen risico voorzag van te lage wholesaletarieven, merkt het college op dat hij geen risico voorzag op marktbreed te lage prijzen waarvoor ondergrensregulering zou kunnen worden opgelegd. Echter, de aan KPN opgelegde gedragsregel 5 heeft tot doel om concurrenten van KPN bescherming te bieden tegen selectieve en gerichte marge-uitholling tussen ULL- en WBT-producten. Het college heeft dit eveneens in het verweerschrift WBT (randnummer 10.2.76) uitgelegd. Concurrenten kunnen in het onderhavige geval met de bescherming van gedragsregel 5, uitgaande van de voortbrengingswijze van KPN, de WBT-diensten van KPN prijstechnisch repliceren. Het risico van te lage wholesale prijzen die leiden tot marge-uitholling, wordt in deze zaak met gedragsregel 5 tegengegaan.

80. De in het ULL-besluit in het kader van de non-discriminatie-verplichting aan KPN opgelegde gedragsregel 5 luidt als volgt:

“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-uitholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.”¹⁵

81. Het doel van gedragsregel 5 is kortweg dat concurrenten van KPN de downstreamdiensten van KPN prijstechnisch kunnen repliceren.

82. Het college merkt op dat de gedragingen van KPN, in casu het in de WBT-actie hanteren van lagere prijzen voor afname van WBT HK, weliswaar niet voorzien zijn in het WBT-besluit en dat daarom betoogd zou kunnen worden dat er sprake is van een nieuwe uitzonderlijke marktomstandigheid. Deze omstandigheid leidt volgens B&T tot een mededingingsprobleem, namelijk marge-uitholling bij alternatieve aanbieders van WBT HK. Het college constateert dat het mededingingsprobleem marge-uitholling, mede als gevolg van te lage prijzen, reeds in het ULL-besluit is geremedieerd met gedragsregel 5.

83. Volgens B&T is gedragsregel 5 niet toereikend om marge-uitholling te voorkomen. Zij beweert dat de kostenmethodiek, die KPN gebruikt om aan gedragsregel 5 te voldoen, tot een te lage niet representatieve kostprijs leidt. Hierdoor lijkt er geen sprake te zijn van marge-uitholling, terwijl dit in de praktijk wel het geval is. Kortom, volgens B&T werkt gedragsregel 5 in de praktijk niet. Het college merkt hierover het volgende op.

¹⁴ Kenmerk CBb: Procedurenummers 09/203 t/m 09/206 en 09/208 S2, Verweerschrift marktanalysebesluit WBT, pagina 173 t/m 177, 14 augustus 2009.

¹⁵ Kenmerk: OPTA/AM/2010/201285, randnummer 932, 27 april 2010.

Besluit

Openbare versie

grote kosten met zich meebrengen voor B&T om opnieuw de markt voor WBT HK te betreden. Derhalve kan KPN op lange termijn hogere prijzen hanteren zonder de dreiging van nieuwe toetreders.

102. Het college acht, in tegenstelling tot B&T, ook het bestaan van toetredingsbarrières in de onderhavige zaak van beperkt belang. Het college erkent weliswaar dat er toetredingsbarrières bestaan in de markt voor WBT HK, maar acht dat desondanks de mogelijkheid blijft bestaan voor BBned om eventueel klanten terug te winnen van KPN. Het college constateert dat B&T ook WBT LK levert aan externe partijen en zowel WBT LK als WBT HK aan haar eigen retailorganisaties levert (interne levering). Dit leidt ertoe dat het eventueel (opnieuw) opstellen van een extern aanbod van WBT HK-diensten minder kosten met zich mee zou brengen.

Conclusie

103. Het college stelt primair dat de verplichtingen, zoals opgenomen in het ULL-besluit van 27 april 2010, in deze zaak voldoende zijn om het door B&T gepercipieerde mededingingsprobleem van marge-uitholling in de markt voor WBT HK te remediëren. Het feit dat KPN de WBT-actie heeft geïntroduceerd ondermijnt dit niet, omdat gedragsregel 5 tot doel heeft om te lage wholesaleprijzen die tot marge-uitholling leiden te voorkomen. Verder acht het college het onaannemelijk dat de WBT-actie van KPN tot marge-uitholling leidt.

104. Evenmin leidt de door B&T aangedragen situatie dat KPN zonder verlies van afnemers een hoger tarief kan hanteren dan B&T tot een andere conclusie. Het college heeft het namelijk in de huidige marktanalyses niet in het belang van de eindgebruiker geacht om een te hoog minimum prijsniveau (op basis van gedragsregel 5) in de markt op te leggen. Dit kan er namelijk toe leiden dat eindgebruikers duurzaam een hogere retailprijs moeten betalen als gevolg van mogelijke inefficiënte kosten van concurrenten van KPN. Subsidiar acht het college dat KPN slechts in beperkte mate een hogere prijs kan hanteren dan haar concurrenten in de markt voor WBT HK en dat het bestaan van overstapdrempels en toetredingsbarrières in mindere mate van toepassing is.

105. Gezien bovenstaande komt het college tot de conclusie dat er geen sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die niet reeds in het WBT-besluit en ULL-besluit worden geredieerd. Aldus wordt niet voldaan aan de eis van artikel 6b.3, eerste lid, van de Tw dat het college (alleen) in uitzonderlijke omstandigheden een spoedbesluit kan nemen. Het college wijst derhalve het verzoek van B&T tot ondergrensregulering af.

Besluit Openbare versie

6 Dictum

122. Met betrekking tot het verzoek van B&T aan het college, om op grond van artikel 6b.3 Tw een besluit te nemen tot het opleggen van ondergrensregulering, met een op EDC gebaseerde kostprijs, in de markt voor WBT HK, oordeelt het college als volgt.

123. Het college oordeelt dat B&T geen feiten heeft aangedragen die tot de conclusie leiden dat er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden in de markt voor WBT HK die niet reeds in het WBT-besluit en in het ULL-besluit worden geredieerd.

124. Aldus wordt niet voldaan aan de eis van artikel 6b.3, eerste lid, van de Tw dat het college in uitzonderlijke omstandigheden, indien de vereiste spoed zich verzet tegen de toepassing van de procedures, bedoeld in de artikelen 6b.1, eerste lid, of 6b.2, die procedures buiten toepassing kan laten bij het nemen van een besluit als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, eerste lid, onder a, 6a.16, eerste lid, of 6a.18, eerste lid, ten einde de concurrentie te waarborgen of de belangen van de gebruikers te beschermen.

125. Het college wijst het verzoek van B&T af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.