Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008

- Definitief -

21 april 2012
OPTA/AM/2012/201156
Zaaknr. 07.0258.23

Openbare versie

Inhoudsopgave

1 Inleiding en samenvatting 4

1.1 Inleiding 4
1.2 De CBb-uitspraak 5
1.3 Vervolgstappen college 5
1.4 Samenvatting van het Aanvullend besluit 8
1.5 Verloop van de procedure 9
1.5.1 Procedure en betrokkenheid marktpartijen 9
1.5.2 Nationale consultatie 9
1.5.3 Opmerkingen Europese Commissie 9
1.6 Leeswijzer Aanvullend besluit en aansluiting op VT-besluit 2008 10

2 AMM-positie KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie 11

3 Potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie in aanwezigheid van wholesaleregulering 13

3.1 Inleiding 13
3.2 Effecten van wholesaleregulering en te verwachten retailproblemen 13
3.3 Buitensporig hoge prijzen 15
3.4 Marge-uitholling 16
3.5 Prijsdiscriminatie 18
3.6 Bundeling en koppelverkoop 19
3.7 Conclusie 21

4 Verplichtingen 22

4.1 Inleiding 22
4.2 Doelstelling regulering 22
4.3 Retailverplichting 23
4.3.1 Inleiding 23
4.3.2 Ondergrenstariefregulering 23
4.4 Passendheid ondergrenstariefregulering 25
4.4.1 Inleiding 25
4.4.2 Geschiktheid en noodzakelijkheid ondergrenstariefregulering 25
4.4.3 Niet langer passende retailverplichtingen 29

4.5 Inwerkingtreding en implementatietermijn 30
4.6 Effecten van verplichting 31
4.7 Conclusie 32

5 Dictum 33

Annex A Nota van Bevindingen 35

A.1 Inleiding 35
A.2 Startpunt aanvullend besluit en CBb-uitspraak 35
A.3 AMM-positie KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie 36
A.4 Potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie in aanwezigheid van wholesaleregulering (H3) 37
A.4.1 Effecten van wholesaleregulering en te verwachten retailproblemen (VoB) 37
A.4.2 Marge-uitholling 39
A.4.3 Prijsdiscriminatie 40
A.4.4 Bundeling en koppelverkoop 42
A.4.5 Wijzigingen naar aanleiding van zienswijzen van partijen 44
A.5 Verplichtingen (H4) 44
A.5.1 Retailverplichting algemeen 44
A.5.2 Reikwijdte retailverplichting 45
A.5.3 Invulling ondergrenstariefregulering 45
A.5.4 Niet langer passende retailverplichtingen 51
A.5.5 Inwerkingtreding en implementatietermijn 52
A.5.6 Wijzigingen naar aanleiding van zienswijzen van partijen 56

Annex B Drie-criteriatoets zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie 57

B.1 Kader drie-criteriatoets 57
B.2 Drie-criteriatoets zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie 57

Annex C Opmerkingen Europese Commissie 61

C.1 Noodzakelijkheid van een geactualiseerde drie-criteriatoets in het definitieve herstelbesluit 61

1 Inleiding en samenvatting

1.1 Inleiding

1. In het besluit 'Marktanalyse Vaste telefonie' van 19 december 2008[1] (hierna: VT-besluit 2008) heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) de markten voor vaste telefonie afgebakend en geanalyseerd. Het college heeft in dat besluit de wholesale- en retailmarkten voor vaste telefonie afgebakend. Op deze wholesalemarkten beschikte KPN[2] naar het oordeel van het college over aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM). Er zijn dan ook op deze wholesalemarkten passende verplichtingen opgelegd.

2. Het college heeft daarna geconcludeerd dat – in aanwezigheid van de generieke en de in het VT-besluit 2008 opgelegde telefoniespecifieke wholesaleverplichtingen – de residentiële retailmarkt daadwerkelijk concurrerend was en dat de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie[3] niet daadwerkelijk concurrerend was. Het college heeft geen retailverplichtingen opgelegd op de residentiële retailmarkt en heeft de retailverplichtingen op de zakelijke retailmarkt ingetrokken per 1 januari 2010.

3. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) heeft bij uitspraak van 30 september 2011[4] (hierna: de CBb-uitspraak) het VT-besluit 2008 vernietigd, materieel gezien echter slechts wat betreft de intrekking van verplichtingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie. Naar het oordeel van het CBb heeft het college onder andere niet deugdelijk gemotiveerd dat de verplichtingen op de zakelijke retailmarkt na 1 januari 2010 konden worden ingetrokken. Het CBb heeft het college opgedragen binnen drie maanden een nieuw besluit te nemen over instandhouding van de verplichtingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie na 1 januari 2010.

4. Met dit definitieve Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 (hierna: definitief Aanvullend besluit) geeft het college uitvoering aan de opdracht van het CBb. Dit besluit beperkt zich tot de opdracht die het CBb aan het college geeft. De delen van het VT-besluit 2008 die niet zijn vernietigd door het CBb blijven onverkort van kracht, tenzij anders aangegeven in dit definitief Aanvullend besluit.

[1] Kenmerk: OPTA/AM/2008/202721.

[2] Overal waar in dit besluit "KPN" wordt vermeld, dient hieronder te worden verstaan: "Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen, als bedoeld in artikel 24b, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, voor zover zij actief zijn op deze markt als onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbiedt".

[3] In randnummer 937 van het VT-besluit 2008 heeft het college de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie gedefinieerd als "zakelijke diensten ofwel verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op meer dan twee gelijktijdige gesprekken". Deze markt bestaat uit zakelijke diensten ofwel verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op meer dan twee gelijktijdige gesprekken.

[4] LJN: BT6098, AWB 09/209 tot en met 09/213.

5. Het besluit heeft betrekking op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie. Deze markt behelst op basis van het VT-besluit 2008 zakelijke diensten ofwel verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op meer dan twee gelijktijdige gesprekken. Het college rekent onder zakelijke diensten ook meervoudige PSTN/ISDN1/2-aansluitingen.[5]

1.2 De CBb-uitspraak

6. Als gevolg van de CBb-uitspraak is het VT-besluit 2008, voor zover voor dit besluit relevant, vernietigd op de volgende punten:

- dictumonderdeel Ixxi: het college concludeert dat handhaving van de bestaande verplichtingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie gedurende de gehele reguleringsperiode niet langer passend is; en
- dictumonderdeel Ixxii: het college trekt de vigerende retailverplichtingen die betrekking hebben op de zakelijke markt in op 1 januari 2010.

7. Kort gezegd motiveerde het CBb deze gedeeltelijke vernietiging als volgt. Het college had de drie-criteriatoets niet mogen toepassen als grondslag voor het intrekken van verplichtingen op de retailmarkt voor zakelijke vaste telefonie. Ook had het college naar het oordeel van het CBb onvoldoende gemotiveerd dat er daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt wordt gerealiseerd aan het einde van de reguleringsperiode dan wel de periode kort daarop volgend. Het CBb is van oordeel dat het college de intrekking van de verplichtingen zoals opgelegd in het besluit 'De retailmarkten voor Vaste Telefonie' van 21 december 2005[6] (hierna: VT-besluit 2005) dan ook onvoldoende heeft gemotiveerd.

1.3 Vervolgstappen college

8. In het VT-besluit 2008 heeft het college – in aanvulling op de generieke wholesaleverplichtingen op het gebied van ontbundelde toegang, huurlijnen en wholesale breedband toegang – op de residentiële en zakelijke vaste telefoniemarkt het volgende pakket van telefoniespecifieke wholesaleverplichtingen opgelegd:

- toegangsverplichting;
- transparantieverplichting;
- non-discriminatieverplichting; en
- tariefregulering.

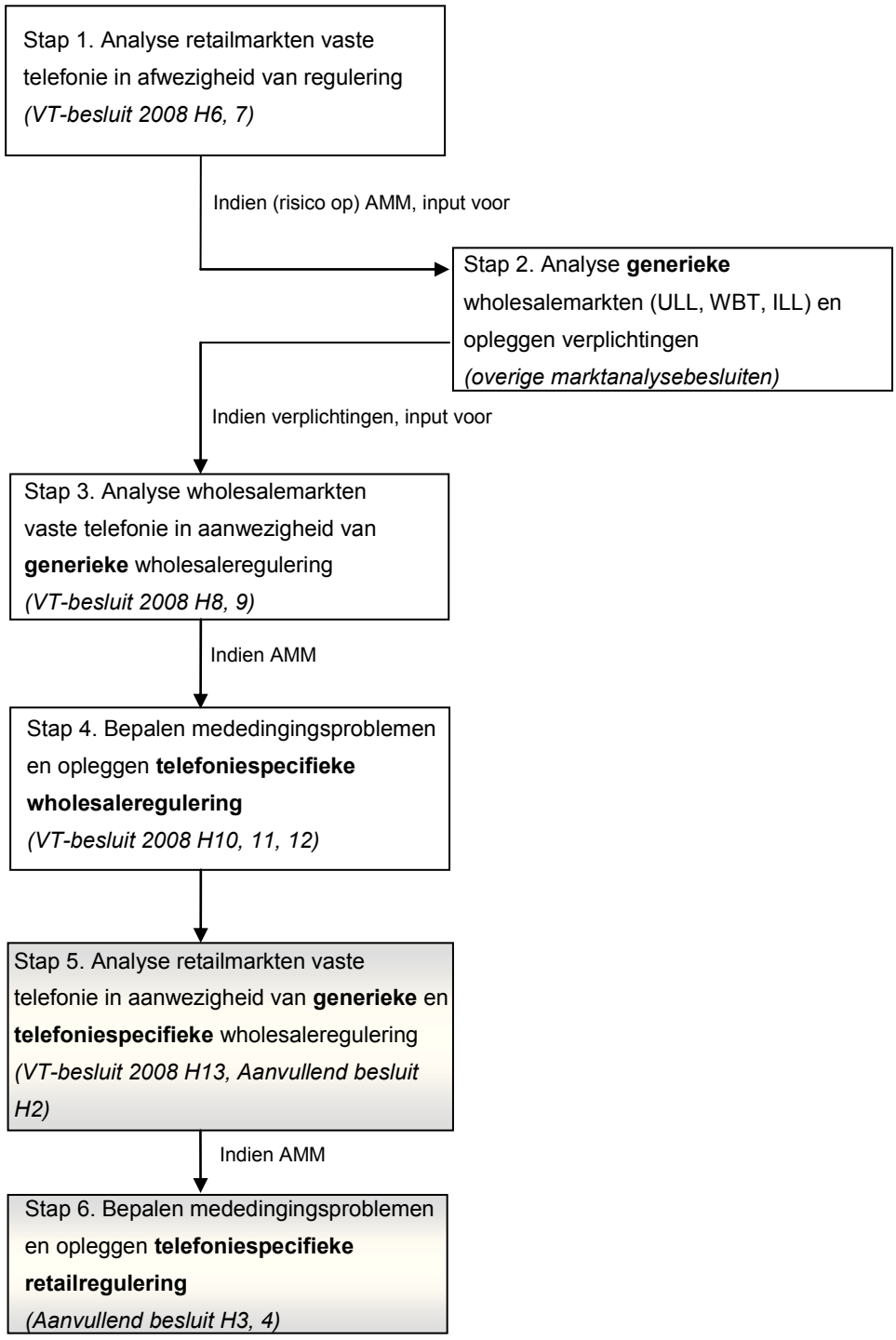
9. Het college interpreteert de overwegingen van het CBb als volgt. Het college had de verplichtingen op de retailmarkt voor zakelijke vaste telefonie niet mogen intrekken op basis van een drie-criteriatoets. Gelet op artikel 6a.4 jo. 6a.2 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) dient het

[5] Zie het VT-besluit 2008, randnummer 318, blz. 89 en bijlage 1.2, blz. 317. Het college heeft het besluit verduidelijkt naar aanleiding van de Nota van Bevindingen in Annex A, randnummer 168.

[6] Kenmerk: OPTA/TN/2005/203468.

college naar de stand van eind 2008 te beoordelen of de bij het VT-besluit 2005 aan KPN opgelegde verplichtingen moeten worden voortgezet na 1 januari 2010.

10. In het onderhavige besluit wordt onderzocht of de bij het VT-besluit 2005 aan KPN opgelegde verplichtingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie nog steeds passend zijn. Dit besluit gaat daarom na de in paragraaf 5.6 van het VT-besluit 2008 genoemde analysestappen verder met een analyse van de potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt en een analyse van passende verplichtingen om de geconstateerde problemen te remediëren. Daarmee wordt in feite een zesde stap toegevoegd aan de vijf stappen zoals opgenomen in Figuur 2 van het VT-besluit 2008, zoals hieronder weergegeven in Figuur 1.



Figuur 1. Stappen in de marktanalyse vaste telefonie. De stappen in dit aanvullend besluit zijn gearceerd.

1.4 Samenvatting van het Aanvullend besluit

11. Het college stelt vast dat KPN beschikt over AMM op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesaleverplichtingen. Het college concludeert dat zich de volgende potentiële mededingingsproblemen voordoen op de zakelijke retailmarkt:

- buitensporig hoge prijzen (beperkt);
- marge-uitholling;
- prijsdiscriminatie; en
- bundeling en koppelverkoop.

12. Deze problemen doen zich uitsluitend voor op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefoniediensten die niet geleverd worden middels VoB.[7] Om de vastgestelde potentiële mededingingsproblemen te adresseren, legt het college de volgende retailverplichting op:

- verplichting tot het voldoen aan ondergrenstariefregulering.
  KPN dient een ondergrens voor de retailtarieven op dienstniveau te hanteren voor alle typen zakelijke telefoniediensten die niet middels VoB worden geleverd. KPN dient voor de bepaling van de ondergrens aan te sluiten bij de ND-5 toets als gebruikt in het VT-besluit 2008, met dien verstande dat de retailopslag 18,6 procent bedraagt in plaats van 1 procent.[8]

13. Het college concludeert dat de voordelen van de retailverplichting groter zijn dan de nadelen. Omdat het college heeft vastgesteld dat de verplichting geschikt en noodzakelijk is, concludeert het college dat de verplichting passend is in de zin van artikel 6a.2, derde lid, van de Tw.

14. Het college stelt de implementatietermijn voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van de *installed base* wat betreft overeenkomsten gesloten vóór publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 van 7 december 2011 (hierna: Aanvullend ontwerpbesluit), vast op zes maanden. Het college stelt de implementatietermijn voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van de *installed base* wat betreft overeenkomsten gesloten tussen de datum van publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit, te weten 7 december 2011, en inwerkingtreding van dit definitief Aanvullend besluit, te weten 21 april 2012, vast op tien werkdagen. Het college stelt de

[7] Onder Voice over Broadband (VoB) verstaat het college in dit Aanvullend besluit de vorm van telefonie waarbij de eindgebruiker gebruik maakt van toegang op basis van het IP-protocol en deze eindgebruiker bereikbaar is met een nummer uit het nummerplan, zowel inkomende gesprekken kan ontvangen als uitgaande gesprekken kan maken, er telefoons gebruikt worden om te communiceren, en de mobiliteit tijdens het gesprek beperkt is. Zie hiervoor ook paragraaf 6.2.1 van het VT-besluit 2008.

[8] Zie de brief met onderwerp *Retailopslagen KPN* en kenmerk OPTA/AM/2009/203252 van 20 november 2009.

implementatietermijn voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van het actief afneembaar portfolio vast op tien werkdagen na inwerkingtreding van dit definitief Aanvullend besluit.[9]

15. Dit definitief Aanvullend besluit treedt in werking op 21 april 2012.

1.5 Verloop van de procedure

1.5.1 Procedure en betrokkenheid marktpartijen

16. Het college heeft op 24 oktober 2011 aangekondigd bij de marktpartijen dat het een besluit zou gaan nemen in aanvulling op het VT-besluit 2008. Het CBb heeft het college in zijn uitspraak een opdracht gegeven, waaraan het college uitvoering kan geven zonder aanvullende informatie in te winnen. Het college beschikt immers reeds over informatie van partijen in het kader van het VT-besluit 2008 en heeft in het kader van de nieuwe marktanalyse vaste telefonie in 2011 nieuwe relevante informatie vergaard.

1.5.2 Nationale consultatie

17. Het college heeft op 7 december 2011 het Aanvullend ontwerpbesluit gedurende zes weken ter consultatie voorgelegd aan marktpartijen. Vervolgens is op 7 februari 2012 op een enkel onderwerp dupliek gevraagd van marktpartijen. Voor de zienswijzen van marktpartijen en de reactie van het college daarop verwijst het college naar Annex A.

1.5.3 Opmerkingen Europese Commissie

18. Na de nationale consultatie heeft het college het Aanvullend ontwerpbesluit ter notificatie voorgelegd aan de Europese Commissie (hierna: Commissie) en aan de nationale regelgevende instanties van de EU-lidstaten op 12 maart 2012. Op 20 maart 2012 heeft de Commissie vragen gesteld aan het college met betrekking tot de notificatie en tevens separaat verzocht om een drie-criteriatoets voor de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie toe te sturen. Op 20 maart 2012 heeft het college de drie-criteriatoets naar de Commissie gestuurd. Het college heeft de vragen van de Commissie beantwoord op 22 maart 2012.[10]

19. Op 12 april 2012 heeft het college een brief van de Commissie ontvangen.[11] De Commissie heeft in deze brief het college verzocht om de drie-criteriatoets voor de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie op te nemen in het definitieve besluit. Voor een samenvatting van de brief van de Commissie wordt verwezen naar **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**. Van de nationale regelgevende instanties uit de EU-lidstaten zijn geen reacties ontvangen. Het college heeft naar aanleiding van de brief van de Commissie de
drie-criteriatoets toegevoegd aan het onderhavige definitief Aanvullend besluit (Annex B).

[9] De termijnen zijn aangepast naar aanleiding van de zienswijze van KPN. Zie randnummer 211 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

[10] Brief van het college aan de Europese Commissie, Case NL/2012/1303, kenmerk: OPTA/AM/2012/200998.

[11] Brief van de Europese Commissie aan het college, Case NL/2012/1303, kenmerk: C(2012) 2509.

1.6 Leeswijzer Aanvullend besluit en aansluiting op VT-besluit 2008

20. Alhoewel dat naar het oordeel van het college al volgt uit paragraaf 13.4.3 van het VT-besluit 2008 en dat tevens is bevestigd in de CBb-uitspraak, stelt het college in hoofdstuk 2 eerst vast dat KPN beschikt over AMM op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie. In hoofdstuk 3 oordeelt het college dat KPN als gevolg van haar AMM-positie in staat is om zich op mededingingsbeperkende wijze te gedragen. In hoofdstuk 4 werkt het college uit welke verplichting hij geschikt en noodzakelijk acht om de geconstateerde potentiële mededingingsproblemen te adresseren en wat de effecten van de verplichting zijn. Dit besluit leidt ook tot een gedeeltelijke vervanging van het dictum zoals opgenomen in het VT-besluit 2008 (hoofdstuk 5).

21. Dit besluit geldt als wijziging van het VT-besluit 2008 en dient tezamen met het VT-besluit 2008 te worden gelezen. Tot en met paragraaf 13.4.3 van het VT-besluit 2008 blijft dat besluit ongewijzigd. Daarna worden met dit definitief Aanvullend besluit de volgende (sub)paragrafen van het VT-besluit 2008 vervangen en/of aangevuld:[12]

- de paragrafen 13.4.4 tot en met 13.5.4 van het VT-besluit 2008 worden vervangen door hoofdstukken 2 tot en met 4 (met uitzondering van paragraaf 4.6) van dit besluit;

- hoofdstuk 14 van het VT-besluit 2008 wordt aangevuld met paragraaf 4.6 van dit besluit; en

- paragraaf 15.4 vanaf randnummer lxxi van het dictum van het VT-besluit 2008 wordt vervangen door hoofdstuk 5 van dit besluit.

[12] Hierbij merkt het college op dat het mogelijk is dat passages voor paragraaf 13.4.3 van het VT-besluit 2008, verwijzen naar of gebaseerd zijn op passages vanaf paragraaf 13.4.3 van het VT-besluit 2008, die door dit besluit zijn vervangen en/of aangevuld. Dergelijke passages voor paragraaf 13.4.3 van het VT-besluit 2008, dienen gelezen te worden met inachtneming van de relevante passages van dit besluit.

2 AMM-positie KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie

22. Het college heeft in paragraaf 13.4.3 van het VT-besluit 2008 geoordeeld dat, ook in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesaleverplichtingen, de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie niet daadwerkelijk concurrerend was, gezien de blijvend sterke positie van KPN op deze markt. Het CBb heeft dit oordeel in stand gelaten.

23. Met inachtneming van de CBb-uitspraak concludeert het college op basis van het VT-besluit 2008 – met name paragraaf 13.4.1 tot en met paragraaf 13.4.3 – dat KPN zich op de zakelijke retailmarkt ook in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesaleverplichtingen onafhankelijk kan gedragen van concurrenten.

24. Ten overvloede werkt het college hieronder uit dat de ontwikkelingen op de relevante zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie gedurende de reguleringsperiode 2009-2011 bevestigen dat aan het eind van deze reguleringsperiode de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie niet daadwerkelijk concurrerend is.

25. In het VT-besluit 2008 heeft het college ingeschat dat het marktaandeel van KPN op de zakelijke retailmarkt in de periode medio 2008 tot eind 2011 zou dalen met **[vertrouwelijk:** XXX**]** procent. In de praktijk is het aandeel in de periode medio 2008 tot medio 2011 gedaald met **[vertrouwelijk:** XXX**]** procent.[13] De daling gaat derhalve minder snel dan het college had voorspeld.

26. In het VT-besluit 2008 heeft het college in zijn prospectieve analyse aangenomen dat het aandeel van zakelijke vaste telefoniediensten op basis van VoB zou stijgen van 1 procent medio 2008 naar 11 procent eind 2011. Dit aandeel van VoB bedroeg medio 2011 echter **[vertrouwelijk:** XXX**]** procent.[14] De groei van VoB is daarom veel minder sterk dan in 2008 werd aangenomen. In het VT-besluit 2008 heeft het college de verwachting uitgesproken dat het aandeel zakelijke vaste telefoniediensten op basis van CPS/WLR eind 2011 [0-5 procent] zou bedragen. Op basis van inschattingen van marktpartijen heeft het college aangenomen dat het aantal aansluitingen via WLR-hoogcapacitair **[vertrouwelijk:** XXXXX-XXXXX**]** zou bedragen, ofwel een marktaandeel van **[vertrouwelijk:** XXX-XXX procent**]**. In de praktijk is de vraag naar WLR-hoogcapacitair gegroeid tot **[vertrouwelijk:** XXXXX**]** aansluitingen in Q1 2011. Door de overname door KPN van de grootste afnemer van WLR-hoogcapacitair, zijnde Atlantic Telecom, is de vraag gedaald naar **[vertrouwelijk:** XXXXX**]** aansluitingen in Q2 2011. De vraag naar WLR-hoogcapacitair heeft zich dus tot deze overname volgens de verwachting ontwikkeld.

[13] Bron: SMM.

[14] Bron: antwoorden van marktpartijen op vragen van het college in het kader van de marktanalyse Vaste Telefonie in 2011.

27. Het college wijst op grond van het voorgaande en het VT-besluit 2008 – met name paragraaf 13.4.1 tot en met paragraaf 13.4.3 – KPN op de niet concurrerende zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie aan als onderneming met AMM.

3 Potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie in aanwezigheid van wholesaleregulering

3.1 Inleiding

28. In dit hoofdstuk onderzoekt het college welke potentiële mededingingsproblemen als gevolg van de aanwezigheid van een partij met AMM op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie zich kunnen voordoen in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesaleverplichtingen.

29. Zoals besproken in paragraaf 3.5.2 van het VT-besluit 2008 kunnen zich diverse mededingingsproblemen op retailniveau voordoen. Het college behandelt in dit hoofdstuk in hoeverre de volgende potentiële mededingingsproblemen zich kunnen voordoen:

- buitensporig hoge prijzen;
- marge-uitholling;
- prijsdiscriminatie; en
- bundeling en koppelverkoop.

30. Hiertoe gaat het college in de paragrafen 3.3 tot en met 3.6 van dit besluit na of KPN in aanwezigheid van de opgelegde wholesaleregulering de mogelijkheid en prikkel heeft om deze mededingingsproblemen te veroorzaken. Het college beschrijft eerst in paragraaf 3.2 kort wat de effecten zijn van de wholesaleregulering en welke soort retailproblemen het college in aanwezigheid daarvan nog verwacht. In paragraaf 3.7 trekt het college zijn conclusie.

3.2 Effecten van wholesaleregulering en te verwachten retailproblemen

31. Het college behandelt de potentiële retailproblemen in aanwezigheid van wholesaleregulering. Reeds tijdens de reguleringsperiode 2006-2008 zorgde de combinatie van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering ervoor dat andere aanbieders dan KPN in staat waren om diverse zakelijke telefoniediensten aan te bieden en de concurrentie met KPN op de zakelijke retailmarkt aan te gaan:

- met behulp van de regulering van WBT hoge kwaliteit en ULL waren aanbieders in staat om op basis van VoB vaste telefoniediensten aan te bieden;

- met behulp van de regulering van C(P)S en WLR-laagcapacitair waren aanbieders in staat om PSTN, ISDN1- en ISDN2-diensten aan te bieden; en

- met behulp van de regulering van wholesale huurlijnen (met name ILL) waren aanbieders in staat om in combinatie met datadiensten, zakelijke telefoniediensten aan te bieden.

32. In de reguleringsperiode 2009-2011 is deze wholesaleregulering verder uitgebreid: (i) de WBT regulering is verzwaard,[15] (ii) de regulering van wholesale huurlijnen is verzwaard,[16] en (iii) in het VT-besluit 2008 is de WLR-verplichting voor hoogcapacitaire aansluitingen toegevoegd. Daarnaast is op wholesaleniveau de non-discriminatieverplichting uitgebreid, met onder meer gedragsregel 5 (die doorwerkt op retailniveau) (hierna: ND-5).

33. Als gevolg van de regulering zijn de toetredingsdrempels verlaagd en kunnen alternatieve aanbieders de verschillende typen telefoniediensten leveren. Zowel aanbieders zonder als aanbieders met een eigen infrastructuur hebben in de afgelopen jaren een bepaald marktaandeel verworven. Hieruit leidt het college af dat de diensten die KPN aanbiedt op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie *technisch repliceerbaar* zijn.

34. De wholesale tariefregulering en non-discriminatieverplichting zorgen daarbij ook voor redelijke wholesaletarieven. Het college constateert echter dat, vanwege de aanhoudende AMM-positie op retailniveau en concurrentievoordelen van KPN, de *prijstechnische repliceerbaarheid* op retailniveau niet voor alle diensten en bundels wordt gegarandeerd. Het college verwacht dat KPN in staat is selectief lagere tarieven te hanteren om de concurrentie te belemmeren. Zoals in randnummer 605 van het VT-besluit 2008 genoemd, zijn er meerdere mededingingsbeperkende gedragingen die alle een effect van marge-uitholling tot gevolg kunnen hebben. Het college gaat hieronder daarom in op de wholesale ND-5 toets, waarmee marge-uitholling op wholesaleniveau wordt geadresseerd.

35. Voor zakelijke retaildiensten op basis van VoB is er naar inzicht van het college als gevolg van de wholesaleregulering wel sprake van een level playing field. VoB-diensten worden onder andere geleverd op basis van ULL of WBT. Zowel wat betreft ULL als wat betreft WBT geldt de ND-5 toets, die KPN – gegeven haar wholesaletarieven – ook op retailniveau verplicht bepaalde minimumtarieven op dienstniveau te hanteren. Het college is van mening dat wat betreft VoB deze retailtarieven voldoende hoog zijn – in verhouding tot de wholesaletarieven – om marge-uitholling te voorkomen. VoB is een relatief nieuwe dienst waar KPN, anders dan wat betreft zakelijke retaildiensten op basis van ISDN,[17] in veel mindere mate over voordelen beschikt die zij ontleent aan haar incumbent positie. Ook kunnen de bouwstenen die noodzakelijk zijn om VoB te leveren op een veel hoger niveau worden ingekocht dan die voor ISDN. Hierdoor hebben de alternatieve aanbieders meer ruimte om zelf de kosten en de toegevoegde waarde te bepalen en dus hebben zij controle over de marge. De wholesaleverplichtingen, waaronder de ND-5 toetsen, bieden alternatieve aanbieders naar het oordeel van het college dan ook voldoende bescherming. KPN beschikt daarom in aanwezigheid van de wholesaleregulering niet over de mogelijkheid om wat betreft VoB-diensten marges uit te hollen. Gezien het bestaan van een level playing field en de beperkte aanwezigheid van voordelen die

[15] Deze verplichting voor WBT HK is als gevolg van de uitspraak van het CBb van 13 april 2010 (LJN: BM3159, AWB 09/214 tot en met 09/217) vernietigd.

[16] Deze verplichting is als gevolg van de uitspraak van het CBb van 3 mei 2011 (LJN: BQ3135, AWB 10/498, AWB 10/536 en AWB 10/545) vernietigd.

[17] Onder zakelijke retaildiensten op basis van ISDN (hierna ook: ISDN), verstaat het college in dit Aanvullend besluit alle zakelijke retaildiensten die niet worden geleverd op basis van VoB (zie ook voetnoot 7).

verband houden met de incumbent positie van KPN, oordeelt het college tevens dat KPN niet in staat is om buitensporig hoge prijzen te hanteren voor VoB-diensten.

36. Gelet op het voorgaande, onderzoekt het college in de volgende paragrafen met name retail mededingingsproblemen die een effect van (selectieve) prijsstelling sorteren op zakelijke retail ISDN-diensten ten nadele van wholesale afnemers van KPN en uiteindelijk ten nadele van eindgebruikers.

3.3 Buitensporig hoge prijzen

Inleiding

37. In paragraaf 10.3.2 in samenhang gelezen met paragraaf 10.2.2 van het VT-besluit 2008 heeft het college het algemene kader geschetst dat wordt gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of een partij de prikkel en de mogelijkheid heeft om buitensporig hoge prijzen te hanteren. De onderstaande beoordeling vindt plaats met inachtneming van dat kader.

Mogelijkheid en prikkel

38. Mede als gevolg van haar dominante positie heeft KPN de mogelijkheid om buitensporig hoge prijzen te hanteren. Zoals hieronder uitgewerkt, is het college echter van mening dat KPN daartoe een beperkte prikkel heeft. Mede als gevolg van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering zijn er alternatieven voor de door KPN aangeboden diensten. Als KPN besluit buitensporig hoge prijzen te hanteren, vormt dat een extra stimulans voor nieuwe aanbieders om de markt te betreden en/of voor al bestaande aanbieders om hun aanbod uit te breiden. Deze concurrentiedruk ontneemt KPN de prikkel om buitensporig hoge prijzen te hanteren op retailniveau. Afnemers zullen immers overstappen naar concurrenten als KPN buitensporig hoge prijzen hanteert.

39. Toch sluit het college niet uit dat er een bepaalde bijzonder inerte groep afnemers van ISDN-diensten bestaat voor wie KPN buitensporig hoge prijzen zou kunnen hanteren zonder dat deze overstapt naar concurrenten.

40. KPN zal een prikkel hebben om voor deze groep buitensporig hoge prijzen te hanteren. Deze groep zal echter zeer klein zijn nu er al geruime tijd valide proposities door alternatieve aanbieders gedaan worden en de concurrentiedruk tijdens de reguleringsperiode 2009-2011 ook nog enigszins toeneemt. Daar komt bij dat alternatieve aanbieders in staat geacht mogen worden – mede als gevolg van de in de reguleringsperiode 2009-2011 verzwaarde wholesaleregulering – om op een effectieve wijze inerte afnemers te benaderen, wat ertoe leidt dat deze afnemers niet (langer) akkoord gaan met een aanbod van KPN dat buitensporig hoog is geprijsd. Gezien de kleine omvang van deze groep, de verwachting dat deze groep nog kleiner zal worden en het feit dat deze afnemers kunnen overstappen, is het college van mening dat er wat dit betreft slechts sprake is van een beperkt probleem.

Conclusie

41. Het college concludeert dat KPN mede als gevolg van haar AMM-positie de mogelijkheid heeft om buitensporig hoge prijzen te hanteren. KPN heeft echter slechts een beperkte prikkel en alleen wat betreft zakelijke ISDN-diensten om dergelijke prijzen te hanteren voor dienstverlening aan een beperkte groep bijzonder inerte afnemers.

3.4 Marge-uitholling

Inleiding

42. Zoals uitgewerkt in paragraaf 10.3.2 in samenhang gelezen met paragraaf 10.2.2 van het VT-besluit 2008, zal er sprake zijn van marge-uitholling indien het verschil tussen de wholesale- en de retailtarieven te klein is. Op basis van de in de hoofdstukken 11 en 12 van het VT-besluit 2008 opgelegde telefoniespecifieke wholesale C(P)S en WLR tariefregulering en de generieke wholesale tariefregulering voor ULL, (hoge kwaliteit) WBT en ILL, gelden er maximumtarieven voor de wholesale toegangsdiensten geleverd door KPN. De wholesaletarieven zijn dus reeds gereguleerd.

43. Het voorgaande impliceert dat KPN slechts een mogelijkheid kan hebben om marges van wholesale afnemers uit te hollen door het hanteren van te lage tarieven voor haar eigen retaildiensten.

Mogelijkheid en prikkel

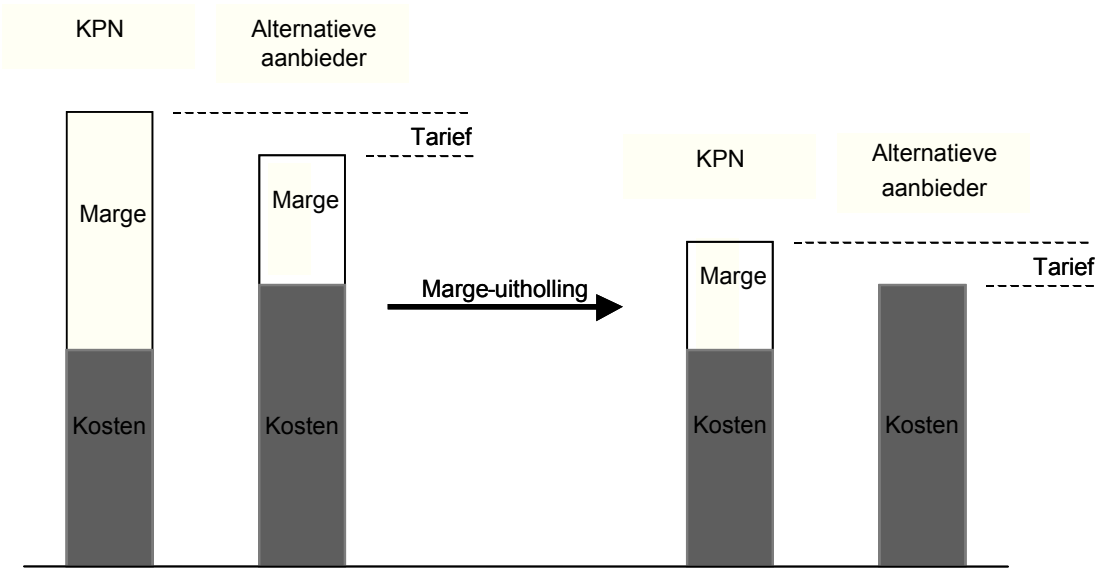
44. Het college is van oordeel dat ook in een situatie met wholesaleregulering, waaronder de ND-5 toetsen, KPN als gevolg van haar AMM-positie de mogelijkheid en de prikkel heeft om wat betreft ISDN-diensten de marges van concurrenten uit te hollen door te lage retailtarieven te hanteren. De ND-5 verplichting op de hoger gelegen gereguleerde wholesalemarkten zijn onvoldoende om dit probleem volledig te remediëren. Dit werkt het college hieronder uit.

45. Zoals aangegeven in paragraaf 13.4.2 van het VT-besluit 2008 beschikt KPN over diverse voordelen ten opzichte van haar concurrenten, waaronder verticale integratie, netwerkdekking, breedte, schaal en producten- en dienstendiversificatie. Deze voordelen zijn mede als gevolg van de opgelegde wholesaleregulering in het VT-besluit 2005 in de reguleringsperiode 2006-2008 kleiner geworden en nemen als gevolg van de in het VT-besluit 2008 verzwaarde wholesaleregulering naar verwachting nog verder af. De voordelen blijven echter in enige mate bestaan en kunnen leiden tot lagere kosten en – bij gelijke retailtarieven – tot hogere marges.

46. De andere aanbieders dienen – mede gezien het voorgaande – in hun prijsstelling rekening te houden met de retailtarieven van KPN. Daarnaast kopen deze aanbieders wholesalediensten in bij KPN.[18]

[18] Ter illustratie: medio 2011 wordt circa **[vertrouwelijk:** XXX**]** procent van de hoogcapacitaire aansluitingen in de markt geleverd op basis van bij KPN ingekochte generieke bouwstenen. Binnen de levering door concurrenten bedraagt dit **[vertrouwelijk:** XXX**]** procent van hun leveringen.

47. KPN heeft door het variëren van haar retailtarieven controle over de marge van deze aanbieders. Dit is schematisch weergegeven in Figuur 2. KPN heeft door deze controle de mogelijkheid om marges van wholesale afnemers uit te hollen, zonder dat dat leidt tot eigen verliezen.



Figuur 2. Schematische weergave van de afhankelijkheid van de marge van aanbieders zonder (volledige) eigen infrastructuur ten opzichte van de tariefstelling van KPN. Door de hogere kosten en lagere tarieven van aanbieders zonder (volledige) eigen infrastructuur kan KPN door een tariefverlaging de marge van aanbieders zonder (volledige) eigen infrastructuur negatief maken zonder zelf een negatieve marge te krijgen.

48. In de ND-5 toets op wholesaleniveau dient KPN de incrementele retailkosten op te nemen. In generieke zin acht het college die kostennorm voldoende om marge-uitholling op de downstream retailmarkten te voorkomen. In het geval van zakelijke vaste telefonie lost de norm echter niet alle potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt op, zoals hieronder nader uitgewerkt. De positie van KPN op de markt is zodanig dat afnemers in sterke mate van KPN afhankelijk zijn van de inkoop en in veel gevallen problemen ondervinden om op prijs succesvol met KPN te kunnen concurreren op de retailmarkt. Het college is van oordeel dat de prijstechnische repliceerbaarheid van ISDN-retaildiensten, in aanwezigheid van de wholesaleregulering, onvoldoende is gewaarborgd en KPN niet de mogelijkheid ontneemt om marges uit te hollen.

49. Uit Figuur 2 volgt dat KPN in staat is om de marges van haar concurrenten zonder (volledige) eigen infrastructuur uit te hollen, zonder dat dat leidt tot verliezen. KPN heeft naast de mogelijkheid ook de prikkel om marges uit te hollen, omdat concurrenten, wanneer zij KPN's prijsstelling niet kunnen volgen, klanten zullen verliezen dan wel in hun groei worden beperkt. KPN wint weliswaar de eindgebruiker met een lagere of geen marge, maar trekt direct meer van de markt en de omzet naar zich toe, waarmee zij het ontstaan van sterkere concurrenten voorkomt of zelfs uittreding kan veroorzaken. Na uittreding van concurrenten heeft KPN de mogelijkheid om de prijzen weer te verhogen. Ook kan de lagere marge per afnemer als gevolg van de strategie van marge-uitholling gecompenseerd worden door een toename in het aantal afnemers, zodat een lagere marge toch leidt

tot een hogere totale winst. In sommige gevallen kan het voor KPN (nog) profijtelijker zijn om slechts selectief marges uit te hollen. Dergelijke selectieve marge-uitholling kan plaatsvinden door het toepassen van prijsdiscriminatie. Het is namelijk aannemelijk dat KPN (deels) relatief trouwe en relatief prijsongevoelige klanten heeft, waardoor zij mogelijk (iets) hogere tarieven kan hanteren en hoge marges behaalt.[19] KPN heeft daardoor ook de mogelijkheid en prikkel om klanten die dreigen over te stappen selectief een laag tarief te bieden om hen alsnog te behouden. Op prijsdiscriminatie zal het college verder ingaan in paragraaf 3.5.

Conclusie

50. Gelet op het voorgaande concludeert het college dat KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefoniediensten de mogelijkheid en de prikkel heeft om wat betreft ISDN-diensten marge-uitholling toe te passen. Het effect hiervan is belemmering van de mededinging op deze markt, wat in het nadeel is van eindgebruikers.

3.5 Prijsdiscriminatie

Inleiding

51. In paragraaf 3.4 heeft het college reeds kort aangegeven dat KPN de prikkel en de mogelijkheid heeft om door middel van prijsdiscriminatie de winstgevendheid van een strategie van marge-uitholling te verhogen. Het onderstaande is mede gebaseerd op paragraaf 10.3.2 in samenhang gelezen met paragraaf 10.2.2 van het VT-besluit 2008.

Mogelijkheid en prikkel

52. Het college is van oordeel dat ook in een situatie met wholesaleregulering KPN als gevolg van haar AMM-positie de mogelijkheid en de prikkel heeft om op retailprijs te discrimineren tussen eindgebruikers van ISDN-diensten.

53. Het college oordeelt dat op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie is voldaan aan de drie voorwaarden zoals besproken in paragraaf 10.3.2 in samenhang gelezen met paragraaf 10.2.2 van het VT-besluit 2008, om succesvol op prijs te kunnen discrimineren. Ten eerste heeft het college reeds aangetoond dat KPN marktmacht heeft. Ten tweede is KPN in staat om te discrimineren tussen verschillende externe afnemers wat betreft de prijs. Zo kan KPN bijvoorbeeld selectief bepaalde (type) afnemers hogere tarieven in rekening brengen dan andere afnemers: KPN kan voor relatief prijsgevoelige klanten lagere tarieven hanteren dan voor andere klanten en belangrijke afnemers scherper offreren dan minder belangrijke klanten. Aangezien het om retaildiensten gaat, kunnen afnemers – ten derde – de van KPN afgenomen retaildiensten niet wederverkopen. Zelfs al zou dat anders zijn, dan geldt dat KPN simpelweg levering aan doorverkopende afnemers kan staken. KPN heeft dus de mogelijkheid en prikkel om prijsdiscriminatie toe te passen.

[19] Dit wordt bevestigd door het feit dat KPN slechts relatief langzaam marktaandeel verliest en KPN soms hogere tarieven hanteert dan andere aanbieders.

54. Een voorbeeld van prijsdiscriminatie zoals KPN kan toepassen, betreft het verstrekken van selectieve kortingen aan eindgebruikers die gebruikmaken van de diensten van (bepaalde) alternatieve aanbieders, indien zij terugkeren naar KPN. KPN heeft deze strategie ook daadwerkelijk toegepast, blijkens meerdere boetebesluiten van het college naar aanleiding van ongeoorloofde kortingen van KPN voor zakelijke eindgebruikers.[20] Deze voorbeelden bevestigen dat KPN de mogelijkheid heeft om prijsdiscriminatie toe te passen.

55. Zoals besproken, zijn sommige eindgebruikers meer of minder prijsgevoelig. Aangezien de eindgebruikers van KPN om historische redenen minder prijsgevoelig zijn, is het voor KPN winstgevend om de prijsgevoelige klanten kortingen te verlenen. Zoals blijkt uit Figuur 2, behaalt KPN met lage tarieven ten opzichte van concurrenten in veel gevallen nog steeds een positieve marge. Het hanteren van lage(re) tarieven voor prijsgevoelige klanten kan dus een winstgevende strategie zijn, omdat zonder de kortingen de klanten zouden zijn overgestapt, terwijl deze strategie op de marge van de overige klanten geen invloed heeft. Het gevolg van deze strategie kan ook zijn dat het voor alternatieve aanbieders zeer moeilijk wordt om succesvol tot de markt toe te treden en voldoende schaal te verkrijgen om effectieve concurrentie op de retailmarkt tot stand te brengen. KPN kan dus tegen een relatief geringe prijs via het toepassen van selectieve kortingen concurrenten van de markt weren. Daaruit volgt dat KPN ook een prikkel heeft om door prijsdiscriminatie toe te passen, marge-uitholling te bewerkstelligen.

56. De aanwezigheid van concurrentiedruk zorgt er voor dat KPN bij haar tariefstelling rekening moet houden met de tariefstelling van concurrerende aanbieders en dus slechts in beperkte mate de prikkel zal hebben om prijsdiscriminatie (leidend tot hoge prijzen) toe te passen.

Conclusie

57. Gelet op het voorgaande concludeert het college dat KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie de mogelijkheid en de prikkel heeft om wat betreft ISDN-diensten prijsdiscriminatie toe te passen en dat dit selectief tot marge-uitholling kan leiden. Het effect hiervan is een belemmering van de mededinging op deze markt, wat in het nadeel is van eindgebruikers.

3.6 Bundeling en koppelverkoop

Inleiding

58. In paragraaf 10.3.1 in samenhang gelezen met paragraaf 10.2.1 van het VT-besluit 2008 heeft het college het algemene kader voor de beoordeling van het potentiële mededingingsprobleem koppelverkoop besproken.[21] Het college sluit hieronder aan bij dit kader en bij de beschrijving van

[20] Zie Boetebesluit KPN Business Voice International (BVI), OPTA/AM/2008/202097, Boetebesluit KPN inzake kortingsregelingen, OPTA/TN/2007/202036, en Boetebesluit KPN Actiekorting Internationaal, OPTA/AM/2009/203754.

[21] In het licht van de specifieke problemen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie kiest het college er voor om hier het bredere begrip 'bundeling' te gebruiken.

mogelijke problemen rond bundeling van diensten in de Economic Policy Note '*The bundle, the market?*'.[22]

Mogelijkheid en prikkel[23]

59. Mede als gevolg van haar dominante positie beschikt KPN in beginsel over de mogelijkheid om de verkoop van haar ISDN-diensten te bundelen met andere diensten. KPN biedt in de praktijk echter alle ISDN-diensten zowel gebundeld als ontbundeld aan.

60. Alle los aangeboden ISDN-diensten en bundels met ISDN-diensten zijn technisch repliceerbaar voor concurrenten in aanwezigheid van hoger gelegen en telefoniespecifieke wholesaleregulering.

61. Het college is van mening dat het bundelen van ISDN-diensten door KPN in ieder geval een mededingingsprobleem kan opleveren wanneer deze bundels niet prijstechnisch repliceerbaar zijn. Dit probleem komt overeen met de reeds beschreven problemen van marge-uitholling en prijsdiscriminatie in de voorgaande paragrafen. KPN heeft de mogelijkheid om ISDN-diensten tegen te lage tarieven in bundels aan te bieden, ook in aanwezigheid van wholesaletariefregulering.

62. KPN heeft tevens de prikkel om bundels tegen te lage tarieven aan te bieden, omdat zij daarmee direct klanten wint van concurrenten of voorkomt dat eindgebruikers overstappen. KPN heeft daarnaast een prikkel om bundeling en marge-uitholling op bundels toe te passen. KPN kan daarmee namelijk de telefoniespecifieke regulering proberen te omzeilen, wanneer alleen voor de los aangeboden ISDN-diensten retailregulering zou gelden. KPN heeft naar inzicht van het college dus de mogelijkheid en de prikkel om bundels met ISDN-diensten tegen te lage tarieven aan te bieden en daarmee marges uit te hollen van concurrenten.

63. Het college kan daarnaast – mede naar aanleiding van zienswijzen van marktpartijen – niet geheel uitsluiten dat ook het aanbieden van bepaalde typen bundels in voorkomende gevallen een mededingingsprobleem zou kunnen vormen. Dat zou volgens het college met name het geval kunnen zijn, indien een dergelijke bundeling bevordert dat een deel van de zakelijke eindgebruikers voor een bepaalde contractsperiode onbereikbaar wordt voor concurrenten van KPN (lock in).[24]

Conclusie

64. Gelet op het voorgaande concludeert het college dat KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefoniediensten wat betreft ISDN-diensten de mogelijkheid en de prikkel heeft om deze diensten in bundels tegen lage tarieven aan te bieden om daarmee (selectief) marges van concurrenten uit te hollen. Het college kan daarnaast niet geheel uitsluiten dat ook het aanbieden van

[22] Zie hierover OPTA, EAT, '*The bundle, the market?*', 2005.

[23] De paragraaf is verduidelijkt naar aanleiding van de zienswijzen van KPN en Vodafone. Zie randnummers 154 en 160 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

[24] Deze alinea is toegevoegd mede naar aanleiding van de zienswijze van Tele2 en EspritXB. Zie randnummer 199 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

bepaalde typen bundels in voorkomende gevallen een mededingingsprobleem zou kunnen vormen, met name indien een dergelijke bundeling bevordert dat een deel van de zakelijke eindgebruikers voor een bepaalde contractsperiode onbereikbaar wordt voor concurrenten van KPN (lock in).

65. Het effect hiervan is een belemmering van de mededinging op deze markt, wat in het nadeel is van eindgebruikers.

3.7 Conclusie

66. Op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie zijn in aanwezigheid van zowel generieke als telefoniespecifieke wholesaleverplichtingen de volgende potentiële mededingingsproblemen aanwezig, wat betreft retail ISDN-diensten:

- buitensporig hoge prijzen (beperkt);
- marge-uitholling;
- prijsdiscriminatie; en
- bundeling en koppelverkoop.

67. In het volgende hoofdstuk volgt een beschrijving van de verplichting waarvan het college oordeelt dat deze passend is om de potentiële mededingingsproblemen te remediëren.

4 Verplichtingen

4.1 Inleiding

68. In hoofdstuk 2 van dit besluit is vastgesteld dat KPN op de zakelijke retailmarkt beschikt over AMM. In het vorige hoofdstuk is een aantal potentiële mededingingsproblemen geïdentificeerd.

69. Door het opleggen van één of meerdere verplichtingen beoogt het college de potentiële mededingingsproblemen op passende wijze te remediëren, en de totstandkoming van een level playing field en een effectieve concurrentie te bewerkstelligen. In dit hoofdstuk werkt het college uit welke retailregulering hij op de zakelijke retailmarkt passend acht.

70. In lijn met het bepaalde in paragraaf 3.5.1 van het VT-besluit 2008 is dit hoofdstuk als volgt ingedeeld. Het college gaat in paragraaf 4.2 allereerst in op de doelstellingen van de regulering van de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie. Vervolgens beschrijft het college in paragraaf 4.3 de verplichting die hij aan KPN oplegt. Het college onderbouwt in paragraaf 4.4 dat deze verplichting passend is om de vastgestelde potentiële mededingingsbeperkende gedragingen te remediëren en waarom de in het VT-besluit 2005 opgelegde regulering niet langer passend is. In paragraaf 4.6 worden de effecten van deze retailregulering geanalyseerd.

4.2 Doelstelling regulering

71. In deze paragraaf beschrijft het college aan welke van de in artikel 1.3 van de Tw genoemde doelstellingen prioriteit wordt gegeven bij het bepalen van de geschikte en noodzakelijke regulering voor de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie. Deze prioritering geschiedt op basis van de hiervoor in dit besluit en in het VT-besluit 2008 uitgevoerde analyse van deze retailmarkt.

72. In randnummer 44 van het VT-besluit 2008 is aangegeven dat het college passende verplichtingen dient op te leggen in het licht van de doelstellingen genoemd in artikel 1.3 van de Tw:

- het bevorderen van concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, of bijbehorende faciliteiten;
- de ontwikkeling van de interne markt; en
- het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.

73. De sleutel in de afweging tussen de doelstellingen vormt het begrip duurzame concurrentie. Het uiteindelijke doel van het reguleringskader is het tot stand brengen van een situatie van duurzame concurrentie, ofwel effectieve concurrentie die voor haar bestaan en effectiviteit niet (meer) afhankelijk is van het bestaan van sectorspecifieke regulering. Een situatie van infrastructuurconcurrentie is zo bezien duurzamer dan dienstenconcurrentie, een concurrentiesituatie die afhankelijk is van het bestaan van bijvoorbeeld toegangsverplichtingen. Een situatie van duurzame concurrentie kan het best worden bereikt door, daar waar mogelijk, in de keuze van verplichtingen voorrang te geven aan maatregelen die infrastructuurconcurrentie bevorderen.

74. In paragraaf 11.2, randnummer 648, van het VT-besluit 2008 heeft het college echter aangegeven dat toegangsdiensten gericht op dienstenconcurrentie resteren als maatregel om verdere concurrentie te bevorderen op de zakelijke vaste telefoniemarkt, omdat infrastructuurconcurrentie en de generieke toegangsdiensten gedurende de reguleringsperiode onvoldoende duurzame concurrentie bewerkstelligen. Het college heeft aangegeven dat de prioritaire doelstelling van de telefoniespecifieke wholesaleregulering daarom het bevorderen van dienstenconcurrentie is, voor zover dit de mogelijkheden voor ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie in stand laat. Deze afweging geldt ook wat betreft de retailregulering en is in overeenstemming met de Beleidsregels.[25]

75. Het college acht maatregelen die gericht zijn op het op korte termijn verder stimuleren van dienstenconcurrentie op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie wenselijk en houdt hier rekening mee bij de invulling van de retailverplichting. Dienstenconcurrentie is in het belang van de eindgebruikers, die hierdoor keuze hebben in kwaliteit en prijs. Hiermee geeft het college dus prioriteit aan de eerstgenoemde doelstelling in artikel 1.3 van de Tw. Dit draagt bij aan lagere toetredingsdrempels en meer concurrentie op de zakelijke retailmarkt. Door het bevorderen van concurrentie worden, in ieder geval op termijn, ook de belangen van de eindgebruikers bevorderd; de derde doelstelling in artikel 1.3 van de Tw.

4.3 Retailverplichting

4.3.1 Inleiding

76. Om de in het voorgaande hoofdstuk vastgestelde potentiële mededingingsproblemen te remediëren, legt het college met dit besluit aan KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie de verplichting op om een in paragraaf 4.3.2 uit te werken vorm van retailtariefregulering in acht te nemen. De bevoegdheid voor het college om aan KPN als aanbieder met AMM op die markt retailtariefregulering op te leggen, volgt uit de artikelen 6a.13 en 6a.14 van de Tw.

77. De gekozen retailtariefregulering is van toepassing op alle zakelijke retail vaste telefonie ISDN-diensten van KPN, dus ongeacht of deze los of in bundels worden aangeboden of geleverd. Van deze verplichting zijn VoB-diensten uitgezonderd.[26]

4.3.2 Ondergrenstariefregulering

78. Op grond van artikel 6a.13 van de Tw legt het college KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie de volgende verplichting op met betrekking tot de minimale hoogte van de eindgebruikerstarieven (hierna: ondergrenstariefregulering).

79. De verplichting behelst dat KPN is gehouden om voor de diensten die zij op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie aanbiedt, niet-anticompetitieve tarieven te hanteren. KPN voldoet aan deze verplichting als de tarieven van de eindgebruikersdiensten van KPN ten minste zo hoog zijn dat

[25] *Stcrt.* 2005, nr. 109, blz. 11.

[26] Zie voetnoten 5 en 7.

KPN's retaildiensten te allen tijde en overal (dus onafhankelijk van de locatie van de betreffende aanbieding of levering) prijstechnisch repliceerbaar zijn.

80. De verplichting voor KPN om op de niet daadwerkelijk concurrerende zakelijke retailmarkt aangeboden ISDN-diensten niet-anticompetitieve tarieven te hanteren, geldt zowel voor retaildiensten die ongebundeld worden aangeboden als voor retaildiensten die worden aangeboden als onderdeel van een bundel. De ondergrenstariefregulering is derhalve ook van toepassing op alle retaildiensten die KPN in gebundelde vorm aan haar eindgebruikers aanbiedt.

81. Mede op grond van artikel 6a.13, eerste, tweede en vijfde lid, van de Tw, verbindt het college aan de voornoemde tariefverplichting de volgende nadere voorschriften:

A. De ondergrenstariefregulering wordt opgelegd in de vorm van een prijssqueezetoets op dienstniveau. Voor de invulling van deze toets wordt volledig aangesloten bij de beschrijving in paragrafen 12.2.5 en 12.3.4 van het VT-besluit 2008 genoemde methodiek voor zover het ND-5 betreft en de nadere invulling daarvan in de ND-5 beleidsregels.[27] Daar waar echter als onderdeel van die methodiek werd bepaald dat de met de retaildienst samenhangende incrementele retailkosten onderdeel dienden uit te maken van de door KPN te dekken kosten, geldt nu voor bouwstenen die worden gebruikt voor de voortbrenging van de traditionele vaste telefoniediensten (PSTN/ISDN-aansluitingen + verkeer[28]), dat de integrale retailkosten onderdeel dienen uit te maken van de door KPN te dekken kosten.[29] Dit betekent dat de retailopslag stijgt van 1 procent[30] naar 18,6 procent. Dit laatste percentage is gebaseerd op KPN's Accounting Separation Rapportage (ASR) over 2009.[31] Daaruit valt een retailopslag van 18,6 procent voor de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie af te leiden.[32] Deze retailopslag is, net als de incrementele opslag, exclusief redelijk retailrendement.[33]

B. Het college bepaalt dat KPN het kostentoerekeningssysteem dient te hanteren zoals dat staat beschreven in KPN's Accounting Separation Rapportage (ASR) over 2009 (zie onder A).

[27] OPTA, Beleidsregels inzake gedragsregel 5, OPTA/AM/2009/201145.

[28] Wat betreft de bouwstenen van het verkeer over deze aansluitingen wordt het verkeer naar internationale nummers, 0800/090x- en 084/087-nummers uitgezonderd van de integrale retailkostenopslag. Deze verkeerstypen maken immers geen onderdeel uit van de relevante retailmarkten voor vaste telefonie.

[29] De uitzondering ziet dus op de tweede zin van het tweede streepje in randnummer 774 van het VT-besluit 2008.

[30] Zie de brief met onderwerp *Retailopslagen KPN* en kenmerk OPTA/AM/2009/203252 van 20 november 2009.

[31] Zie <http://www.kpn-wholesale.com/media/84226/ASR%202009%20Rapportage%20OPENBAAR.pdf> voor de openbare versie van deze rapportage.

[32] De retailopslag van 18,6 procent is bepaald door de **[vertrouwelijk:** XXXX

4.4 Passendheid ondergrenstariefregulering

4.4.1 Inleiding

82. De ondergrenstariefregulering is passend omdat (i) de doelstellingen zoals weergegeven in paragraaf 4.2 zonder deze verplichting onvoldoende zijn gewaarborgd en (ii) de geconstateerde potentiële mededingingsbeperkende gedragingen niet effectief geadresseerd kunnen worden door het opleggen van verplichtingen die mogelijk minder belastend zijn voor de bedrijfsvoering van KPN. Wat betreft (ii) geldt dat alleen ondergrenstariefregulering KPN de prikkel en mogelijkheid ontneemt om tarieven op een dermate laag niveau vast te stellen dat dit marge-uitholling bij concurrenten tot gevolg heeft. Met andere verplichtingen, zoals bijvoorbeeld ontbundeling, transparantie en non-discriminatie, of zelfs een combinatie daarvan, kan dit niet worden voorkomen.

83. In paragraaf 4.4.2 zet het college uiteen dat het opleggen van de gekozen vorm van ondergrenstariefregulering geschikt en noodzakelijk is om de geconstateerde mededingingsbeperkende gedragingen te adresseren. Vervolgens werkt het college in paragraaf 4.4.3 uit dat de in het VT-besluit 2005 opgelegde retailverplichtingen niet langer passend zijn.

4.4.2 Geschiktheid en noodzakelijkheid ondergrenstariefregulering

Marge-uitholling

84. Het belangrijkste probleem op de retailmarkt is het risico op marge-uitholling. Een geschikte verplichting hiervoor is ondergrenstariefregulering, waarbij KPN op retailniveau minimaal haar integrale retailkosten dient terug te verdienen. De telefoniespecifieke wholesalediensten zijn reeds gereguleerd in onder andere het VT-besluit 2008 en daarmee in te kopen tegen een zelfde niveau als KPN voor haar eigen retailbedrijf hanteert. Ditzelfde geldt voor een aantal andere wholesale bouwstenen. De gekozen invulling van de ondergrensretailregulering zorgt ervoor dat efficiënte partijen in staat zijn om op de retailmarkt hun integrale retailkosten terug te verdienen. Dit zorgt voor prijstechnische repliceerbaarheid van de diensten van KPN en stelt concurrenten van KPN beter in staat om met KPN te concurreren.

85. Uit het voorgaande randnummer volgt dat de ondergrenstariefregulering retailconcurrenten van KPN beschermt tegen marge-uitholling. Het zorgt ervoor dat KPN niet in staat is om dusdanig lage eindgebruikerstarieven te hanteren dat die niet prijstechnisch repliceerbaar zijn. De gekozen retailverplichting is dus geschikt om het risico op marge-uitholling te adresseren. Hierna zal het college op meer detailniveau uitwerken dat de gekozen invulling van de ondergrens noodzakelijk is.

86. Alleen een toets op *dienstniveau* voorkomt op effectieve wijze marge-uitholling. Een toets op een ander (hoger) aggregatieniveau (bijvoorbeeld cluster- of marktniveau) biedt onvoldoende bescherming, omdat dan voor KPN de mogelijkheid bestaat om selectief te lage aanbiedingen te doen. Hierdoor kan KPN de marges van efficiënte concurrenten gericht, en zonder dat dit veel afbreuk doet aan de marges van KPN zelf, uithollen. Hierbij is mede van belang dat met name KPN ook niet-prijsgevoelige eindgebruikers bedient. Dit concurrentievoordeel betekent dat KPN lagere prijzen in het competitieve of prijsgevoelige deel van de markt zou kunnen compenseren door hogere prijzen

voor minder prijsgevoelige eindgebruikers, waardoor nog steeds aan de toets op marktniveau wordt voldaan. **[vertrouwelijk:** XXXX

retailopslag op basis van integrale kosten is daarmee geschikt en noodzakelijk om marge-uitholling te voorkomen.[36]

89. Een strengere eis (dat wil zeggen: een hogere ondergrens, bij gegeven wholesaletarieven) is niet noodzakelijk, omdat concurrenten met deze kostennorm voldoende worden beschermd tegen marge-uitholling. Ook zou een strengere eis kunnen leiden tot inefficiënte en dus ongewenste toetreding, aangezien inefficiënte toetreding kan leiden tot hogere prijzen, wat niet in het belang is van eindgebruikers. De retailopslag is daarom ook exclusief een redelijk retailrendement. Het college is van mening dat de (efficiënte) concurrenten van KPN op de retailmarkt in staat moeten worden gesteld om in gelijke mate hun pure integrale retailkosten terug te verdienen, maar dat het niet noodzakelijk is om als onderdeel van de retailopslag ook op te nemen dat KPN op iedere dienst nog een minimumrendement dient te behalen. Ook concurrenten van KPN moeten in staat worden gesteld om een dergelijk minimumrendement te behalen op een hoger aggregatieniveau, bijvoorbeeld op het niveau van hun *installed base* op de betreffende markt. Een redelijk rendement als onderdeel van de retailopslag is in dit geval dan ook niet noodzakelijk om marge-uitholling te voorkomen.

Prijsdiscriminatie

90. Zoals beschreven in paragraaf 3.5 is het college slechts van mening dat prijsdiscriminatie een mededingingsprobleem is, voorzover dit ertoe leidt dat KPN voor een bepaalde groep afnemers dusdanig lage tarieven hanteert dat voor deze groep afnemers de tarieven niet meer prijstechnisch te repliceren zijn. Zoals besproken in randnummers 84 tot en met 89 voorkomt de gekozen vorm van ondergrenstariefregulering dergelijke te lage tarieven. De gekozen retailverplichting is dus geschikt om het risico op het mededingingsprobleem van prijsdiscriminatie in voldoende mate weg te nemen.

91. In aanvulling op het voorgaande verwijst het college naar randnummer 99 van dit besluit.

Buitensporig hoge prijzen

92. In paragraaf 3.3 heeft het college geoordeeld dat KPN ten aanzien van dienstverlening aan een beperkte groep bijzonder inerte afnemers niet alleen de mogelijkheid heeft maar ook de beperkte prikkel heeft om buitensporig hoge prijzen te hanteren. Naar het oordeel van het college is deze prikkel en de impact daarvan dusdanig beperkt dat retailregulering puur en alleen gericht op het adresseren van dit probleem niet geschikt en noodzakelijk is. Ter adressering van het mededingingsprobleem marge-uitholling heeft het college ondergrenstariefregulering opgelegd, als gevolg waarvan de dienstenconcurrentie wordt bevorderd. Immers, door deze ondergrens wordt het voor (potentiële) alternatieve aanbieders mogelijk om marktbreed de prijzen van KPN prijstechnisch te repliceren. Deze regulering zal dus leiden tot toegenomen concurrentiedruk, wat zal leiden tot (nog) minder mogelijkheden voor KPN om winstgevend buitensporig hoge prijzen te hanteren. De beperkte prikkel voor KPN om buitensporig hoge prijzen te hanteren, neemt dus als gevolg van de

[36] Het college heeft het besluit op dit punt aangepast naar aanleiding van zienswijzen van KPN, Tele2 en EspritXB en Vodafone. Zie randnummers 182 en 186 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

ondergrenstariefregulering tot een zodanig laag niveau af dat naar het oordeel van het college het probleem in voldoende mate is geremedieerd.

Bundeling

93. Het college heeft in paragraaf 3.6 ten eerste vastgesteld dat bundeling een potentieel mededingingsprobleem is, wat betreft marge-uitholling van bundels met ISDN-diensten. Dit omdat KPN weliswaar verplicht is om ontbundelde producten te leveren, maar daarnaast ook bundels (met bijvoorbeeld een korting) kan aanbieden waardoor zij in staat is om marktmacht van de vaste telefoniemarkt naar andere markten over te hevelen. Het college oordeelt echter dat de op te leggen ondergrenstariefregulering het risico op marge-uitholling in voldoende mate wegneemt, omdat concurrenten in staat zijn ook dit gebundelde aanbod prijstechnisch te repliceren. Immers, de ondergrenstariefverplichting is ook van toepassing op bundels met ISDN-diensten. De verplichting is geschikt, omdat het voorkomt dat KPN de ondergrens kan ontwijken door voor diensten die zij aanbiedt op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie te lage prijzen te hanteren, door deze als onderdeel van een bundel aan te bieden. KPN zou daardoor haar verplichtingen met betrekking tot de ondergrens van tarieven kunnen ontlopen. De ondergrenstariefregulering leidt er toe dat ongeacht met welke diensten KPN haar zakelijke vaste telefoniediensten bundelt, haar efficiënte concurrenten altijd in staat worden gesteld een dergelijke bundel prijstechnisch te repliceren. Een andere verplichting dan een ondergrens, ook voor bundels met ISDN, garandeert dit niet. De gekozen retailverplichting is dus zowel geschikt als noodzakelijk om het risico op te lage tarieven van bundels in voldoende mate te adresseren.

94. Het college heeft in paragraaf 3.6 ten tweede vastgesteld dat het aanbieden van bepaalde typen bundels een potentieel mededingingsprobleem kan vormen, indien dit bevordert dat een deel van de zakelijke eindgebruikers voor een bepaalde contractsperiode onbereikbaar wordt voor concurrenten van KPN. Naar het oordeel van het college draagt de gekozen retailverplichting ook bij aan het voorkomen van dit probleem. De ondergrens zorgt er immers voor dat de diensten van KPN niet alleen technisch, maar ook prijstechnisch repliceerbaar zijn. Dit betekent dat concurrenten veelal ook de door KPN geboden contractuele voorwaarden zullen kunnen repliceren hetgeen de kans op een lock in verkleint. Het college kan echter op voorhand niet geheel uitsluiten dat in voorkomende gevallen sprake zou kunnen zijn van een lock in ondanks de opgelegde ondergrenstariefregulering. Het college ziet thans geen ruimte om door middel van het opleggen van aanvullende verplichtingen dit eventueel resterende specifieke mededingingsprobleem op een passende wijze geheel weg te nemen. Hierbij is onder andere van belang dat een dergelijk mogelijk probleem slechts ziet op een deel van de markt. In paragraaf 4.4.3 werkt het college uit dat de in het VT-besluit 2005 opgelegde retailverplichtingen – waaronder de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting – niet passend zijn om dergelijke problemen te voorkomen. Mocht blijken dat de door het college opgelegde regulering in voorkomende gevallen niet afdoende is, dan kan het algemene (ex post) mededingingsrecht naar het oordeel van het college soelaas bieden.

4.4.3 Niet langer passende retailverplichtingen

Inleiding

95. In het bovenstaande heeft het college aangetoond dat de gekozen vorm van ondergrenstariefregulering passend is, gezien de vastgestelde potentiële mededingingsproblemen. In aanvulling op het bepaalde in paragraaf 4.4.2 en mede in het licht van artikel 6a.4 jo. 6a.2 van de Tw, zal het college hieronder ingaan op de retailregulering die wel in het VT-besluit 2005 is opgelegd en niet wordt voortgezet, omdat deze niet langer passend is.

Ondergrenstariefregulering

96. In het VT-besluit 2005 heeft het college ook ondergrenstariefregulering opgelegd. Het college is van mening dat de destijds gekozen invulling van deze verplichting niet langer passend is. De ondergrenstariefregulering in het VT-besluit 2005 bestond uit een combinatorische prijssqueezetoets op markt- en dienstniveau, nader uitgewerkt in beleidsregels.[37] In randnummer 86 heeft het college beschreven waarom een toets op marktniveau KPN niet de mogelijkheid ontneemt om selectieve marge-uitholling toe te passen. Daarom is een toets op marktniveau niet geschikt in het licht van de geconstateerde problemen. Daarnaast werd de retailopslag in de toets op dienstniveau vastgesteld op basis van de incrementele retailkosten van KPN. Hiervan heeft het college in randnummer 88 aangegeven dat dit niet een geschikte invulling blijkt om prijstechnische repliceerbaarheid te bereiken.

Bovengrenstariefregulering

97. Nu het college heeft geoordeeld dat er in aanwezigheid van de ondergrenstariefregulering geen risico meer bestaat op buitensporig hoge prijzen, is het opleggen van bovengrenstariefregulering niet langer passend.

Non-discriminatieverplichting

98. De in het VT-besluit 2005 opgelegde retail non-discriminatieverplichting is volgens het college niet langer passend. Dit omdat deze verplichting met name geschikt is om prijsdiscriminatie te voorkomen. Dit probleem wordt echter al in voldoende mate geadresseerd door de ondergrenstariefregulering.

99. Ook zou een non-discriminatieverplichting KPN minder commerciële vrijheid en minder ruimte voor maatwerk geven dan de gekozen invulling van ondergrenstariefregulering. Het aanbieden van maatwerk gebeurt veel op deze markt. Het gaat immers vaak om grote eindgebruikers die ieder hun eigen specifieke behoefte hebben. Het probleem op de markt is echter niet dat maatwerk wordt geleverd, maar dat diensten worden aangeboden tegen tarieven die leiden tot marge-uitholling. Een verplichting die maatwerk én marge-uitholling voorkomt, is naar het oordeel van het college zwaarder dan een verplichting die primair gericht is op het voorkomen van marge-uitholling. Gegeven dat met de ondergrens de mededingingsproblemen ook worden voorkomen, acht het college een (aanvullende) non-discriminatieverplichting – al dan niet in combinatie met een

[37] Beleidsregels ondergrenstariefregulering, kenmerk: OPTA/TN/2006/200162, van 27 januari 2006.

transparantieverplichting (zie ook randnummer 101 van dit besluit) – te zwaar en daarmee disproportioneel.

100. Het college merkt voorts op dat hij het opleggen van een non-discriminatieverplichting – al dan niet in combinatie met een transparantieverplichting – niet passend acht om het potentiële mededingingsprobleem van het aanbieden van bepaalde typen bundels welke bevorderen dat een deel van de zakelijke eindgebruikers voor een bepaalde contractsperiode onbereikbaar wordt voor concurrenten van KPN, op te lossen. Een aantal marktpartijen heeft in hun zienswijze wel hierom gevraagd.[38] Als genoemd in randnummer 94 van dit besluit draagt de opgelegde ondergrenstariefregulering reeds bij aan de oplossing van dit potentiële bundelprobleem. Het opleggen van een non-discriminatieverplichting daarnaast zou naar het oordeel van het college een disproportioneel zwaar middel zijn (zie ook het voorgaande randnummer van dit besluit), te meer nu eventueel nog resterende problemen naar het oordeel van het college effectief kunnen worden opgelost door middel van het algemene (ex post) mededingingsrecht.

Transparantieverplichting

101. Een transparantieverplichting dient met name ter ondersteuning van een non-discriminatieverplichting. Nu een non-discriminatieverplichting niet passend is bevonden, is een transparantieverplichting ook niet passend. Daarnaast mogen zakelijke afnemers in staat worden geacht om het aanbod van KPN op waarde te kunnen schatten en te vergelijken met het aanbod van andere aanbieders. Afnemers kunnen bijvoorbeeld diverse aanbieders vragen om een offerte.

4.5 Inwerkingtreding en implementatietermijn

102. Het CBb heeft het college opgedragen binnen drie maanden een nieuw besluit te nemen over instandhouding van de verplichtingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie na 1 januari 2010. Het opleggen van verplichtingen met terugwerkende kracht is naar het oordeel van het college in casu met het oog op de rechtszekerheid niet passend. Immers, als wel voor terugwerkende kracht gekozen zou worden, dan zou KPN gehouden zijn om tariefaanpassingen door te voeren voor de periode tussen 1 januari 2010 en de datum van inwerkingtreding van het definitief Aanvullend besluit. Eventuele positieve gevolgen van de gekozen vorm van retailregulering kunnen echter voor het verleden niet meer worden gerealiseerd. Daarom zal dit besluit in werking treden op 21 april 2012.

103. Vanaf het moment van inwerkingtreding van onderhavig besluit zal KPN enige tijd nodig hebben om de impact van de ondergrenstariefregulering op zowel haar actief afneembaar portfolio (*list prices*, uitstaande offertes) als haar *installed base* (lopende contracten) te onderzoeken.

104. Het college wil echter – ook met het oog op de CBb-uitspraak – wel de positieve gevolgen van de regulering zo veel mogelijk realiseren. De handelingen voor de implementatie zijn naar inzicht van het college ook relatief beperkt, omdat KPN reeds over de benodigde informatie beschikt, waaronder

[38] Zie randnummers 11 tot en met 13 van de zienswijze van Tele2 en EspritXB.

het wholesalekostentoerekeningssysteem en de exacte retailopslagpercentages. Daarom oordeelt het college dat het in dit geval redelijk is om implementatietermijnen te hanteren die korter zijn dan gebruikelijk. De volgende termijnen gelden:

a) eventuele correcties van de *installed base* voor overeenkomsten gesloten vóór de datum van publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit, dienen binnen zes maanden na inwerkingtreding van dit definitief Aanvullend besluit doorgevoerd te zijn;

b) eventuele correcties van de *installed base* voor overeenkomsten gesloten tussen de datum van publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit en inwerkingtreding van dit definitief Aanvullend besluit dienen binnen tien werkdagen na laatstgenoemde datum doorgevoerd te zijn;[39] en

c) eventuele correcties van het actief afneembaar portfolio dienen binnen tien werkdagen na inwerkingtreding van dit definitief Aanvullend besluit doorgevoerd te zijn.[40]

105. Deze implementatietermijnen zijn ongeveer drie maanden korter dan het college in het kader van ND-5 redelijk acht.[41] Het college oordeelt echter dat KPN in dit geval de periode tussen publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit en inwerkingtreding van dit definitief Aanvullend besluit kan en dient te gebruiken om de noodzakelijke wijzigingen door te voeren. Deze periode bedraagt ruim vier maanden. Gezien het voorgaande acht het college het wat betreft randnummer 104 categorie b) en randnummer 104 categorie c) redelijk om KPN tien werkdagen te gunnen om dergelijke eventueel noodzakelijke correcties door te voeren.[42]

4.6 Effecten van verplichting

106. Het CBb heeft in zijn uitspraak de in het VT-besluit 2008 opgelegde wholesaleregulering in stand gelaten. In het onderstaande zal het college daarom slechts ingaan op de effecten van de (aanvullende) opgelegde retailregulering.

107. Het college is van mening dat de aanvullende kosten van de in dit besluit opgelegde regulering ten opzichte van de kosten zoals genoemd in paragraaf 14.3 van het VT-besluit 2008 relatief beperkt zijn. Dit met name omdat voor de invulling van de aanvullende ondergrenstariefregulering bijna volledig wordt aangesloten bij de reeds op basis van het VT-besluit 2008 gebruikte methodiek. De enige wijziging ten opzichte van dit systeem betreft dat een andere retailopslag wordt gehanteerd in het bij dit besluit goedgekeurde kostentoerekeningssysteem.

[39] De termijnen zijn aangepast naar aanleiding van de zienswijze van KPN. Zie randnummer 211 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

[40] De termijnen zijn aangepast naar aanleiding van de zienswijze van KPN. Zie randnummer 211 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

[41] Zie de Nota van Bevindingen ULL met kenmerk: OPTA/AM/2011/202581 van 10 november 2011.

[42] Zin toegevoegd naar aanleiding van de zienswijze van KPN. Zie randnummer 211 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

108. Het voornaamste in dit besluit geconstateerde mededingingsprobleem is marge-uitholling. Afnemers die zonder de ondergrens geconfronteerd zouden worden met lagere tarieven dan de ondergrens, moeten na regulering mogelijk (iets) hogere tarieven betalen. KPN kan overigens ook onderzoeken of zij haar wholesaletarieven kan verlagen. **[vertrouwelijk:** XXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXX

5 Dictum[44]

lxxi. Het college concludeert dat de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie niet daadwerkelijk concurrerend is. Het college wijst Koninklijke KPN N.V., haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 Burgerlijk Wetboek (hierna: KPN), voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie, aan als onderneming met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw.

lxxii. Als gevolg van de aanmerkelijke marktmacht van KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie en de op deze markt geconstateerde mededingingsproblemen, oordeelt het college dat van de vigerende retailverplichtingen alleen de ondergrenstariefregulering – in aangepaste vorm – passend is en derhalve in stand wordt gehouden.

lxxiii. Op grond van artikel 6a.13, eerste, tweede en vijfde lid, van de Tw legt het college aan KPN op de niet concurrerende zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie de verplichting op tot het hanteren van een ondergrenstarief conform de hierna beschreven systematiek, welke verplichting slechts niet geldt voor diensten die middels VoB[45] worden geleverd. De ondergrenstariefregulering wordt opgelegd in de vorm van een prijssqueezetoets op dienstniveau. Voor de invulling van deze toets, het te gebruiken kostentoerekeningssysteem en de bepaling van de hoogte van de ondergrens wordt volledig aangesloten bij de in randnummer 774 van het VT-besluit 2008 genoemde methodiek en de nadere invulling daarvan in de ND-5 beleidsregels. Daar waar echter als onderdeel van die methodiek werd bepaald dat de met de retaildienst samenhangende incrementele retailkosten onderdeel dienden uit te maken van de door KPN te dekken kosten, geldt nu voor bouwstenen die worden gebruikt voor de voortbrenging van de traditionele vaste telefoniediensten (PSTN/ISDN-aansluitingen + verkeer[46]), dat de integrale retailkosten onderdeel dienen uit te maken van de door KPN te dekken kosten.[47] Dit betekent dat de retailopslag stijgt van 1 procent naar 18,6 procent. De retailopslag is, net als de incrementele opslag, exclusief redelijk retailrendement.

lxxiv. De verplichting voor KPN om op de niet daadwerkelijk concurrerende zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie niet middels VoB aangeboden diensten niet-anticompetitieve tarieven te hanteren, geldt zowel voor retaildiensten die ongebundeld worden aangeboden als voor

[44] Dit dictum geldt ter vervanging van dictumonderdeel lxxi. en verder van paragraaf 15.4 van het VT-besluit 2008.

[45] Onder Voice over Broadband (VoB) verstaat het college in dit Aanvullend besluit de vorm van telefonie waarbij de eindgebruiker gebruik maakt van toegang op basis van het IP-protocol en deze eindgebruiker bereikbaar is met een nummer uit het nummerplan, zowel inkomende gesprekken kan ontvangen als uitgaande gesprekken kan maken, er telefoons gebruikt worden om te communiceren, en de mobiliteit tijdens het gesprek beperkt is.

[46] Wat betreft de bouwstenen van het verkeer over deze aansluitingen wordt het verkeer naar internationale nummers, 0800/090x- en 084/087-nummers uitgezonderd van de integrale retailkostenopslag. Deze verkeerstypen maken immers geen onderdeel uit van de relevante retailmarkten voor vaste telefonie.

[47] Het college heeft het besluit op dit punt aangepast naar aanleiding van zienswijzen van KPN, Tele2 en EspritXB en Vodafone. Zie randnummers 182 en 186 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

retaildiensten die worden aangeboden als onderdeel van een bundel. De ondergrenstariefregulering is derhalve ook van toepassing op alle retaildiensten die KPN in gebundelde vorm aan haar eindgebruikers aanbiedt.

lxxv. Met inachtneming van artikel 6a.13, tweede lid, van de Tw, geldt dat KPN een door het college te bepalen en goed te keuren kostentoerekeningssysteem dient te hanteren. Het college bepaalt dat KPN het kostentoerekeningssysteem dient te hanteren zoals dat staat beschreven in KPN's Accounting Separation Rapportage (ASR) over 2009 (zie onder randnummer 81 onder A).

lxxvi. Het college stelt de implementatietermijn voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van de *installed base*, wat betreft overeenkomsten gesloten vóór publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008, vast op zes maanden. Het college stelt de implementatietermijn voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van de *installed bas*e wat betreft overeenkomsten gesloten tussen de datum van publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 en inwerkingtreding van dit definitieve Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 vast op tien werkdagen. Het college stelt de implementatietermijn voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van het actief afneembaar portfolio vast op tien werkdagen na inwerkingtreding van dit definitieve Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008.[48]

lxxvii. De datum van inwerkingtreding van dit definitieve Aanvullend besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 is 21 april 2012.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT

prof.dr. M.W. de Jong, plv. 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.

[48] De termijnen zijn aangepast naar aanleiding van de zienswijze van KPN. Zie randnummer 211 van de Nota van Bevindingen in Annex A.

Annex A Nota van Bevindingen

A.1 Inleiding

112. Het college heeft op 7 december 2011 het Aanvullend ontwerpbesluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008 (hierna: Aanvullend ontwerpbesluit) ter consultatie aan marktpartijen voorgelegd.[49] Overeenkomstig artikel 6b.1 Tw zijn belanghebbenden gedurende zes weken in de gelegenheid gesteld hun schriftelijke zienswijze op dit ontwerpbesluit bij het college kenbaar te maken.

113. Het college heeft de ontvangen zienswijzen als uitgangspunt genomen voor deze Nota van Bevindingen. De volgende belanghebbenden hebben een schriftelijke zienswijze naar voren gebracht:

- Business Communication Providers Alliance (hierna: BCPA);
- Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN);
- Pretium Telecom B.V. (hierna: Pretium);
- Tele2 Nederland B.V. en EspritXB B.V. (hierna: Tele2 en EspritXB);
- UPC Nederland B.V. en UPC Nederland Business B.V. (hierna: UPC);
- Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone);
- Zakelijke Telefonie en MTTM (hierna: ZTM); en
- Ziggo B.V. (hierna: Ziggo).

114. Naar aanleiding van de zienswijzen heeft het college partijen vervolgens op 7 februari 2012 verzocht om dupliek te geven op de reikwijdte van de integrale retailopslag in de voorgestelde ondergrenstariefregulering. Hierop hebben BCPA, KPN, Tele2 en EspritXB, UPC, Vodafone, Ziggo en ZTM gereageerd. Het college heeft ook deze reacties betrokken bij het vaststellen van het definitieve besluit.

115. In de volgende paragrafen gaat het college in op de zienswijzen van partijen. Het college volgt daarbij de structuur van het Aanvullend ontwerpbesluit. Het college wijst erop dat de zienswijzen van partijen voor hem aanleiding hebben gevormd om het Aanvullend ontwerpbesluit op een aantal onderdelen aan te passen. In deze gevallen heeft het college in zijn reactie op de betreffende zienswijze aangegeven wat deze wijzigingen inhouden.

A.2 Startpunt aanvullend besluit en CBb-uitspraak

116. **Tele2 en EspritXB**[50] concluderen uit de CBb-uitspraak dat de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting, zoals opgenomen in het VT-besluit 2008, niet per 1 januari 2010 zijn ingetrokken, maar van kracht zijn gebleven. KPN dient daarom volgens hen vooruitlopend op de

[49] Kenmerk OPTA/AM/2011/202785.

[50] Zienswijze Tele2 en EspritXB van 18 januari 2012, bijlage 1.

inwerkingtreding van het Aanvullend ontwerpbesluit hieraan te voldoen. Volgens Tele2 en Esprit XB kan niet worden verwezen naar de uitspraak van de Voorzieningenrechter van het CBb van 15 november 2010[51], omdat de analyse met betrekking tot de marktafbakening en de conclusie dat de zakelijke retailmarkt niet daadwerkelijk concurrerend is, juist door het CBb in stand zijn gelaten en omdat het in dit geval ook niet gaat om een “herleving” van verplichtingen op grond van een eerder marktanalysebesluit, maar om de vernietiging van de tussentijdse intrekking van die verplichtingen in de lopende reguleringsperiode.

117. Ook **UPC**[52] concludeert dat de retailregulering, zoals de non-discriminatieverplichting die in 2009 van toepassing was en waarvan de intrekking per 1 januari 2010 door het CBb is vernietigd, vanaf 1 januari 2010 van toepassing is gebleven.

118. Het **college** leidt uit de uitspraak van de Voorzieningenrechter van het CBb van 15 november 2010 af dat door de vernietiging van een marktanalysebesluit, waarbij de in een vorig marktanalysebesluit opgelegde verplichtingen zijn ingetrokken, de oude verplichtingen niet herleven. De voorzieningenrechter beantwoordt in voornoemde uitspraak de vraag of de oude verplichtingen zouden herleven omdat de intrekking daarvan vernietigd wordt, ontkennend en stelt daartoe:

> “*Een dergelijk herleven van reeds geruime tijd geleden ingetrokken verplichtingen is in strijd met de rechtszekerheid en past niet in het systeem van de Tw, omdat verplichtingen ingevolge de Tw gebaseerd dienen te zijn op een recente analyse van de marktverhoudingen.*”

119. De verplichtingen die voor KPN golden op basis van het VT-besluit 2008 zijn naar inzicht van het college dan ook niet na de vernietiging van de intrekking daarvan van toepassing gebleven. Daarnaast heeft het CBb in de uitspraak van 30 september 2011 met betrekking tot het VT-besluit 2008 onder meer bepaald dat het college “*een nieuw besluit neemt over instandhouding van de verplichtingen op de zakelijke retailmarkt na 1 januari 2010*”.

120. Gelet op het vorenstaande concludeert het college dat de verplichtingen op de zakelijke retailmarkt die aan KPN zijn opgelegd bij het VT-besluit 2008, die in 2009 van toepassing waren en waarvan de intrekking per 1 januari 2010 door het CBb is vernietigd, vanaf 1 januari 2010 niet herleven.

A.3 AMM-positie KPN op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie

121. **KPN**[53] meent dat het college op basis van de stand van eind 2008 moet beoordelen of de bij het VT-besluit 2008 opgelegde verplichtingen moeten worden voortgezet na 1 januari 2010. De te verwachten ontwikkelingen in de daarop volgende reguleringsperiode zijn daarbij volgens KPN niet van doorslaggevend belang. KPN meent daarom dat het college in het Aanvullend ontwerpbesluit

[51] LJN: BO6543.

[52] Zienswijze UPC van 18 januari 2012, blz. 2.

[53] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 3-8.

onnodig ingaat op de marktontwikkelingen gedurende de reguleringsperiode 2009-2011. KPN meent vervolgens dat het college de beschouwde ontwikkelingen onzorgvuldig en onjuist analyseert. Volgens KPN is de uitwerking van marktaandelen onjuist en gaat het college niet in op andere relevante ontwikkelingen.

122. Het **college** wijst KPN erop dat het college in paragraaf 13.4.3 van het VT-besluit 2008 op basis van een prospectieve analyse al had geconcludeerd dat de zakelijke retailmarkt in aanwezigheid van generieke en specifieke wholesaleverplichtingen in de onderhavige reguleringsperiode niet daadwerkelijk concurrerend is. Het CBb heeft dit oordeel in stand gelaten. Daarmee staat vast dat de zakelijke retailmarkt niet concurrerend is. In die zin is het college het eens met KPN dat een beschouwing van daadwerkelijke marktontwikkelingen niet nodig is. Zoals in randnummer 22 van het Aanvullend ontwerpbesluit is aangegeven, beschouwt het college deze marktontwikkelingen echter ten overvloede.

123. Het college is daarbij van mening kort de belangrijkste ontwikkelingen te hebben beschouwd. Een uitgebreide analyse van huidige posities en de in de komende jaren te verwachten concurrentie vindt zijn weerslag in het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012. Het college merkt overigens op dat de schijnbare inconsistente marktaandelen waar KPN op wijst, ontstaan doordat KPN verschillende marktafbakeningen en verouderde, reeds gecorrigeerde cijfers vergelijkt.

A.4 Potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie in aanwezigheid van wholesaleregulering (H3)

A.4.1 Effecten van wholesaleregulering en te verwachten retailproblemen (VoB)

124. Volgens **UPC**[54] kiest het college zonder grondslag en in afwijking van zijn eerdere standpunt voor een niet-techniekonafhankelijke benadering, door te stellen dat de geconstateerde mededingingsproblemen zich niet voordoen wat betreft zakelijke vaste telefoniediensten geleverd middels VoB.

125. Het **college** hanteert daar waar redelijkerwijs mogelijk een techniekneutrale benadering. Dat neemt echter niet weg dat hij op grond van het regelgevend kader eerst dient te bepalen of er sprake is van potentiële mededingingsproblemen op relevante markten waar een partij over AMM beschikt. Verplichtingen kunnen daarna worden opgelegd in geval er potentiële mededingingsproblemen zijn geconstateerd. Conform dit kader is het college gehouden te onderzoeken of er op de zakelijke retailmarkt potentiële mededingingsproblemen zijn. Het college heeft in randnummer 33 van het Aanvullend ontwerpbesluit gemotiveerd dat er geen potentiële mededingingsproblemen zijn wat betreft VoB-diensten op die markt. Wat betreft niet-VoB-diensten op de zakelijke retailmarkt heeft het college geconstateerd dat er wel potentiële mededingingsproblemen zijn. Het (ook) reguleren van VoB zou niet passend geweest zijn. Het college heeft daarom in dit geval de techniekneutrale benadering losgelaten.

[54] Zienswijze UPC van 18 januari 2012, blz. 3.

126. **UPC**[55] stelt dat er geen level playing field is wat betreft VoB. De groei van het marktaandeel van kabelaanbieders en aanbieders die gebruik maken van wholesalebouwstenen C(P)S en WLR zou te positief worden voorgesteld door het college voor zowel de enkelvoudige als tweevoudige markt. Omdat KPN al langer VoB2-diensten aanbiedt, zou het college zonder nadere onderbouwing niet zonder meer de conclusie kunnen trekken dat de introductie van die diensten door de kabelaanbieders op een significante groei van het marktaandeel van de kabelaanbieders wijst in de komende periode.

127. Het **college** constateert dat de argumenten van UPC dat geen sprake zou zijn van een level playing field wat betreft enkelvoudige en tweevoudige gesprekken middels VoB als hierboven samengevat niet relevant zijn voor het Aanvullend ontwerpbesluit. Dit besluit ziet immers slechts op de zakelijke retailmarkt. Deze markt omvat niet de genoemde enkelvoudige en tweevoudige gesprekken.

128. **UPC**[56] is van mening dat retail ISDN- en VoB-diensten tot dezelfde markt behoren en er mededingingsproblemen zouden ontstaan als VoB niet wordt gereguleerd. KPN zou haar voordelen optimaal kunnen benutten middels de vormgeving van VoB-tarieven en -diensten. Dat zou des te meer gelden bij aanbiedingen waar VoB en PSTN/ISDN in combinatie worden aangeboden. Omdat KPN dominant is op de zakelijke markt voor PSTN/ISDN1/2/20-30 kan zij door middel van kruissubsidiëring significant goedkopere aanbiedingen doen dan haar concurrenten.

129. **Vodafone**[57] is van mening dat er geen level playing field is ten aanzien van VoB. KPN zou haar sterke positie als gevolg van onder meer haar schaal, de breedte van haar portfolio, bundelmogelijkheden, haar kopernetwerk en historische klantenbase in hoge mate kunnen overhevelen naar haar VoB-dienstverlening. Het college zou ook onvoldoende ingaan op het relatief hoge marktaandeel van KPN op de markt voor meervoudige VoB en onvoldoende onderbouwen dat de wholesaleregulering marge-uitholling bij VoB voldoende zou voorkomen.

130. Het **college** kan bevestigen dat zowel ISDN- als VoB-diensten onderdeel uitmaken van de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie. Op deze markt is de rol van VoB echter nog zeer beperkt: zakelijke retaildiensten geleverd middels VoB vertegenwoordigen slechts een klein gedeelte van de markt en groeien naar verwachting beperkt gedurende de reguleringsperiode van dit besluit.

131. Als de retaildienst wordt geleverd middels VoB, dan is deze dienst voor alle efficiënte partijen repliceerbaar. Dit als gevolg van de generieke wholesaleregulering (onder andere ULL-regulering). Het college heeft in randnummer 33 van het Aanvullend ontwerpbesluit gemotiveerd dat er dan ook sprake is van een level playing field, mede door de wholesale ND-5 toets en het grotendeels afwezig zijn van incumbentvoordelen voor KPN wat betreft VoB. Partijen werken ook niet nader uit hoe KPN haar sterke positie wat betreft PSTN/ISDN-diensten zou kunnen overhevelen.

[55] Zienswijze UPC van 18 januari 2012, blz. 3-4

[56] Zienswijze UPC van 18 januari 2012, blz. 4-5.

[57] Zienswijze Vodafone van 18 januari 2012, blz. 6.

132. Ook in het geval dat VoB- en PSTN/ISDN-diensten in combinatie worden geleverd, ziet het college wat betreft het VoB-deel geen mededingingsproblemen, maar voor het ISDN-deel wel. De potentiële mededingingsproblemen bij ISDN in combinatie met VoB, remedieert het college bij ISDN.

133. Als gevolg van de regulering wat betreft VoB (wholesaleregulering), PSTN/ISDN (wholesale- en retailregulering) en bundels (wholesale- en retailregulering) zal er naar het oordeel van het **college** wel een level playing field ontstaan. Dan is verstoring van de mededinging middels kruissubsidiëring niet mogelijk.

134. **Vodafone**[58] verzoekt het college, onder verwijzing naar randnummer 43 van het Aanvullend ontwerpbesluit, in de analyse meer aandacht te besteden aan het wegvallen van regulering in de afgelopen reguleringsperiode. Deze weggevallen regulering heeft met name impact gehad op de concurrentiemogelijkheden ten aanzien van VoB. Vodafone noemt met name de vernietiging van de regulering van op FttO-gebaseerde wholesalediensten.

135. Het **college** heeft in de CBb-uitspraak de opdracht gekregen ex tunc een (herstel- of aanvullend) besluit te nemen. Het college heeft dan ook gekeken naar de wholesaleregulering zoals die zou gelden aan het begin van de reguleringsperiode 2009-2011. Wegvallen van regulering als gevolg van uitspraken van het CBb van na die periode zijn daarom niet zonder meer relevant.

136. Overigens geldt dat regulering tot het moment van (gedeeltelijke) vernietiging van het relevante besluit, in veel gevallen wel werking heeft gehad. Ook neemt het college, voor zover mogelijk en noodzakelijk, na vernietiging van een bepaald(e passage in een) besluit, een nieuw of aanvullend besluit waarin passende regulering wordt opgelegd. Hierbij worden eventueel ontstane lacunes in het reguleringsbouwwerk gerepareerd.

A.4.2 Marge-uitholling

137. **KPN**[59] onderbouwt waarom er volgens haar geen risico is op marge-uitholling op ISDN2.

138. Het **college** constateert dat dit punt van KPN niet relevant is, omdat ISDN2 onder de retailmarkt voor residentiële vaste telefonie valt. Daar ziet dit Aanvullend ontwerpbesluit niet op.

139. **KPN**[60] stelt dat zij noch de prikkel noch de mogelijkheid heeft om marges op ISDN15/20/30 uit te hollen. KPN heeft minder dan de helft van de uitgebrachte aanbestedingen gewonnen. De theoretische argumenten van het college overtuigen KPN niet, met name omdat het college alleen gekeken zou hebben naar marge-uitholling ten opzichte van aanbieders die slechts op basis van WLR aanbieden. In de praktijk zouden veel aanbieders over een eigen infrastructuur beschikken en WLR-hoogcapacitair benutten als extra mogelijkheid om KPN effectief te beconcurreren. Als gevolg

[58] Zienswijze Vodafone van 18 januari 2012, blz. 6.

[59] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, paragraaf 2.1, blz. 9.

[60] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, paragraaf 2.2, blz. 9.

van de ondergrensregulering heeft KPN beperktere prijsruimte dan haar concurrenten, wat de positie van KPN verzwakt en kan leiden tot hogere prijzen voor eindgebruikers. Ook heeft het college volgens KPN[61] ten onrechte slechts gekeken naar WLR-hoogcapacitair als methode om ISDN15/20/30 aan te bieden, terwijl bijvoorbeeld ook huurlijnen met een capaciteit van 2048kbit/s daartoe geschikt zijn.

140. Het **college** merkt wat betreft de uitgebrachte aanbestedingen het volgende op. Slechts een beperkt aantal aanbieders biedt succesvol diensten aan in aanbestedingen en vergelijkbare commerciële procedures. Andere partijen bieden vaak niet aan of zijn niet succesvol als ze wel aanbieden. Het college acht de concurrentie van de partijen die aanbestedingen winnen nog onvoldoende duurzaam, terwijl de concurrentie juist het meest intensief is in het segment van aanbestedingen. Dit segment behelst bovendien slechts een beperkt deel van de markt. KPN heeft immers zelf aangegeven dat slechts in circa **[KPN vertrouwelijk:** XXX**]** procent van de gevallen een klant een aanbesteding uitschrijft. Het marktaandeel van KPN laat daarnaast zien dat KPN nauwelijks zakelijke aansluitingen verliest.

141. Zakelijke telefoniediensten worden bijna uitsluitend geleverd middels ISDN15/20/30. Alleen KPN beschikt over een landelijk dekkend netwerk om dergelijke diensten aan te bieden. Bijna alle aanbieders van zakelijke telefoniediensten zijn dus afhankelijk van KPN voor hun dienstverlening. De relevante paragraaf 3.4 in het Aanvullend ontwerpbesluit ziet niet alleen op (het risico op) uitholling van marges van aanbieders die actief zijn op basis van WLR. Het ziet ook op partijen die diensten aanbieden middels hoger gelegen bouwstenen. Het college herkent zich dan ook niet in de stelling van KPN dat het college te veel gekeken zou hebben naar WLR aanbieders.

142. Het college heeft in paragraaf 3.4 van het Aanvullend ontwerpbesluit gemotiveerd waarom hij van mening is dat KPN in staat is om marges uit te hollen wat betreft zakelijke retaildiensten. De summiere argumenten van KPN doen het college niet van mening wijzigen.

143. Wat betreft de door KPN genoemde eventuele hogere prijzen voor eindgebruikers, geldt dat het college in de effectentoets in paragraaf 4.6 van het Aanvullend ontwerpbesluit is ingegaan op de positieve gevolgen van de opgelegde regulering. Ten aanzien van KPN's opmerking over WLR-hoogcapacitair verwijst het college naar randnummer 141 van deze Nota van Bevindingen.

A.4.3 Prijsdiscriminatie

144. **KPN**[62] stelt dat het college de drie voorwaarden waaraan getoetst dient te worden om vast te stellen of KPN succesvol op prijs kan discrimineren[63] en marge-uitholling kan toepassen, verkeerd heeft toegepast:

[61] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, paragraaf 2.3, blz. 10.

[62] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, paragraaf 2.2, blz. 9.

[63] Het gaat om de volgende toets: Om succesvol op prijs te kunnen discrimineren dient aan drie voorwaarden te zijn voldaan: (i) de aanbieder dient marktmacht te hebben, (ii) de aanbieder moet in staat zijn verschillende afnemers van elkaar te kunnen

- KPN geeft aan op de markt voor ISDN2 en VoB niet onafhankelijk haar prijs vast te kunnen stellen (*eerste voorwaarde*), omdat de prijs van ISDN2 wordt gedisciplineerd door VoB. Ook op de markt voor ISDN15/20/30 kan KPN ondanks haar hoge marktaandeel de prijzen niet onafhankelijk vaststellen. Zij verwijst ter onderbouwing van dit laatste naar – als het college het goed heeft begrepen – haar argumenten in paragraaf 2.2 van haar zienswijze;

- KPN geeft aan dat alle aanbieders de mogelijkheid hebben om te discrimineren tussen groepen afnemers (*tweede voorwaarde*) en dat KPN zodanige prijzen hanteert dat concurrenten deze prijzen kunnen evenaren zonder hun marges uit te hollen. De door het college genoemde boetebesluiten zijn niet of beperkt relevant, omdat die niet zien op marge-uitholling, maar met name op al dan niet gereguleerde bundels en het overtreden van de non-discriminatieverplichting; en

- Volgens KPN kunnen andere partijen KPN's retaildiensten wel wederverkopen zonder dat KPN dit kan staken (*derde voorwaarde*). WLR betreft namelijk wederverkoop van dergelijke diensten en KPN is verplicht om WLR aan te bieden. Ook middels contractovername kunnen KPN's retaildiensten worden doorverkocht.

145. Het **college** merkt ten eerste op dat KPN ten onrechte opmerkt dat de genoemde toets dient om vast te stellen of KPN marges kan uithollen. De toets is slechts relevant om te bepalen of succesvol op prijs kan worden gediscrimineerd. Het college onderkent wel dat middels prijsdiscriminatie ook marges uitgehold kunnen worden.

146. In de volgende drie randnummers gaat het college in op de interpretatie van de drie voorwaarden door KPN.

147. Het college heeft in hoofdstuk 2 van het Aanvullend ontwerpbesluit vastgesteld dat KPN beschikt over AMM op de zakelijke retailmarkt (*eerste voorwaarde*). Het college ziet in de summiere motivering van KPN geen reden om af te wijken van zijn conclusie.

148. De *tweede voorwaarde* houdt in dat KPN in staat moet zijn om afnemers van elkaar te kunnen scheiden. KPN bevestigt in haar zienswijze dat zij in staat is om dat te doen. Dat andere aanbieders dat ook kunnen, is niet relevant. Andere aanbieders hebben geen AMM en zullen dus nooit aan alle drie de voorwaarden voldoen. De boetebesluiten waar het college naar verwijst in zijn Aanvullend ontwerpbesluit dienen slechts ter illustratie en illustreren wel degelijk dat KPN afnemers van elkaar kan onderscheiden.

149. Uit de reactie van KPN wat betreft de *derde voorwaarde*, leidt het college af dat KPN deze voorwaarde anders interpreteert dan het college. Waar het bij de derde voorwaarde volgens het college om gaat, is dat een partij niet effectief op prijs kan discrimineren als de retailafnemer van de

---

scheiden en (iii) het moet niet mogelijk zijn voor een afnemer om het product of de dienst door te verkopen. Zie voor de beschrijving van deze toets ook de paragrafen 10.2.2 en 10.3.2 van het marktanalysebesluit VT 2008.

dienst in staat is om de dienst weer door te verkopen. In dat geval zou immers de retailafnemer die de laagste prijs betaalt voor de dienst, deze dienst kunnen doorverkopen aan andere partijen die de dienst willen afnemen (en aan wie de aanbieder hogere prijzen vraagt). Prijsdiscriminatie zou dan effectief omzeild kunnen worden door afnemers. In het geval van vaste telefoniediensten geldt echter dat een eindgebruiker van de diensten van KPN, deze diensten niet kan doorverkopen aan andere eindgebruikers.

150. Overigens is het college het wel gedeeltelijk eens met de argumenten van KPN. Het college geeft immers in randnummer 54 van het Aanvullend ontwerpbesluit aan dat de aanwezigheid van concurrentiedruk ervoor zorgt dat KPN bij haar tariefstelling rekening moet houden met de tariefstelling van concurrerende aanbieders en dus slechts in beperkte mate de prikkel heeft om prijsdiscriminatie (leidend tot hoge prijzen) toe te passen.

151. **Vodafone**[64] bevestigt de conclusie van het college dat KPN in afwezigheid van retailregulering in staat is om middels prijsdifferentiatie de marges van partijen zonder (volledig) eigen infrastructuur uit te hollen.

152. Het **college** onderschrijft de opmerking van Vodafone.

A.4.4 Bundeling en koppelverkoop

153. **KPN**[65] vindt het merkwaardig dat het college koppelverkoop van aansluitingen en verkeer als een extra mededingingsprobleem ziet, terwijl het college in de marktafbakening heeft vastgesteld dat de relevante markt bestaat uit aansluitingen en verkeer samen. KPN gaat in haar verdere reactie uit van een vermeend mededingingsprobleem van prijstechnische repliceerbaarheid van bundels van gereguleerde en ongereguleerde diensten.

154. Het **college** constateert dat er bij KPN onduidelijkheid bestaat over de intentie van het college. Het college ziet geen extra mededingingsprobleem in koppelverkoop van aansluitingen en verkeer op zichzelf. Met het randnummer waarin de verwijzing naar aansluitingen en verkeer staat – randnummer 57 van het Aanvullend ontwerpbesluit – bedoelde het college aan te geven dat hij op deze markt niet het gebundeld aanbieden zelf, maar de prijstechnische repliceerbaarheid van bundels als mededingingsprobleem ziet. Het college heeft de betreffende passage in het besluit naar aanleiding van dit punt van KPN verduidelijkt. Mede naar aanleiding van de zienswijze van Tele2 en EspritXB[66] heeft het college echter wel geconstateerd dat in voorkomende gevallen ook het aanbieden van bundels een potentieel mededingingsprobleem kan vormen, indien dit bevordert dat een deel van de zakelijke eindgebruikers voor een bepaalde contractsperiode onbereikbaar wordt voor concurrenten van KPN. Zie hiervoor randnummer 94 van het besluit.

[64] Zienswijze Vodafone van 18 januari 2012, blz. 4.

[65] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, paragraaf 3.2.1, blz. 13.

[66] Zie de Nota van Bevindingen, randnummers 198 en 199.

155. Volgens **KPN**[67] stelt het college dat bundels van ISDN met andere diensten prijstechnisch niet gerepliceerd zouden kunnen worden door andere partijen en dat dit probleem zou overeenkomen met marge-uitholling. KPN verwijst ten eerste naar de paragrafen 2.1 en 2.2 van haar zienswijze en geeft ten tweede aan dat nu er geen risico is op marge-uitholling bij ISDN2 en ISDN15/20/30, er ook geen risico daarop is bij bundels met deze diensten. Ten derde ontbreken volgens KPN ook relevante praktijkvoorbeelden.

156. Het **college** heeft in hoofdstuk 3.4 van het Aanvullend ontwerpbesluit reeds gemotiveerd waarom er wel een risico is op marge-uitholling bij zakelijke ISDN-diensten. Het college is niet gehouden om praktijkvoorbeelden te geven van potentiële mededingingsproblemen.

157. Volgens **Vodafone**[68] heeft het college miskend dat de huidige wholesaleregulering[69] uitsluitend gedwongen koppelverkoop voorkomt. Het (i) vrijwillig aanbieden van aantrekkelijke bundels of (ii) het hanteren van prijzen voor losse diensten die prohibitief zijn ten opzichte van de prijzen van gebundelde diensten, zou niet worden voorkomen.

158. Vodafone[70] geeft daarnaast aan dat mixed bundling wel een mededingingsprobleem kan zijn indien er zeer lage bundelprijzen zijn en er geen belangrijke voorkeur is van afnemers om diensten gebundeld af te nemen. De toegenomen mogelijkheden voor KPN om prijsdifferentiatie in te zetten en diensten te bundelen, kunnen concurrenten op een achterstand zetten.

159. Het **college** heeft in paragraaf 3.6 van het Aanvullend ontwerpbesluit aangegeven dat hij wel problemen ziet wat betreft de prijstechnische repliceerbaarheid van bundels. Op dat punt is het college het dus met Vodafone eens. Mede daarom is het college ook tot de conclusie gekomen dat naast de opgelegde wholesaleregulering het ook noodzakelijk is om retailtariefregulering op te leggen. Zoals reeds besproken in randnummer 154 van deze Nota van Bevindingen, erkent het college dat hij niet geheel kan uitsluiten dat ook andere vormen van bundeling door KPN zouden kunnen leiden tot een mededingingsprobleem.

160. Voor zover de opmerking van Vodafone het gevolg is van mogelijk onzorgvuldige formulering in paragraaf 3.6 van het Aanvullend ontwerpbesluit, geldt dat het college de formulering van deze paragraaf aanpast in het definitief Aanvullend besluit.

[67] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, paragraaf 2.4, blz. 11.

[68] Zienswijze Vodafone van 18 januari 2012, blz. 4.

[69] Vodafone heeft één zienswijze opgesteld in reactie op de twee aanvullende ontwerpbesluiten vaste telefonie 2008 en 2011. Het college neemt aan dat Vodafone met “huidige wholesale regelgeving” doelt op de regelgeving zoals die geldt op het moment van het geven van haar zienswijze.

[70] In de eerste zin van de laatste alinea op pagina 4 van de zienswijze van Vodafone gebruikt Vodafone het woord “dit”. Het is niet volledig duidelijk of Vodafone met dit woord verwijst naar (i) het geciteerde randnummer 154 van het ontwerpbesluit 2011 of (ii) naar de twee door Vodafone in de één na laatste alinea op pagina 4 van de zienswijze van Vodafone genoemde vormen van koppelverkoop.

A.4.5 Wijzigingen naar aanleiding van zienswijzen van partijen

161. Het **college** komt naar aanleiding van de zienswijzen tot de volgende wijzigingen:

- Verduidelijking in paragraaf 3.6 dat het hanteren van bundeltarieven leidend tot marge-uitholling een potentieel mededingingsprobleem vormt; en

- Toevoeging dat in voorkomende gevallen het aanbieden van bundels een potentieel mededingingsprobleem kan vormen als dat bevordert dat een deel van de zakelijke eindgebruikers voor een bepaalde contractsperiode onbereikbaar wordt voor concurrenten van KPN.

A.5 Verplichtingen (H4)

A.5.1 Retailverplichting algemeen

162. **Pretium**[71] stelt dat er alle aanleiding is voor instandhouding van (aangescherpte) retailregulering op de zakelijke markt. Zij verwijst naar de standpunten tijdens de consultatieprocedure van het VT-besluit 2008, in het kader van het spoedverzoek ex artikel 6b.3 van de Tw en de zienswijze op het Ontwerpbesluit Marktanalyse vaste telefonie 2011 van 14 juli 2011 (met kenmerk: OPTA/AM/2011/201499) (hierna: ontwerpbesluit VT 2011).

163. Ook **Tele2 en EspritXB**[72] vinden retailregulering op de zakelijke retailmarkt passend en noodzakelijk. Zij verwijzen daarbij naar hun standpunten tijdens de consultatieprocedure van het VT-besluit 2008, in het kader van het spoedverzoek ex artikel 6b.3 van de Tw, en hun zienswijze op het ontwerpbesluit VT 2011.

164. Het **college** constateert dat Pretium, Tele2 en EspritXB retailregulering passend achten. Het college verwijst partijen voor zijn reactie op de eerder ingebrachte standpunten naar de desbetreffende besluiten. Ook heeft het college in randnummer 15 van het Aanvullend ontwerpbesluit reeds aangegeven geen aanvullende informatie van marktpartijen te verzoeken, omdat hij beschikt over recente informatie en zienswijzen van partijen in het kader van het Aanvullend besluit marktanalyse Vaste Telefonie 2011 van 7 december 2011 (met kenmerk: OPTA/AM/2011/202784) (hierna: aanvullend ontwerpbesluit 2011). Deze zijn voor zover relevant meegewogen in het Aanvullend ontwerpbesluit.

165. **BCPA**[73] herhaalt haar zorg met betrekking tot het weinig transparante ND-5 proces. Marktpartijen moeten voor alle diensten inzicht hebben in de gehanteerde inkooprecepten. Dit moet

[71] Zienswijze Pretium van 18 januari 2012, blz. 1.

[72] Zienswijze Tele2 en EspritXB van 18 januari 2012, blz. 1.

[73] Zienswijze BCPA van 18 januari 2012, blz. 3-4.

het vertrouwen opleveren dat geen sprake kan zijn van marge-uitholling. De voorbeelden uit 2006 moeten worden geactualiseerd om de bruikbaarheid te waarborgen.

166. Het **college** is bekend met de grieven die BCPA heeft ingebracht tegen eerdere marktanalysebesluiten. Deze zijn meegewogen bij de totstandkoming van onderhavig besluit. Het college volstaat hier met een verwijzing naar de stukken aangaande ND-5 die hij in het kader van de procedures tegen de vorige ronde marktanalysebesluiten heeft ingebracht. Daarin is ook uitgebreid op het bezwaar van BCPA ingegaan waar zij nu naar verwijst.

A.5.2 Reikwijdte retailverplichting

167. Volgens **KPN**[74] is de verplichting in randnummer 73 van het Aanvullend ontwerpbesluit zo geformuleerd dat deze ook van toepassing is op ISDN2. Dit is volgens KPN echter in strijd met het VT-besluit 2008 waarin ISDN2 onderdeel uitmaakt van de concurrerende residentiële retailmarkt, waarop geen retailverplichtingen zijn opgelegd.

168. Het **college** verwijst KPN naar randnummer 75 van het Aanvullend ontwerpbesluit, waarin is aangegeven dat KPN aan de retailverplichting is gehouden voor alle diensten die zij op de markt voor zakelijke telefonie aanbiedt, behoudens die geleverd op basis van VoB. De zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie behelst op basis van het VT-besluit 2008 zakelijke diensten ofwel verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op meer dan twee gelijktijdige gesprekken. Het college rekent onder zakelijke diensten, naast hoogcapacitaire aansluitingen, ook de meervoudige PSTN/ISDN1/2-aansluitingen. Het college zal de reikwijdte van de retailverplichting van ondergrenstariefregulering verduidelijken in het aanvullend besluit.

A.5.3 Invulling ondergrenstariefregulering

Invulling ondergrens en retailopslag algemeen

169. **KPN**[75] meent dat het college voorbijgaat aan de implicaties van de tariefregulering voor KPN en andere marktpartijen. Hoewel het college de nieuwe retail ondergrensregulering ent op de bestaande ND-5 methodiek voor wholesalediensten, introduceert het college volgens KPN[76] wijzigingen die ieder voor zich een verzwaring betekenen: 1) vervanging van LRIC door EDC minus als kostengrondslag, 2) uitbreiding van EDC minus tot alle componenten en diensten van het vaste net, 3) wijziging van incrementele in integrale retailopslag, en 4) wijziging van de retailopslag voor ongereguleerde diensten in een bundel. Deze hebben een cumulatief, ingrijpend effect, terwijl de motivering gebrekkig is.

170. Het **college** wijst KPN erop dat punten 1 en 2 van KPN's betoog niet van toepassing zijn op het Aanvullend ontwerpbesluit. Wat betreft punt 3 verwijst het college naar randnummer 84 van het

[74] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 12.

[75] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 1.

[76] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 20 en 24.

Aanvullend ontwerpbesluit. Voor punt 4 verwijst hij naar randnummer 182 van deze Nota van Bevindingen.

171. **BCPA**[77] vindt dat alternatieve aanbieders in staat moeten worden gesteld om hun integrale retailkosten terug te verdienen. De passage in randnummer 85 van het Aanvullend ontwerpbesluit waarin het college aangeeft dat het niet noodzakelijk is als onderdeel van de retailopslag op te nemen dat KPN een minimumrendement dient te behalen, overtuigt BCPA niet. BCPA stelt dat het onduidelijk is wat wordt bedoeld met een 'dergelijk minimumrendement op een hoger aggregatieniveau' en vraagt zich af hoe waarschijnlijk het is dat alternatieve aanbieders zo'n minimumrendement inderdaad kunnen behalen. Dit volgt volgens BCPA niet uit deze passage.

172. Volgens **Vodafone**[78] is de redenering van het college dat een hogere ondergrens van de tariefregulering niet nodig is, niet steekhoudend en onvoldoende helder. Vodafone stelt dat het behalen van een redelijk rendement een voorwaarde is voor een duurzame business case voor zowel KPN als toetreders. Het college lijkt te verwachten dat concurrenten in staat zijn op andere diensten een meer dan redelijk rendement te kunnen maken om het ontbreken van het redelijke rendement op de retailmarkt voor vaste telefonie te compenseren.

173. Het **college** is het niet eens met BCPA en Vodafone. In het kader van (retail) ondergrensregulering op het niveau van individuele diensten (aanbiedingen) is het onwenselijk een minimum- of normrendement op te nemen. Met de door het college gekozen kostennorm worden partijen voldoende beschermd tegen marge-uitholling. Het opnemen van een minimaal winstpercentage in een ondergrenstoets op dienstniveau leidt tot een onnodig hoog beschermingsniveau, hetgeen inefficiënte toetreding in de hand zou werken en daarmee eindgebruikerstarieven onnodig zou kunnen opdrijven. Het college is van oordeel dat partijen een dergelijk winstpercentage dienen te verwerven op het niveau van bijvoorbeeld de relevante markt.

174. **Tele2 en EspritXB**[79] stellen dat een retailopslag van 18,6 procent onjuist en onvoldoende effectief is. Zij verwijzen naar hun zienswijze ten aanzien van het aanvullend ontwerpbesluit 2011. Gegeven de noodzaak van zo spoedig mogelijke inwerkingtreding van de retailregulering geven Tele2 en EspritXB echter de voorkeur aan spoedige inwerkingtreding van onderhavig aanvullend besluit met een retailopslag van 18,6 procent voor de overgangsperiode tot aan het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012.

175. Het **college** heeft in paragraaf 4.4.2 beargumenteerd waarom de retailopslag geschikt en noodzakelijk is. Voorts ziet het college geen aanleiding om aan de juistheid van de retailopslag te twijfelen.

[77] Zienswijze BCPA van 18 januari 2012, blz. 2.

[78] Zienswijze Vodafone van 18 januari 2012, blz. 5.

[79] Zienswijze Tele2 en EspritXB van 18 januari 2012, blz. 3.

176. Hoewel **Ziggo**[80] positief staat tegenover de voorgenomen additionele retailmaatregelen, plaatst zij daarbij de kanttekening dat het wellicht logisch was geweest om, in lijn met de WLR-verplichting op wholesaleniveau, ook voor de retail price floor te werken met een 'safety floor' op basis van CPI. Daarmee was meer zekerheid gecreëerd voor de markt. Nu wordt de ondergrens de uitkomst van een rapportage van KPN, met het daarmee samenhangende circus van beoordeling door het college en input van marktpartijen die niet beschikken over alle (vertrouwelijke) informatie.

177. Het **college** is van mening dat Ziggo hier een andere verplichting voorstelt dan het college voor ogen heeft zonder verder te onderbouwen of deze verplichting passend is om het mededingingsprobleem op te lossen. Het feit dat met de door het college voorgestelde verplichting een beoordeling van het college samenhangt, is voor het college onvoldoende reden van zijn eerdere voorstel af te wijken.

Invulling ondergrens voor bundels

178. **KPN**[81] geeft aan dat in de praktijk vrijwel altijd een bundel van gereguleerde en ongereguleerde diensten wordt geleverd, bijvoorbeeld omdat transmissie van het lokale netvlak naar het nationale netvlak al ongereguleerd is. KPN verwijst naar haar eerdere zienswijze in het kader van het ontwerpbesluit Ontbundelde toegang in 2011 op de generieke wijziging ten aanzien van ND-5 dat niet langer LRIC, maar EDC-minus voor ongereguleerde componenten binnen het vaste net geldt.

179. Het **college** wijst KPN erop dat deze wijziging niet voor het onderhavige besluit geldt.

180. **KPN**[82] merkt op dat er vele ongereguleerde diensten zijn. Van die (deel)markten is vastgesteld dat zij voldoende concurrerend zijn in aanwezigheid of zelfs afwezigheid van wholesaleregulering, en sommige markten staan niet op de Aanbeveling. Volgens KPN staat daarmee vast dat het algemene mededingingskader de ondergrens bepaalt. Er geldt niet bij voorbaat één specifieke kostengrondslag, maar een globale range tussen de gemiddelde relevante variabele kosten en de gemiddelde relevante totale kosten. KPN merkt ook op dat de ND-5 dienstdefinitie van het college veel smaller is dan de definitie van de relevante markt in het mededingingskader, wat de uitkomst van de relevante kosten drukt. KPN stelt dat het merkwaardig is om over de gehele bundel de integrale retailopslag van 18,6 procent voor ongereguleerde componenten te hanteren, nu deze uitsluitend betrekking heeft op de gereguleerde traditionele vaste telefoniediensten en geen enkele relevantie heeft voor de mededingingsrechtelijk relevante retailkosten voor ongereguleerde diensten. Voorts merkt KPN op dat zij het niet te begrijpen vindt dat de reguleringsuitkomst op basis van de invulling door het college zo veel afwijkt van de optelsom van de afzonderlijke reguleringsuitkomsten van de *stand alone* situaties.

[80] Zienswijze Ziggo van 18 januari 2012, blz. 1.

[81] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 13-14.

[82] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 14-16.

181. **Tele2 en EspritXB**[83] menen daarentegen dat de retailopslag van 18,6 procent ook geldt voor bundels met ISDN-diensten en dan voor de volledige bundel, omdat anders de retailregulering eenvoudig te omzeilen zou zijn.

182. Het **college** is bij nadere bestudering van mening dat de reikwijdte van de integrale retailopslag beperkt dient te worden tot die bouwstenen die worden gebruikt voor de voortbrenging van de traditionele vaste telefoniediensten binnen een bundel. Bouwstenen van overige meegebundelde retaildiensten (bijvoorbeeld mobiel of TV) worden uitgesloten van de integrale retailkostenopslag en dienen tegen de incrementele opslag van 1 procent uit hoofde van ND-5 meegenomen te worden. Het college kiest er bewust voor om ook voor PSTN-diensten in bundels met ISDN2/ISDN30 de integrale retailkostenopslag van toepassing te laten zijn. Uit de besluittekst volgt dat KPN vanuit haar wholesalepositie op PSTN een belangrijk voordeel heeft op de zakelijke retailmarkt vaste telefonie (waar de klantvraag vaak bestaat uit een combinatie van ISDN en PSTN). Daar waar kabelaanbieders KPN niet of onvoldoende disciplineren, heeft KPN immers de prikkel om toegang te weigeren. Aangezien op zakelijke bundels van PSTN met ISDN (voldoende) disciplinering van kabelaanbieders ontbreekt, acht het college het redelijk en noodzakelijk dat ook op PSTN-diensten in dergelijke bundels een integrale retailkostenopslag wordt toegepast.

183. Hoewel **KPN**[84] in dupliek op zich positief is over het voornemen van het college om de reikwijdte van de toepassing van de integrale retailopslag in bundels met vaste telefonie te wijzigen, merkt KPN op dat er door de formulering van het college een onduidelijke situatie blijft bestaan ten aanzien van bundels met ongereguleerde traditionele vaste telefoniediensten, zoals bundels met internationaal telefoonverkeer (IDD). KPN meent dat het college de incrementele retailopslag ook zou moeten toepassen op alle bouwstenen die worden gebruikt voor de voortbrenging van ongereguleerde diensten in de bundel zoals de dienst IDD.

184. Bovenstaande analyse waarbij gekeken wordt naar de relatie tussen de vraag integrale/incrementele retailopslag en de kwalificatie gereguleerd/ongereguleerd, zou volgens KPN feitelijk ook uitgevoerd dienen te worden per bouwsteen. Dit geldt met name wanneer gekeken wordt naar de verschillende uitkomsten van de wholesale marktanalyses over de netvlakken: de bouwstenen die liggen op een hoger netvlakniveau kennen geen wholesaleregulering. Deze bouwstenen zijn niet gereguleerd; er is dus blijkbaar marktwerking (in aanwezigheid van de wholesaleregulering op het lagere netvlakniveau). Dit zou moeten betekenen dat het toepassen van een integrale retailopslag ook tot een mededingingstechnisch gezien té zware uitkomst leidt in de ND-5 bodem voor de bundel.

185. **Vodafone**[85] betoogt in dupliek dat daar waar het college er in de huidige marktanalyseronde voor heeft gekozen om op wholesaleniveau een strengere kostentoerekeningsmethodiek toe te passen (EDC-minus in plaats van pure LRIC), het consistent zou zijn om ook de methodiek achter de

[83] Zienswijze Tele2 en EspritXB van 18 januari 2012, blz. 3-4.

[84] Dupliek KPN van 10 februari 2012, blz. 1-2.

[85] Dupliek Vodafone van 11 februari 2012, blz. 1-2.

incrementele retailopslag aan te scherpen. Vodafone verzoekt het college derhalve om, alvorens hij overgaat tot de voorgestelde wijziging, de bestaande methodiek ten aanzien van de incrementele retailopslag te evalueren tegen de achtergrond van de strengere wholesaletoetsen.

186. Het **college** zal de besluittekst zodanig aanpassen dat duidelijk wordt dat de integrale retailkostenopslag van toepassing is op alle bouwstenen die worden gebruikt voor de voortbrenging van de traditionele vaste telefoniediensten (PSTN/ISDN-aansluitingen + verkeer) binnen de bundel. Wat betreft de bouwstenen van het verkeer over deze aansluitingen wordt het verkeer naar internationale nummers, 0800/090x- en 084/087-nummers uitgezonderd van de integrale retailkostenopslag. Deze verkeerstypen maken immers geen onderdeel uit van de relevante retailmarkten voor vaste telefonie.

187. In reactie op zowel KPN als Vodafone wijst het college erop dat de keuze tussen een integrale of incrementele retailopslag niet ingegeven of bepaald wordt door de vraag of een bouwsteen gereguleerd wordt of niet, en ook niet of deze op basis van EDC-minus dan wel LRIC wordt gewaardeerd. De keuze of de retailopslag gebaseerd is op incrementele of integrale kosten wordt bepaald door de vraag of de betreffende bouwsteen wordt gebruikt voor de voortbrenging van de traditionele vaste telefoniediensten (PSTN/ISDN + verkeer) of niet.

188. **Tele2 en EspritXB**[86] menen in dupliek dat er geen aanleiding bestaat voor de aanpassing, en dat die de effectiviteit van de regulering die het college voorstaat juist aanzienlijk vermindert. Het voornemen om de toepassing van een integrale retailopslag te beperken tot VT-bouwstenen en op andere onderdelen van een bundel slechts een incrementele retailopslag toe te passen, ligt weinig voor de hand. In het Aanvullend ontwerpbesluit 2008 (randnummer 84) en 2011 (randnummer 183) overweegt het college juist uitdrukkelijk dat een incrementele retailopslag onvoldoende effectief is.

189. Het in deze randnummers gesignaleerde probleem – dat Tele2 en EspritXB uit de praktijk herkennen – bestaat niet alleen voor traditionele VT-diensten, maar ook voor bundels. Het college is voornemens KPN toe te staan om een incrementele retailopslag toe te passen op delen van een bundel die geen traditionele vaste telefonie betreffen. Dat heeft tot gevolg dat KPN tarievencomponenten voor aanzienlijke delen van een bundel (zoals VoB- of niet-telefoniegerelateerde diensten), en daarmee dus de bundelprijs als geheel, tussen afnemers kan discrimineren, en op die manier toch de integrale retailkosten voor alle delen van de bundel kan goedmaken. Alternatieve aanbieders hebben die mogelijkheid, zoals door het college terecht werd geconstateerd, niet. Daardoor blijft het voor alternatieve aanbieders onmogelijk om de bundel als geheel prijstechnisch te repliceren. Hooguit zou de opmerking van KPN moeten betekenen dat op verschillende delen van de bundel verschillende integrale retailopslagpercentages worden toegepast, maar voor toepassing van een incrementele opslag is geen enkele aanleiding.

[86] Dupliek Tele2 en EspritXB van 10 februari 2012, blz. 2-3.

190. **Vodafone**[87] kan zich in dupliek voorstellen dat er iets voor te zeggen is dat het minder voor de hand ligt om de retailopslag van 18,6 procent ook van toepassing te verklaren op andere diensten in de bundel. Meer voor de hand zou liggen om in plaats daarvan voor deze niet-VT diensten de bijpassende integrale retailopslagen te hanteren. Wanneer het aan KPN wordt toegestaan om voor de overige diensten in de bundel de zeer lage incrementele retailopslag te hanteren, ontstaat de facto voor KPN ruimte om bundels met traditionele telefonie tegen zeer lage tarieven in de markt te zetten. Vodafone verzoekt het college derhalve om, alvorens hij overgaat tot de voorgestelde wijziging na te gaan hoe groot de extra kortingsruimte is die KPN kan verkrijgen door het bundelen van VT-diensten met andere diensten, en wat dit betekent voor de effectiviteit van de VT-retailregulering.

191. Het **college** erkent dat voor traditionele vaste telefoniediensten een incrementele retailopslag onvoldoende is. Aan dit uitgangspunt verandert ook niets. Doordat de bouwstenen voor de traditionele vaste telefoniediensten een integrale retailkostenopslag kennen en de bouwstenen voor de overige meegebundelde diensten een incrementele retailkostenopslag, wordt gewaarborgd dat dergelijke bundels prijstechnisch repliceerbaar zijn. Het voorschrijven van verschillende integrale retailopslagen voor de meegebundelde diensten zou de bundelprijzen onnodig opdrijven, zonder dat er een concreet mededingingsprobleem mee wordt geadresseerd.

192. Volgens **Ziggo**[88] leidt de beperking van de reikwijdte tot een afwijking van de bestaande dienstdefinitie. Onder verwijzing naar de definitie van het begrip ‘dienst’ zoals opgenomen in het VT-besluit 2008, zijn het juist deze diensten die zijn onderworpen aan de ND-5 verplichting, inclusief eventueel ongereguleerde diensten waarvan KPN ervoor kiest om deze tezamen met gereguleerde diensten aan te bieden. Het zou daarom juist vreemd zijn wanneer de retailopslag niet zou gelden voor de volledige dienst. Het is immers de hele dienst die getoetst dient te worden aan ND-5. Door slechts één element uit de toets te onderwerpen aan de retailopslag lijkt KPN te willen afwijken van de sinds 2008 bestaande dienstdefinitie.

193. Het **college** volgt de redenering van Ziggo niet. Het feit dat een bundel conform de dienstdefinitie als een aparte dienst wordt gezien en deze ook zelfstandig getoetst dient te worden, betekent geenszins dat hierin voor elke bouwsteen met dezelfde retailopslag gerekend dient te worden.

194. **ZTM**[89] vreest dat de geconstateerde mededingingsproblemen in verband met bundeling hiermee onvoldoende geadresseerd worden. In het bijzonder laat de uitleg en afzonderlijke regulering van “bouwstenen” ruimte voor interpretatie en zet deze aan tot strategisch productontwerp. Bovendien wordt de handhaving zeer gecompliceerd wanneer op subonderdelen verschillende vormen van prijsregulering worden toegepast. Indien het college vasthoudt aan dit voornemen verzoekt ZTM het college in het besluit in te gaan op de voorziene wijze van handhaving en controle en daarbij tevens te voorzien in transparantieverplichtingen. ZTM verzoekt het college daarbij tevens aandacht te

[87] Dupliek Vodafone van 11 februari 2012, blz. 1-2.

[88] Dupliek Ziggo van 10 februari 2012, blz. 2-3.

[89] Dupliek ZTM van 10 februari 2012, blz. 1.

schenken aan de situatie dat de WLR-tariefregulering voor bepaalde aansluitingen vervalt, terwijl deze in combinatie met andere aansluitingen worden geboden.

195. Het **college** ziet niet in hoe de wijziging van de reikwijdte van de retailopslag ruimte voor interpretatie laat. Het college zal de reikwijdte van de integrale retailkostenopslag expliciet in de besluittekst opnemen. Het college volgt ZTM niet met betrekking tot de eventuele moeilijkheden in de handhaving van de voorgestelde maatregel. Voorts ziet hij geen aanleiding om een transparantieverplichting op te leggen. Met betrekking tot het laatste punt wijst het college ZTM erop dat de vaste telefonieaansluitingen (WLR PSTN), waarvoor bovengrenstariefregulering vervallen is, in de bundel wel tegen de integrale retailopslag dienen te worden meegenomen.

196. **BCPA**[90] merkt in dupliek op dat om duurzaam te opereren alle partijen op marktniveau hun integrale retailkosten dienen terug te verdienen. Dit uitgangspunt roept kennelijk vragen op voor zover het bundels van gereguleerde telefoniediensten met overige bouwstenen betreft. Bundeling in het kader van de ND-5 toets blijft vragen oproepen. Het verdient dan ook aanbeveling dat de ND-5 toets op de kortst mogelijke termijn tot in detail wordt uitgewerkt.

197. Het **college** ziet de relevantie van deze aanbeveling van BCPA niet met betrekking tot de wijziging van de reikwijdte van de retailopslag. Bovendien is hij van mening dat de ND-5 toets reeds voldoende helder is uitgewerkt in het besluit en dat geen apart implementatiebesluit is vereist.

A.5.4 Niet langer passende retailverplichtingen

198. Om mededingingsproblemen te kunnen adresseren, achten **Tele2 en EspritXB**[91] het essentieel dat de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting uit het VT-besluit 2008 op de zakelijke retailmarkt van toepassing blijven. Zij verwijzen hierbij voornamelijk naar de Zakelijk BelBasis actie van KPN die een zogenaamde 'lock in' tot effect zou hebben. De aangescherpte tariefondergrensregulering alleen is daartoe volgens deze marktpartijen niet passend. Tele2 en EspritXB refereren hierbij aan lopend onderzoek van de NMa naar de Zakelijk BelBasis actie van KPN in januari 2011. Ook volgens **UPC**[92] zou naast de retailondergrenstariefregulering de non-discriminatie- en transparantieverplichtingen moeten worden gecontinueerd.

199. Het **college** heeft in paragraaf 4.4.3 van het Aanvullend ontwerpbesluit aangegeven dat hij voor de geconstateerde potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt, die wordt gekarakteriseerd door het aanbieden van maatwerk, de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting niet passend acht. In paragraaf 4.4.2 heeft het college onderbouwd dat de ondergrenstariefregulering de problemen voldoende remedieert. Als uitgewerkt in randnummer 63 van het besluit kan het college niet geheel uitsluiten dat naast de in het Aanvullend ontwerpbesluit genoemde mededingingsproblemen ook het aanbieden van bepaalde typen bundels in voorkomende

[90] Dupliek BCPA van 10 februari, blz. 1.

[91] Zienswijze Tele2 en EspritXB van 18 januari 2012, blz. 3.

[92] Zienswijze UPC van 18 januari 2012, blz. 3.

gevallen een potentieel mededingingsprobleem kan vormen, namelijk indien dit zou bevorderen dat een deel van de zakelijke eindgebruikers voor een bepaalde contractsperiode onbereikbaar wordt voor concurrenten van KPN. Als uitgewerkt in randnummers 94 en 100 van het besluit draagt de opgelegde tariefregulering ook bij aan het voorkomen van dit probleem. Het college is van mening dat het niet passend is om naast de opgelegde ondergrenstariefregulering nog aanvullende ex-anteregulering op te leggen. In voorkomende gevallen kan het algemene mededingingsrecht soelaas bieden.

200. Het college doet geen uitspraken over lopende onderzoeken van de NMa.

A.5.5 Inwerkingtreding en implementatietermijn

201. Volgens **BCPA**[93] maakt het ontbreken van terugwerkende kracht de verplichtingen uit het Aanvullend ontwerpbesluit grotendeels tot een papieren tijger. Alternatieve aanbieders lijden hierdoor (extra) schade. BCPA meent dat het college niet kan volstaan met de uiterst summiere motivering van zijn keuze om niet met terugwerkende kracht tariefaanpassingen op te leggen. Hieruit blijkt niet dat het college onderzoek heeft gedaan naar de mogelijkheden die contractbepalingen van KPN in casu zouden kunnen bieden. Het college geeft ook onvoldoende inzicht in zijn analyse met betrekking tot de veronderstelde onmogelijkheid om de positieve gevolgen van de gekozen vorm van retailregulering voor het verleden te realiseren. De enkele verwijzing daarvoor naar de paragrafen 4.2 en 4.6 overtuigt niet.

202. Het **college** heeft in paragraaf 4.5 van het Aanvullend ontwerpbesluit duidelijk gemaakt waarom hij van oordeel is dat terugwerkende kracht niet passend is. BCPA maakt niet concreet waarom het standpunt van het college onjuist zou zijn. In aanvulling op paragraaf 4.5, is het college van oordeel dat in het algemeen terughoudend moet worden omgegaan met het verlenen van terugwerkende kracht aan een besluit. Ook in dit geval zijn er belangrijke nadelen aan toepassing hiervan: KPN wordt dan bijvoorbeeld geconfronteerd met belastende regulering waar zij niet op kon anticiperen. Afnemers van de diensten van KPN kunnen te maken krijgen met reeds gesloten contracten die niet voldoen aan de regulering. Afhankelijk van de contractuele voorwaarden, kan KPN mogelijk alsnog prijsverhogingen doorvoeren hetgeen in het nadeel is van afnemers. De beoogde positieve gevolgen van de opgelegde regulering kunnen evenmin worden behaald voor het verleden, nu de relevante contracten al zijn gesloten.

203. Om zo veel en zo snel mogelijk de gewenste effecten van de regulering te kunnen bereiken, heeft het college ervoor gekozen om de retailondergrensregulering met relatief korte implementatietermijnen op te leggen.

[93] Zienswijze BCPA van 18 januari 2012, blz. 1.

204. **Tele2 en EspritXB**[94] achten het van groot belang voor de concurrentiesituatie op de zakelijke retailmarkt dat het aanvullend besluit zo snel mogelijk en zonder *regulatory holiday* voor KPN in werking treedt.

205. **UPC**[95] meent dat het college een regeling moet treffen ten aanzien van het gat dat in de tijd gaat ontstaan tussen het VT-besluit 2008 en het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012.

206. Om een reguleringsgat te voorkomen, zal het **college** in het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012 verduidelijken dat de verplichtingen opgenomen in onderhavig besluit blijven gelden, totdat de verplichtingen van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012 volledig zijn geïmplementeerd. Verder verwijst het college naar randnummers 202 en 203 van deze Nota van Bevindingen.

207. **KPN**[96] acht de gestelde implementatietermijnen disproportioneel, onduidelijk, onuitvoerbaar, onredelijk en in strijd met de wet. Volgens KPN kiest het college bewust voor een gefaseerde inwerkingtreding van het definitief aanvullend besluit en het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012. Hierbij dient KPN de correcties voor het definitief aanvullend besluit binnen één werkdag door te voeren en de correcties voor het latere marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012 binnen drie maanden. KPN dient dus twee keer het actief afneembare portfolio te onderzoeken op correcties. Het college stelt daarmee zwaardere administratieve en organisatorische eisen aan KPN en creëert onrust in de markt, die KPN niet in verhouding tot het doel en derhalve disproportioneel acht.

208. Het **college** heeft inderdaad voor korte implementatietermijnen gekozen. Het college wil de regulering opgelegd in het besluit zo snel mogelijk werking geven. Het college overweegt hierbij dat de handelingen voor het doorvoeren van correcties voor dit besluit aanzienlijk beperkter zijn dan wanneer tegelijkertijd ook nieuwe wholesaleregulering geïmplementeerd dient te worden. Vrijwel alle benodigde informatie, waaronder het LRIC kostentoerekeningssysteem en de exacte retailopslagen, is reeds bekend.

209. Het college kan zich niet vinden in het standpunt van KPN dat de gekozen termijnen disproportioneel, onduidelijk, onuitvoerbaar, onredelijk en/of in strijd met de wet zijn. Dat heeft hij ook gemotiveerd in randnummers 96 en 99 van het Aanvullend ontwerpbesluit. Een mogelijk gevolg van het gegeven dat onderhavig besluit en het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012 relatief kort na elkaar worden gepubliceerd, is dat het in een beperkt aantal gevallen[97] mogelijk is dat tweemaal wijzigingen doorgevoerd moeten worden: een keer naar aanleiding van dit besluit en een keer naar aanleiding van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012. Het college is van oordeel dat deze gevolgen voor KPN niet disproportioneel zijn. Als het college mee zou gaan met de redenering van

[94] Zienswijze Tele2 en EspritXB van 18 januari 2012, blz. 3.

[95] Zienswijze UPC van 18 januari 2012, blz. 5.

[96] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 17-18.

[97] Zie randnummer 108 van het besluit.

KPN, dan zou er in het geheel geen retailregulering gelden tijdens de reguleringsperiode waar dit besluit op ziet. Dat is onacceptabel gezien de AMM-positie van KPN op de zakelijke retailmarkt.

210. **KPN**[98] merkt op dat de opgelegde implementatietermijn van één werkdag onuitvoerbaar is. De salesorganisaties maken gebruik van geautomatiseerde offertesystemen en van offertes van business partners. Het is volgens KPN onmogelijk om op de dag van publicatie aanbiedingen te controleren, aan te passen en hierover te communiceren. Daarnaast zijn eerder verzonden offertes van KPN negentig dagen geldig en kan KPN deze vanuit civielrechtelijk oogpunt niet intrekken zonder juridische consequenties. Ook zijn er contracten vanaf 7 december 2011 gesloten, deels vóór en deels na 7 december geoffreerd. De implementatietermijn verhoudt zich volgens KPN ook niet met het recht dat klanten hebben om bij tariefverhogingen binnen vier weken kosteloos te kunnen opzeggen. KPN acht het praktisch onmogelijk om binnen één werkdag alle contracten en uitstaande offertes vanaf 7 december te hebben gecorrigeerd. De enige oplossing die KPN ziet is om vóór publicatie van het definitief aanvullend besluit de tarieven te onderzoeken en corrigeren, op basis van het Aanvullend ontwerpbesluit dat niet definitief is en geen rechtskracht heeft.

211. Het **college** heeft kennis genomen van de zienswijze van KPN en besluit om gedeeltelijk aan de bezwaren van KPN tegemoet te komen, wat betreft eventueel door te voeren correcties van het actief afneembaar portfolio (zie randnummer 98 van het Aanvullend ontwerpbesluit, derde streepje). De geldende implementatietermijn voor dit portfolio wordt verlengd van één werkdag naar tien werkdagen. KPN heeft dan naar het oordeel van het college voldoende tijd om dit portfolio aan te passen. Eenzelfde verlenging van de termijn acht het college om dezelfde reden ook redelijk wat betreft eventueel door te voeren correcties van de *installed base* voor overeenkomsten gesloten tussen de datum van publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit en inwerkingtreding van het definitief Aanvullend besluit (zie randnummer 98 van het Aanvullend ontwerpbesluit, tweede streepje).

212. Een aanpassing van de termijn om eventueel correcties door te voeren wat betreft de *installed base* voor overeenkomsten gesloten vóór de datum van publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit (zie randnummer 98 van het Aanvullend ontwerpbesluit, eerste streepje), acht het college niet nodig. De in het ontwerpbesluit genoemde implementatietermijn en de ruim vier maanden tussen publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit en inwerkingtreding van het definitief Aanvullend besluit bieden voldoende ruimte voor KPN om de correcties door te voeren.

213. In aanvulling op het bepaalde in de voorgaande twee randnummers en randnummer 208 het volgende. Het college onderkent dat de invulling van de retailregulering als opgelegd in het definitief Aanvullend besluit enigszins is gewijzigd ten opzichte van de in het Aanvullend ontwerpbesluit genoemde invulling. De verplichting is namelijk op één punt verlicht. Kort gezegd is de hogere retailopslag (in tegenstelling tot het Aanvullend ontwerpbesluit) niet meer van toepassing op enkele componenten die onderdeel kunnen vormen van een bundel, maar geldt hiervoor de eveneens reeds bekende incrementele opslag. De wijziging is daarmee beperkt en betreft bovendien een verlichting van de voorgestelde regulering. De redenering als opgenomen in randnummer 99 van het Aanvullend

[98] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 18-19.

ontwerpbesluit blijft dus relevant: KPN heeft de periode tussen publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit en het definitief Aanvullend besluit kunnen gebruiken om de noodzakelijke wijzigingen door te voeren. Indien KPN heeft voldaan aan de verwachting van het college dat KPN zich voorbereidt op aangekondigde regulering, dan voldoet zij ook per definitie aan het bepaalde in het definitieve besluit. De regulering is immers verlicht. Dit betekent dat KPN geen aanvullende werkzaamheden hoeft te verrichten om te voldoen aan de verplichtingen genoemd in dit besluit ten opzichte van de werkzaamheden die zij diende te verrichten op basis van het Aanvullend ontwerpbesluit.

214. KPN stelt ook dat er mogelijk contracten vanaf 7 december 2011 zijn gesloten, die deels vóór en deels na 7 december zijn geoffreerd en dat klanten het recht hebben om bij tariefverhogingen binnen vier weken kosteloos op te zeggen. Tussen publicatie van het Aanvullend ontwerpbesluit en het definitief Aanvullend besluit zit ruim vier maanden. KPN heeft naar de mening van het college dan ook in lijn met het bepaalde in het voorgaande randnummer voldoende tijd gehad om de voornoemde problemen te adresseren. De in het besluit opgelegde verplichtingen gelden slechts vanaf het moment van inwerkingtreding van het definitief Aanvullend besluit. Van KPN mag echter verwacht worden dat zij hierop anticipeert vanaf het moment dat het college een ontwerpbesluit bekendmaakt. Gezien het bepaalde in randnummer 208 en 211 van deze Nota van Bevindingen ziet het college niet in waarom dat in dit specifieke geval onredelijk zou zijn.

215. **KPN**[99] is van mening dat de implementatietermijnen onredelijk zijn. Het college wijkt af van de termijn die hij in andere besluiten in beginsel redelijk acht. KPN meent dat het argument van het college, om met het oog op de uitspraak van het CBb zo veel mogelijk de positieve gevolgen van de regulering te realiseren, de keuze op geen enkele wijze rechtvaardigt. Het college geeft op onacceptabele wijze gehoor aan de opdracht van het CBb. Voorts meent KPN dat de drie maanden kortere implementatietermijn inhoudelijk niet wordt onderbouwd. Verondersteld mag worden dat KPN juist meer tijd nodig heeft voor de implementatie van het aanvullend besluit 2008 dan voor het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012 korte tijd later. Het college lijkt dit volgens KPN zelf ook te erkennen in randnummer 191 van het aanvullend ontwerpbesluit 2011. KPN is van mening dat zij niet gehouden is of kan worden aan de gestelde implementatietermijnen en dat deze ten minste hetzelfde zouden moeten zijn als in het aanvullend ontwerpbesluit 2011.

216. Het **college** verwijst in reactie op dit punt van KPN naar de randnummers 208 en 211 tot en met 214 van deze Nota van Bevindingen. In aanvulling daarop het volgende. Het college ziet niet in waarom KPN meer tijd nodig heeft voor de implementatie van de verplichtingen in dit besluit dan voor de verplichtingen van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012. KPN beschikt immers reeds over bijna alle benodigde relevante informatie om de correcties door te voeren. Wat betreft het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012 dient na inwerkingtreding van dat besluit bijvoorbeeld het percentage van de retailopslag nog berekend te worden.

[99] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 19-20.

217. Volgens het college verwijst KPN ook ten onrechte naar randnummer 191 van het aanvullend ontwerpbesluit 2011 ter onderbouwing van haar standpunt dat meer tijd nodig is voor de implementatie van dit besluit dan voor het marktanalysebesluit Vaste Telefonie 2012.

218. Ook is **KPN**[100] van mening dat de implementatietermijn in strijd is met de wet. Volgens KPN ontbreekt een wettelijke grondslag in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en de Tw voor het oordeel van het college dat KPN de tijd tussen de publicatie van het ontwerpbesluit en het definitieve aanvullende besluit 'kan en dient' te gebruiken om de noodzakelijke wijzingen door te voeren. Dit is in strijd met artikel 3:40 van de Awb, aangezien de termijn er toe leidt dat rechtsgevolgen intreden voordat het definitieve besluit in werking is getreden.

219. Het **college** verwijst in reactie op dit punt van KPN naar randnummers 208 en 211 tot en met 214 van deze Nota van Bevindingen en met name op het bepaalde in randnummer 214. De rechtsgevolgen treden pas in op het moment van inwerkingtreding van het besluit.

220. Volgens **KPN**[101] is er ten slotte ook onduidelijkheid over de geldende implementatietermijnen: het college hanteert hiervoor in het Aanvullend ontwerpbesluit voor de *installed base* een termijn van zes maanden en in het aanvullend ontwerpbesluit 2011 een termijn van negen maanden. KPN gaat ervan uit dat, wanneer de termijnen overlappen, de termijn uit het eerst gepubliceerde besluit vervalt en de termijn uit het laatst gepubliceerde besluit leidend is, omdat KPN anders bestaande overeenkomsten tweemaal dient te onderzoeken.

221. Het **college** benadrukt dat deze uitleg niet juist is en verwijst naar zijn reactie op de zienswijze van UPC in randnummer 206 en op de zienswijze van KPN in randnummer 209.

A.5.6 Wijzigingen naar aanleiding van zienswijzen van partijen

222. Het **college** komt naar aanleiding van de zienswijzen tot de volgende wijzigingen:

- Aanpassing en verduidelijking van de reikwijdte van de retailverplichting ondergrenstariefregulering (zie randnummers 168, 182 en 186); en

- Aanpassing van de voor KPN geldende implementatietermijnen om de retailverplichting door te voeren (zie randnummers 206 en 211).

[100] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 19.

[101] Zienswijze KPN van 18 januari 2012, blz. 18.

Annex B Drie-criteriatoets zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie

B.1 Kader drie-criteriatoets

223. Het college kan, indien daar naar zijn oordeel aanleiding toe is, onder meer op grond van artikel 6a.1, tweede lid, van de Tw, in overeenstemming met de beginselen van het algemene mededingingsrecht andere relevante markten bepalen dan de in de Aanbeveling genoemde markten. Indien het college hiertoe overgaat, dient hij te toetsen of deze markten voldoen aan drie criteria.[102] Een markt komt alleen in aanmerking voor ex-anteregulering als aan alle drie de criteria is voldaan. Deze criteria zijn:

1. de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Deze kunnen een structureel, wettelijk of regelgevend karakter hebben;

2. de marktstructuur neigt niet naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken op concurrentiegebied is „achter'' de toegangsbelemmeringen; en

3. het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen.

B.2 Drie-criteriatoets zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie

224. De retailmarkt voor toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie (telefonieaansluitingen) komt als markt 1 van de Aanbeveling voor ex-anteregulering in aanmerking. De door het college in het VT-besluit 2008 afgebakende zakelijke retailmarkt omvat naast aansluitingen echter ook verkeer. Nu de afgebakende retailmarkt breder is dan de markt die op de Aanbeveling staat, dient het college de drie-criteriatoets uit te voeren om te bepalen of deze markt voor ex-anteregulering in aanmerking komt. Dit doet het college in deze Annex B.

225. Vooropgesteld zij dat een besluit tot intrekking van bestaande verplichtingen moet zijn gebaseerd op een marktonderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde en vijfde lid jo. 6a.3, eerste lid, van de Tw. Dat betekent dat de uitkomst van een drie-criteriatoets nooit bepalend kan zijn voor de vraag of bestaande verplichtingen moeten worden ingetrokken. Het college ziet zich echter genoodzaakt om naast bedoeld marktonderzoek een drie-criteriatoets te verrichten omdat de zakelijke retailmarkt niet op de Aanbeveling staat.

226. Het college is van mening dat een drie-criteriatoets een gedetailleerd onderzoek van een markt kan inhouden. Met name bij nieuwe en ongereguleerde markten lijkt dat een passende invulling, gelet op het ingrijpende karakter van ex-anteregulering. Bij markten die al gereguleerd worden en waarbij hoe dan ook een marktonderzoek moet worden verricht, kan evenwel naar de mening van het college in het kader van de drie-criteriatoets worden volstaan met een onderzoek en analyse op

[102] Aanbeveling, overwegingen 5 tot en met 14.

hoofdlijnen.[103] Dit onderzoek heeft het college hierna verricht. Daarbij heeft hij de bevindingen uit het marktonderzoek uit paragraaf 13.4 van het VT-besluit 2008 betrokken. De uitkomst daarvan is dat de positie van KPN op de zakelijke retailmarkt nog zo sterk is, dat de markt niet concurrerend is. Het CBb heeft dit oordeel in stand gelaten.[104] Met inachtneming van de CBb-uitspraak heeft het college in hoofdstuk 2 van het onderhavige besluit geconcludeerd dat KPN zich op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie ook in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesalebouwstenen onafhankelijk kan gedragen van concurrenten. Het college heeft KPN daarom aangewezen als onderneming met AMM op die markt en legt KPN in het onderhavige besluit dan ook een verplichting op.

227. Het college voert de drie-criteriatoets uit in aanwezigheid van hoger gelegen wholesalebouwstenen (ULL, WBT en ILL) en telefoniespecifieke wholesalebouwstenen (C(P)S en WLR).

Criterium 1: de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard

228. Het college heeft in zijn dominantieanalyse in paragraaf 13.4 van het VT-besluit 2008 de impact van wholesaleregulering op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie geanalyseerd. Door inkoop van ULL en WBT zijn andere marktpartijen in staat om VoB-diensten aan te bieden. Op de zakelijke retailmarkt hebben deze diensten echter een beperkte betekenis. Dit blijkt ook uit de beperkte omvang van VoB op deze markt. Waar het college in de prospectieve analyse in het VT-besluit 2008 nog uitging van een aandeel van VoB van 11 procent eind 2011, blijkt dit medio 2011 slechts **[vertrouwelijk:** XXX**]** procent te zijn.

229. Door C(P)S/WLR zijn partijen in staat om landelijk ook ISDN-diensten aan te bieden en zijn deze diensten technisch repliceerbaar. In de prospectieve analyse in het VT-besluit 2008 ging het college uit van een een aandeel zakelijke vaste telefoniediensten op basis van C(P)S/WLR eind 2011 van 0-5 procent. Tot aan de overname door KPN van Atlantic Telecom[105] – de grootste afnemer van WLR-hoogcapacitair – is deze ontwikkeling volgens verwachting gegaan.

230. Uit paragraaf 13.4.1 van het VT-besluit 2008 volgt dat het marktaandeel van aanbieders afhankelijk van hoger gelegen (gereguleerde) bouwstenen en van aanbieders afhankelijk van telefoniespecifieke wholesaleregulering op de zakelijke retailmarkt sinds 2008 niet of nauwelijks is gegroeid. Het college verwacht dat het aandeel van deze aanbieders in de komende jaren niet of in (zeer) geringe mate groeit.

231. Medio 2011 wordt 15-20 procent van de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie beleverd op basis van hoger gelegen en telefoniespecifieke wholesalebouwstenen. De beschikbaarheid van deze

[103] Vgl. CBb 30 september 2011, LJN: BT6098.

[104] CBb, 30 september 2011, LJN: BT6098.

[105] Deze overname is op 21 december 2010 bekendgemaakt.

bouwstenen levert derhalve maar een beperkte bijdrage aan het terugdringen van de toegangsbelemmeringen.[106]

232. Toetreders moeten – ondanks de beschikbaarheid van gereguleerde wholesalediensten – investeren in infrastructuur en in een kwalitatief hoogwaardige dienstverlening om een concurrerend aanbod in de markt te kunnen zetten. Daarnaast moeten toetreders een bepaalde minimale schaal bewerkstelligen om effectief op prijs te kunnen concurreren. Andere aanbieders hebben niet de schaal om prijstechnisch met KPN te kunnen concurreren. Omdat veel eindgebruikers op de zakelijke retailmarkt meerdere vestigingen hebben, geldt tevens dat een aanbod op nationale schaal van groot belang is.

233. Het college is van oordeel dat deze factoren tezamen hoge drempels vormen om tot de markt toe te treden en dat de beschikbaarheid van hoger gelegen en telefoniespecifieke wholesalebouwstenen deze toegangsbelemmeringen niet wegneemt.

Conclusie

234. Op basis van het bovenstaande concludeert het college dat er op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie, ondanks de beschikbaarheid van wholesalebouwstenen, sprake is van hoge toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard. Hiermee wordt voor deze markt voldaan aan het eerste criterium.

<u>Criterium 2: de structuur van de markt neigt niet naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon</u>

235. In hoofdstuk 2 van het onderhavige besluit heeft het college vastgesteld dat de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie ook in aanwezigheid van hoger gelegen en telefoniespecifieke wholesalebouwstenen niet daadwerkelijk concurrerend is en dat het CBb dit oordeel in stand heeft gelaten.

236. KPN beschikt op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie nog steeds over een hoog marktaandeel. In het VT-besluit 2008 voorspelde het college dat het marktaandeel van KPN in de periode medio 2008 tot eind 2011 zou dalen met **[vertrouwelijk:** XXX**]** procentpunt. In de periode medio 2008 tot medio 2011 is het marktaandeel daadwerkelijk gedaald van **[vertrouwelijk:** XXX**]** procent[107] naar **[vertrouwelijk:** XXX**]** procent, dat wil zeggen met **[vertrouwelijk:** XXX**]** procentpunt. De daling gaat derhalve minder snel dan het college heeft voorspeld. Het college schat in dat het marktaandeel van KPN ook over enkele jaren nog steeds hoog zal zijn en dat alternatieve aanbieders maar beperkt in staat zullen zijn hun marktpositie op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie te vergroten.

[106] Zie ook: CBb-uitspraak, paragraaf 10.8.

[107] Het college heeft de marktaandelen op de zakelijke retailmarkt na publicatie van het marktanalysebesluit VT 2008 aangepast naar aanleiding van door marktpartijen doorgegeven correcties. Dit marktaandeel komt derhalve niet geheel overeen met het marktaandeel zoals dit in dat besluit is opgenomen.

237. De marktverhoudingen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie vertoonden in de afgelopen reguleringsperiode nauwelijks dynamiek, zoals ook blijkt uit de hierboven geschetste ontwikkelingen in marktaandelen. De rol van VoB heeft zich bovendien veel minder snel ontwikkeld dan het college in het VT-besluit 2008 voorspelde. Dit verklaart dan ook in belangrijke mate waarom alternatieve aanbieders zich moeilijk van KPN kunnen onderscheiden.

238. KPN heeft als enige partij een landelijk dekkend netwerk, hetgeen – gelet op het aantal multi-site klanten – in de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie een voordeel is. KPN biedt in vergelijking met haar concurrenten een breed portfolio aan diensten aan. Het college heeft geen aanwijzingen dat de voordelen die KPN hieraan ontleent kleiner worden.

239. Het college ziet thans geen (markt)ontwikkelingen die ertoe leiden dat het door het CBb in stand gelaten oordeel uit het VT-besluit 2008 dient te worden bijgesteld.

Conclusie

240. Het college concludeert dat de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. Hiermee wordt voor deze markt eveneens voldaan aan het tweede criterium.

Criterium 3: het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen

241. Om de potentiële mededingingsproblemen op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie[108] effectief te remediëren, volstaat het mededingingsrecht alleen niet. Daartoe is tariefregulering met specifieke en uitgebreide eisen aan de kostentoerekening noodzakelijk, zie hiervoor hoofdstuk 4 van het onderhavige besluit. Dergelijke verplichtingen worden het meest effectief geïmplementeerd in het kader van ex-anteregulering.

Conclusie

242. Op basis van het bovenstaande concludeert het college dat het mededingingsrecht alleen niet volstaat om het marktfalen in kwestie op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie voldoende te verhelpen. Daarmee wordt voor deze markt eveneens voldaan aan het derde criterium.

Conclusie drie-criteriatoets

243. Het college concludeert dat er op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie sprake is van hoge toegangsbelemmeringen van niet-voorbijgaande aard, dat de structuur van de markt niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon, en dat het mededingingsrecht alleen niet volstaat om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen. Het college concludeert daarom dat de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie voor ex-anteregulering in aanmerking komt.

[108] Zie hiervoor hoofdstuk 3.

Annex C Opmerkingen Europese Commissie

244. Het college heeft het Aanvullend ontwerpbesluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2008, samen met de Nota van Bevindingen bij de consultatie, op 12 maart 2012 voorgelegd aan de Commissie en nationale regelgevende instanties. Op 20 maart 2012 heeft de Commissie vragen gesteld aan het college met betrekking tot de notificatie en tevens separaat verzocht om een drie-criteriatoets voor de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie toe te sturen. Op 20 maart 2012 heeft het college deze drie-criteriatoets naar de Commissie gestuurd. Het college heeft de vragen van de Commissie beantwoord op 22 maart 2012.[109]

245. De Commissie heeft één opmerking gemaakt ten aanzien van het genotificeerde besluit (zie C1). Het college dient zo veel mogelijk rekening te houden met deze opmerking bij het nemen van zijn besluit.

C.1 Noodzakelijkheid van een geactualiseerde drie-criteriatoets in het definitieve herstelbesluit

246. De Commissie merkt op dat het college met de huidige ontwerpmaatregel uitvoering geeft aan de opdracht van het CBb om te beoordelen of de in het vaste telefoniebesluit van 2005 aan KPN opgelegde verplichtingen moeten worden gehandhaafd na de datum van de intrekking van de retailverplichtingen op de markt voor vaste telefonie (met betrekking tot toegang en spraakoproepen voor zakelijke klanten) zoals vastgesteld in het besluit van 2008, dat wil zeggen tot 1 januari 2010.

247. De Commissie geeft aan dat naar het oordeel van het college het om uitvoering te geven aan de uitspraak van het CBb niet verplicht is nadere marktgerelateerde informatie te verstrekken. Het college verstrekt, aldus de Commissie, echter de grote lijnen van de feitelijke marktontwikkelingen in de periode 2009-2011, die ook worden gebruikt in haar derde ronde van de analyse van de vaste telefoniemarkt, ter onderbouwing van zijn bevinding dat de markt niet daadwerkelijk concurrerend is en dat zijn bevinding van AMM op de relevante markt zoals geïdentificeerd in het vaste telefoniebesluit van 2008 in wezen niet is gewijzigd.

248. De Commissie merkt echter op dat het college de herziene drie-criteriatoets niet verstrekt in haar ontwerpherstelbesluit. Het college heeft die enkel verstrekt in zijn antwoord op een verzoek om inlichtingen van de Commissie. De Commissie verzoekt het college daarom om de herziene toetsing van de drie criteria in de definitieve versie van haar herstelbesluit op te nemen. Bij gebrek aan bewijzen dat aan de drie criteria is voldaan en bijgevolg dat de geïdentificeerde markt, die niet als dusdanig in de aanbeveling betreffende relevante markten is opgenomen, aan ex-anteregulering kan worden onderworpen, zou het herstelbesluit van het college nog steeds zijn gebaseerd op zijn vorige conclusie, namelijk dat niet aan de drie criteria is voldaan en dat de relevante markt bijgevolg niet met ingang van 1 januari 2010 aan ex-anteregulering kan worden

[109] Brief van het college aan de Europese Commissie, Case NL/2012/1303, kenmerk: OPTA/AM/2012/200998.

onderworpen.

249. Het **college** heeft kennisgenomen van het verzoek van de Commissie en heeft in reactie daarop de drie-criteriatoets voor de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie, zoals reeds aan de Commissie op 20 maart 2012 gestuurd, opgenomen in onderhavig definitief Aanvullend besluit. Het college verwijst hiervoor naar Annex B van dit besluit.